ESTUDOS AVANÇADOS DE Direitos Humanos

Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público



Preencha a **ficha de cadastro** no final deste livro
e receba gratuitamente informações sobre
os lançamentos e promoções da Elsevier.

Consulte também nosso catálogo completo,
últimos lançamentos e serviços exclusivos no site
www.elsevier.com.br

ESTUDOS AVANÇADOS DE Direitos Humanos

Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público

COORDENADORES

Armin von Bogdandy
Flavia Piovesan
Mariela Morales Antoniazzi

Christian Tomuschat
Christina Binder
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Enzamaria Tramontana
Friedrich Müller
Gonzalo Aguilar Cavallo
Humberto Nogueira Alcalá
Ingo Wolfgang Sarlet
Jesús María Casal H.
Laura Clérico
Laurence Burgorgue-Larsen
Liliana Ronconi
Luís Roberto Barroso
Manuel Eduardo Góngora-Mera
Marcelo Figueiredo
Martín Aldao
Matthias Goldmann
Néstor Pedro Sagüés
Rainer Grote
Roberto Niembro Ortega
Sergio García Ramírez
Stephan Schill
Valerio de Oliveira Mazzuoli
Víctor Bazán
Wendy González Araya

ELSEVIER

CAMPUS JURÍDICO

© 2013, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Coordenação editorial: Oitavarima
Copidesque: Tania Heglacy
Revisão: Jennifer Rangel de França Souza
Editoração Eletrônica: Mojo Design

Elsevier Editora Ltda.
Conhecimento sem Fronteiras
Rua Sete de Setembro, 111 – 16º andar
20050-006 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

Rua Quintana, 753 – 8º andar
04569-011 – Brooklin – São Paulo – SP – Brasil

Serviço de Atendimento ao Cliente
0800-0265340
sac@elsevier.com.br

ISBN 978-85-352-6881-2

Nota: Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a comunicação ao nosso Serviço de Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou encaminhar a questão.
Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso desta publicação.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direitos humanos, democracia e integração jurídica : emergência de um novo direito público / Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.
824p.

ISBN 978-85-352-6881-2

1. Direitos humanos. I. Bogdandy, Armin von. II. Piovesan, Flávia. III. Antoniazzi, Mariela Morales.

12-7757. CDU: 342.7

COORDENADORES

Armin von Bogdandy

Diretor do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg); Professor de Direito Público na Goethe-Universität (Frankfurt/Main); Presidente do Tribunal de Energia Nuclear da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); foi membro do German Science Council (Wissenschaftsrat); membro do Comitê Científico da Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia (2008-2013); Senior Emile Noël Fellow da Global Law School of the New York University (2010-2015).

Flávia Piovesan

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2007 e 2008); desde 2009 é Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg).

Mariela Morales Antoniazzi

Advogada *summa cum laude* da Universidade Católica Andrés Bello de Caracas-Venezuela (UCAB); Magíster Legum (LL.M) pela Universidade de Heidelberg-Alemanha; Referentin para América Latina do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg); Professora do Programa de Pós-Graduação de Direito Constitucional da

UCAB; Professora do Programa de Mestrado do Heidelberg Center para América Latina (Chile) e do diplomado em Direitos Humanos da PUC-São Paulo; Membro da Associação de Direito Constitucional da Venezuela e da Associação Alemã de investigação sobre América Latina (ADLAF).

AUTORES

Christian Tomuschat

Professor catedrático de Direito Constitucional e Direito Internacional em Bonn (1972-1995) e na Universidad Humboldt de Berlin (1995-2004). Membro do Comitê de Direitos Humanos da ONU (1977-1986) e da Comissão de Direito Internacional da ONU (1985-1996, sendo seu Presidente em 1992). *Rapporteur* da situação de direitos humanos na Guatemala para a Comissão de Direitos Humanos da ONU (1990-1993) e coordenador da Comissão para o esclarecimento histórico da Guatemala (1997-1999). Presidente da Sociedade Alemã de Direito Internacional (1993-1997). Membro do Instituto de Direito Internacional (desde 1997).

Christina Binder

Professora assistente do Departamento de Direito Europeu, Internacional e Comparado da Universidade de Viena. Bolsista da APART-scholarship da Austrian Academy of Sciences. Membro da plataforma de pesquisa interdisciplinar "Human Rights in the European Context". Visiting fellow do Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg 2008 – 2011).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Pesquisador do Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Professor da Faculdade de Direito da UNAM e de diversos programas de Mestrado e Doutorado. Presidente fundador do Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Diretor da Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Membro da International Academy of Comparative Law. International Association of Procedural Law.

Enzamaria Tramontana

Bolsista de Pós-Doutorado em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Palermo. Doutora em Direito Internacional e da União Europeia pela Faculdade de Direito da Universidade de Roma, "La Sapienza". Pós-graduação (Mphil) em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Liverpool. Membro do Grupo de interesse sobre "Feminismo e Direito Internacional" da Sociedade Europeia de Direito Internacional. Membro do Comitê de redação da revista Diritti Umani e Diritto Internazionale (Napoles).

Friedrich Müller

Professor catedrático de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Canônico, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, sendo professor emérito desta universidade.

Gonzalo Aguilar Cavallo

Advogado (Chile). Doutor em Direito (Espanha). Mestre em Relações Internacionais (Espanha). Mestre em Direitos Humanos e Direito Humanitário (França). Pós-doutorado no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Professor de Direito da Universidade de Valparaíso (Valparaíso, Chile) e da Universidade Andrés Bello (Santiago, Chile).

Humberto Nogueira Alcalá

Doutor em Direito pela Universidade Católica de Lovaina la Nueva. Professor Titular de Direito Constitucional e Diretor do Centro de Estudos Constitucionais da Faculdade de Direito da Universidade de Talca. Vice-presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente da Associação Chilena de Direito Constitucional. Membro Associado da Academia Internacional de Direito Comparado de La Haya.

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS. Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito (RS).

Jesús María Casal H.

Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Católica Andrés Bello. Membro da Comissão Andina de Juristas.

Laura Clérico
Advogada pela Universidade de Buenos Aires e Magíster Legum (LL.M.) e doutora pela Universidade de Kiel (Alemania). Pesquisadora do CONICET e professora de Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires (UBA, Argentina).

Laurence Burgorgue-Larsen
Professora Catedrática de Direito Público Internacional e Europeu da Universidade de Paris I Panthéon Sorbonne. Diretora do "Master Investigación" em Direito Europeu. Vice-diretora do *Institut de Recherche en Droit Internacional et Européen de la Sorbonne* (IREDIES). Professora de Programas de Pós-Graduação em várias Universidades Europeias e Latino-americanas. Juíza do Tribunal Constitucional de Andorra desde janeiro de 2012.

Liliana Ronconi
Bolsista UBACyT. Pesquisadora do Instituto Gioja, Facultade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA, Argentina).

Luís Roberto Barroso
Pesquisador Visitante na Harvard Law School (2011). Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Visitante da Universidade de Brasília (UnB). Conferencista Visitante da Universidade de Poitiers, França e da Universidade de Wroclaw, Polônia.

Manuel Eduardo Góngora-Mera
Pesquisador de pós-doutorado do Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin) como membro de desiguALdades.net. Advogado e mestre em Direito Econômico (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá). Mestre em Economia Internacional e Política de Desenvolvimento (Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg) e doutor em Direito Público (Humboldt Universität zu Berlin).

Marcelo Figueiredo
Advogado, consultor jurídico, professor associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil, onde atualmente é o diretor reeleito do curso de Direito. Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD (seção brasileira do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional). Membro do Comitê Executivo da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC).

Martín Aldao

Doutor em Direito e Advogado (UBA). Ex-Bolsista CONICET. Professor de Teoria do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA, Argentina). Membro do Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante da Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

Matthias Goldmann

Pesquisador Senior do Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, cursou Direito em Würzburg, Fribourg/CH e New York (NYU). Sua pesquisa se concentra em Direito Institucional Internacional, regulação financeira e teoria do Direito. Ele é coeditor da obra "The Exercise of Public Authority by International Institutions" (Springer 2010, juntamente com Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Philipp Dann, e Jochen von Bernstorff).

Néstor Pedro Sagüés

Doutor em Direito, professor de Direito Constitucional e Processual Constitucional da Universidade de Buenos Aires e da Universidade Católica Argentina. Presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Rainer Grote

Advogado e Doutor em Direito pela Universidade de Göttingen. Master of Laws pela Universidade de Edimburgo/Escócia. Professor das Universidades de Paris II, Koc Law School-Estambul, Bilkent-Ankara. Investigador no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg). Coordenador do Heidelberg Center para América Latina, Santiago de Chile. Membro da Associação Alemã de Direito Público, de Direito Internacional e de Direito Comparado. Membro da Associação Francesa de Direito Internacional.

Roberto Niembro Ortega

Pesquisador da Escuela Libre de Derecho (Ciudad de México). Diploma de Estudos Avançados em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madrid. Diploma em Ciência Política e Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Políticos e Constitucionais. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Complutense de Madrid e em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante. Advogado pela Escuela Libre de Derecho.

Sergio García Ramírez

Doutor em Direito, *magna cum laude*, pela Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Foi membro Conselho de Administração dessa universidade e Pesquisador do Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. Ex-professor da Faculdade de Direito; Pesquisador Nacional Emérito do Sistema Nacional de Investigadores (SIN – México). Doutor *honoris causa* de várias universidades nacionais e estrangeiras; foi juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998-2009), da qual foi presidente entre 2004 e 2008. Foi presidente (fundador) do Conselho de Administração do Instituto Nacional de Ciencias Penales (México). Presidente da Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Stephan Schill

Pesquisador Senior do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). LL.M. em Direito Econômico Europeu e Internacional (Universität Augsburg, 2002). LL.M. em Estudos Jurídicos Internacionais (New York University, 2006). Doutorado / Dr. iur. (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, 2008).

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela UNESP. Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na UFMT. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UFMT. Professor honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e parecerista.

Víctor Bazán

Professor Titular de Direito Constitucional e de Direito Internacional Público. Fundador e atual Diretor do Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Professor de Pós-Graduação na Universidade de Buenos Aires (UBA). Membro da Academia Internacional de Direito Comparado (Paris), da Associação Internacional de Direito Constitucional, do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, da Asociación Argentina de Derecho Constitucional; da Asociación Argentina de Derecho Internacional. Vice-presidente do Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Investigador Visitante do Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México.

Wendy González Araya
Assessora do Supremo Tribunal Eleitoral da Costa Rica. Licenciada em Direito pela Universidade da Costa Rica. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Pompeu Fabra. Mestra em Direito pela Universidade Pompeu Fabra-IDEC. Doutoranda em Direito pela Universidade Pompeu Fabra. Bolsista da Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento (AECID).

APRESENTAÇÃO

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO JURÍDICA: EMERGÊNCIA DE UM NOVO DIREITO PÚBLICO

A convivência entre diferentes estruturas nacionais, supranacionais e internacionais é um sinal de nossos tempos, que se estende para além de nossos próprios horizontes. Em um mundo cada vez mais globalizado e inter-relacionado, os Estados enfrentam desafios que exigem a articulação de respostas jurídicas, a transcender o âmbito meramente estatal. A América do Sul não está imune a esse contexto global. Pelo contrário, é uma região que mostra uma crescente internacionalização e interamericanização, assim como uma nascente mercosurização das ordens constitucionais nacionais, devido à permeabilidade e à interação normativa e jurisdicional. Testemunha-se o fenômeno da crescente humanização do Direito, mediante a incorporação progressiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como mediante uma acentuada integração econômica regional, não mais limitada ao mercado comum, mas inspirada em princípios e valores compartilhados. Ambas as vertentes geram, na teoria e na prática, interações, convergências e divergências, fruto da forma dinâmica e dialógica a delinear as estruturas fundamentais do Direito Público na atualidade. Surge a necessidade de revisar e repensar os conceitos jurídicos, envolvendo a interdisciplinaridade e o Direito comparado, seus diferentes enfoques, assim como a visão dos diversos atores sociais e protagonistas em um cenário de pluralismo constitucional.

Esta obra tem como objetivo analisar as características do Direito Público que emerge neste século XXI. Como é conhecido, todos os textos seguem um contexto. Assim, este trabalho coletivo integra a linha de pesquisa empreendida desde 2009 junto ao *Max-Planck-Institute de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público* (Heidelberg), que adota como premissa o pluralismo.

As pesquisas fomentadas pelo *Max-Planck-Institute* abrangem uma grande variedade de áreas jurídicas, compreendendo um amplo espectro de temas e diversos métodos de investigação, no marco do Direito Internacional Público, do Direito da União Europeia e do Direito Público interno. As investigações

variam desde a doutrina e a análise teórica sobre temáticas fundamentais até a sistematização ou comparação sistemática de normas jurídicas, o desenvolvimento do direito e a solução dos problemas jurídicos atuais.

O trabalho de pesquisa do *Max-Planck-Institute* é caracterizado por seu elevado pluralismo temático, teórico e metodológico. Esse pluralismo é intencional e é constantemente reforçado, sob a crença de que isto beneficia a qualidade da pesquisa. Um dos principais propósitos do *Max-Planck-Institute* é manter e estimular tal pluralismo, sendo sua capacidade de praticá-lo um dos principais méritos do Instituto.

Ao longo de 2009 a 2012, temos concretizado uma linha de investigação, que conta com duas relevantes obras já publicadas no campo dos *"Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica"*. A primeira, refere-se à tríade em sua especificidade para a América do Sul. A segunda destina-se à mesma tríade direitos humanos, democracia e integração jurídica, ampliando o foco para o fortalecimento do diálogo constitucional Alemanha-Brasil e do diálogo dos espaços jurídicos europeus e interamericanos. Estas publicações situam-se no âmbito do projeto do *Max-Planck--Institute* a respeito de um *ius constitutionales commune na América Latina*, elaborado e desenvolvido com ênfase na justiça constitucional. Tal projeto ambiciona sistematizar seus aspectos estruturais, apresentando suas convergências e interações à luz da transversalidade dos direitos humanos.

Três razões principais estimulam-nos a oferecer as posturas doutrinárias sobre o novo Direito Público como fusão das disciplinas de Direito Público interno, Direito Público supranacional e Direito Internacional Público.

Em primeiro lugar, a centralidade da tríade direitos humanos, democracia e integração jurídica na agenda atual. Em plena consonância com a linha de divulgação traçada, a proposta da obra é focar os direitos humanos e a democracia como elementos essenciais ao processo de integração jurídica na América do Sul e à gradativa pavimentação de um Direito regional sul-americano, valendo-se das perspectivas comparadas e envolvendo diferentes experiências, como a europeia e a interamericana.

Compartilha-se da premissa de que o denominador comum no sistema jurídico de diferentes âmbitos se encontra nos princípios de proteção dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia, como guia do exercício do poder público. Esses princípios permitem criar pontos de referência no discurso geral da dogmática jurídica e, por sua vez, servem de suporte ao trânsito das instituições e categorias jurídicas de uma ordem normativa para outra. Por isso, a tríade deve permear o Direito Público e nos oferecer os contornos dogmáticos com vocação para guiar a *praxis*. O novo paradigma condiciona a reconstrução jurídico-prática e doutrinária dos espaços comuns e dos diferentes sistemas nacionais, sob o prisma do alcance multidimensional de tal tríade.

Em segundo lugar, busca-se aprofundar o conceito do novo Direito Público emergente. A autoridade pública hoje não é exclusiva do tipo de organização chamado

Estado, mas compartilhada por instituições supranacionais e internacionais. No século XXI faz-se necessário levar em consideração o Direito Internacional, o supranacional e o Direito comparado, porque o âmbito de aplicação dos princípios fundamentais das Constituições é influenciado e até mesmo reinterpretado por essas ordens. Igualmente essencial é o entendimento de que as autoridades públicas desses três planos estão intimamente relacionadas, exigindo-se sua "interação", não restrita a um mero esquema de subsidiariedade ou complementaridade. O novo Direito Público enriquece-se com as diferentes expressões e tendências atuais como o Direito da humanidade, o Direito cosmopolita ou o Direito global, mas também com o Direito multinacional, a constitucionalização do Direito Internacional e as contribuições do Direito Público nos espaços jurídicos regionais. Os acadêmicos do Direito Público têm assumido uma atitude construtiva, condizente com uma conjuntura de mudança de século, emprestando ênfase à integração do ordenamento nacional em complexos normativos mais amplos, que revelam uma verdadeira efervescência do tema em eventos científicos e estudos doutrinários. Contribuir na tarefa pendente de desenvolver uma dogmática a esse respeito inspira-nos a apresentar as reflexões reunidas neste livro.

Em terceiro lugar, insistimos que o diálogo é a chave para compreender o significado do processo de redefinição dos "territórios" tradicionais do Direito Constitucional, como corolário da internacionalização, da interamericanização e até da mercosurização do Direito na América do Sul, como também ocorre, por exemplo, no contexto do âmbito jurídico europeu. O novo Direito emergente demanda observar o papel dos juízes na criação do Direito e na fixação de parâmetros destinados à proteção efetiva dos direitos humanos no marco de uma sociedade democrática, buscando-se uma integração normativa. Por essa razão, os eixos centrais do livro compreendem o diálogo jurisdicional e o *novum* mecanismo do controle de convencionalidade. Ambos os mecanismos se retroalimentam numa complexa lógica de vínculos (nem sempre pacíficos, tampouco lineares), em busca do fortalecimento efetivo do sistema de direitos. O acervo jurisprudencial, construído com base em parâmetros comuns e com base no diálogo vertical, horizontal e até múltiplo entre jurisdições, serve de *conditio* e de marco axiológico para os futuros desenvolvimentos. Os avanços atingidos neste milênio anunciam novos desafios para a doutrina e operadores jurídicos.

Estas são as três vertentes a caracterizar a emergência de um novo Direito Público e a inspirar a composição desta obra.

Estruturado em duas partes, o livro adota como ponto de partida a temática da Justiça e dos Diálogos Transnacionais, enfocando as estruturas e os princípios fundamentais do Direito, das organizações internacionais e supranacionais, bem como do sistema de proteção dos direitos humanos. À luz dessa principiologia, a obra avança para o exame das cláusulas de diálogo a propiciar a internacionalização da ordem jurídica interna mediante uma "estatalidade aberta", fomentada pela "interamericanização e mercorsurização" a delinear um Direito Constitucional Transnacional

Sul-Americano. É neste contexto que o estudo se move para a compreensão dos diálogos, com destaque à internacionalização do diálogo entre juízes; ao uso das comunicações transjudiciais pelas jurisdições constitucionais no Direito Comparado; às interações e convergências entre o sistema interamericano e os sistemas nacionais; aos diálogos entre sociedade civil transnacional e o sistema interamericano no processo de afirmação de direitos; e aos direitos humanos e ao diálogo jurisdicional no contexto latino-americano.

Transita-se, assim, à segunda parte do livro, concentrada na temática dos Direitos Humanos e do Controle da Convencionalidade. O conceito de dignidade humana, seu significado e alcance no Direito contemporâneo e no discurso transnacional é a reflexão a inaugurar esta segunda parte. Sob a perspectiva da dignidade humana, temas de especial centralidade no campo dos direitos humanos são enfrentados, considerando os sistemas global, regionais e nacionais. Por fim, é examinado o novo paradigma do controle da convencionalidade e seu impacto, sobretudo, no exercício das jurisdições nacionais, mediante diálogos emancipatórios a transformar o Direito contemporâneo.

As tantas inquietudes, percepções e questionamentos a marcar esta obra convergem na certeza da emergência de um novo Direito Público no século XXI. Investigar esse novo Direito, suas características, tendências, tensões, debilidades e fortalezas têm sido o desafio a instigar os coautores desta obra, neste mosaico de reflexões que, por si só, revelam a densidade e a vitalidade de um diálogo transnacional aberto, dinâmico e plural. A cada coautor e coautora, a nossa maior gratidão, pela generosidade de viabilizar a composição desta obra e, especialmente, pela cumplicidade e pelo compromisso com este projeto. À Akemi Kamimura, a nossa expressão de profunda gratidão pelo primoroso trabalho de organização, uniformização e sistematização dos tantos artigos advindos de tantas geografias e línguas diversas e, sobretudo, pela absoluta entrega a este fascinante desafio.

Considerando a tríade direitos humanos, democracia e integração jurídica, esta obra ambiciona oferecer uma contribuição qualificada ao debate público vocacionado à compreensão da emergência de uma nova normatividade nas sociedades complexas, impactada pelos processos de internacionalização e regionalização, na afirmação da nova identidade do Direito Público, a reinventar e a ressignificar o Direito nacional, supranacional e internacional, sob a força transformadora do diálogo.

Heidelberg, julho de 2012.
Os coordenadores

1

Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos*

Armin von Bogdandy; Matthias Kottmann; Carlino Antpöhler; Johanna Dickschen; Simon Hentrei; Maja Smrkolj**

Introducción. 1. Tres problemas de los derechos fundamentales europeos frente a los Estados miembros. 1.1. La libertad de los medios: un derecho fundamental en peligro. 1.2. Los derechos fundamentales en los Estados miembros: asunto de competencia de la UE? 1.3. ¿Cuál es el alcance del "ámbito de aplicación" del Derecho de la Unión? 2. La ciudadanía de la Unión como base doctrinal para una protección de la esencia de los derechos fundamentales. 2.1. La idea de una ciudadanía europea. 2.2. La "esencia" de la ciudadanía de la Unión. 2.3. El estatuto fundamental y los derechos fundamentales. 3. Características de una doctrina Solange "a la inversa". 3.1. El art. 2 TUE y la esencia de los derechos fundamentales. 3.2. La presunción de cumplimiento del art. 2 TUE. 4. Perspectiva: una nueva etapa en el pluralismo constitucional europeo.

Introducción

La posición de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en el espacio jurídico europeo está caracterizada por una profunda ambivalencia. Por un lado, estos derechos, que anteriormente habían sido relegados

* Este artículo se basa en el artículo "Un salvavidas para los derechos fundamentales europeos. Principios básicos de una doctrina – Solange en el Derecho de la Unión frente a los Estados miembros", publicado originalmente como: *Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte – Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange – Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten*. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 72/1, 45-78 (2012). Agradecemos las valiosas sugerencias de Jürgen Bast, Jan Bergmann, Jochen von Bernstorff, Iris Canor, Matthias Goldmann, Gábor Halmai y Marc Jacob. Traducción de Ximena Soley Echeverría, doctoranda de la Universidad Goethe de Frankfurt/Main.

** Armin von Bogdandy es Director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Profesor de Derecho Público de la Universidad Goethe de Frankfurt/Main y profesor invitado de distintas Universidades a nivel global, entre ellas la UNAM. Presidente del Tribunal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Senior Emile Noël Fellow de la Global Law School de la Universidad de Nueva York (2010-2015). Miembro del Comité Científico de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2008--2013). Los coautores Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei y Maja Smrkolj son investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

a la periferia, se han convertido en un asunto de central importancia para la UE,[1] como lo demuestra la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), y la próxima adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La Unión tiene como fin promover a nivel global los derechos fundamentales (art. 21(2)(b) TUE).[2] La situación de los derechos fundamentales en los países candidatos es examinada cuidadosamente.[3] Además, según el art. 2 TUE, la Unión se fundamenta en el respeto de los derechos humanos. Por el otro lado, la situación de los derechos fundamentales en algunos Estados miembros es motivo de creciente preocupación. Hasta ahora se ha discutido particularmente el tema de la protección de migrantes y minorías.[4] Este artículo se centrará en otro ámbito problemático: la libertad de los medios.

Hasta ahora la UE ha respondido de manera tímida a los problemas de protección de los derechos fundamentales,[5] a pesar de que, según el art. 7 TUE, le corresponde la responsabilidad de velar por el respeto de los valores fundacionales por parte de los Estados miembros. Esta responsabilidad ha recaído en las instituciones nacionales e internacionales. Las razones políticas y jurídicas de esta situación han dado lugar a mucha especulación.[6] No queda duda de que el mecanismo que ha sido expresamente diseñado para dar respuesta a estos desarrollos, previsto en el art. 7 TUE,

1. Con argumentos contundentes e innovadores *P. Alston/J. H. H. Weiler*, An 'Ever Closer Union'in Need of a Human Rights Policy, EJIL 9 (1998), 658; para el efecto de este trabajo en las evaluaciones de impacto ver Comisión Europea, Commission Staff Working Paper – Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments, SEC (2011) 567 final, 06/05/2011; para una visión histórica general sobre el desarrollo político ver *J. Rideau*, Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme, 1999, 29-30.

2. Más en detalle *F. Hoffmeister*, Menschenrechts – und Demokratieklauseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft, 1998; *D. Zaru*, EU Reactions to Violations of Human Rights Norms by Third States, European Yearbook on Human Rights (EYHR) (2011), 225.

3. *G. de Búrca*, Beyond the Charter. How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union, Fordham Int'l L. J. 27 (2004), 679 (699-700).

4. Por ejemplo, ver las Cartas del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa al Primer Ministro búlgaro (17/11/2010, CommDH (2010) 47) y al Primer Ministro rumano (7/10/2010, CommDH (2010) 53), sobre todo respecto de la situación de las minorías étnicas y religiosas, así como al Ministro del Interior italiano (25/08/2009, CommDH (2009) 40 y 2/07/2009, CommDH (2010) 23) en cuanto al tratamiento de los inmigrantes y de los solicitantes de asilo. Sobre el conocido caso de 2010 sobre el pueblo gitano en Francia *M. Dawson/E. Muir*, Individual, Institutional and Collective Vigilance in Protecting Fundamental Rights in the EU: Lessons from the Roma, CML Rev. 48 (2011), 751; sobre la situación en los campos de refugiados en Grecia UN High Commissioner for Refugees, Observations on Greece as a country of asylum, December 2009, disponible en: http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b4b3fc82.html, [todos los sitios de internet fueron consultados por última vez el 23/11/2011]; TEDH, *M.S.S. v. Belgium and Greece,* 21/01/2011, (todavía no ha sido recopilada); además Toggenburg (Ed.), Minority Protection and the enlarged European Union: The Way forward (Open Society Institute, 2004).

5. Sobre la discrepancia entre los Estados candidatos y los Estados miembros *A. Albi*, Ironies in Human Rights Protection in the EU. Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums, ELJ 15 (2009), 46 (48-49); *C. Hillion*, Enlargement of the European Union – The Discrepancy between Membership Obligations and Accession Conditions as Regards the Protection of Minorities, Fordham Int'l L. J. 27 (2004), 715-716; *A. Williams*, EU Human Rights Policies: A Study in Irony, 2004, 97-98.

6. *S. Greer/A. Williams*, Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?, ELJ 15 (2009), 462 (473).

es engorroso e inadecuado para lidiar con estas situaciones.[7] La Comisión, que se supone debe fungir como "guardiana de los Tratados", parece tener reservas para proteger plenamente los derechos fundamentales y más bien prefiere concentrarse en asuntos "técnicos" del mercado interno que son de naturaleza menos sensible.[8] La aseveración de que el alcance de la protección de los derechos fundamentales europeos tiene límites estrictos es omnipresente.[9]

Este enfoque tan restrictivo se ha justificado tradicionalmente en razón de la preocupación por conservar la identidad constitucional de los Estados miembros.[10] La conservación de la identidad constitucional es un principio relevante, en particular a la luz del art. 4(2) TUE. Sin embargo, sostenemos que a la luz de ciertas tendencias recientes es hora de reconsiderar el entendimiento que hasta ahora ha prevalecido. Esto es particularmente cierto desde la perspectiva del particular que ha sido afectado por una violación de los derechos fundamentales. Además, este punto puede ser sostenido en razón de consideraciones sistemáticas. Una lesión masiva de la protección de los derechos fundamentales en algunos Estados miembros podría llegar a socavar las bases de la integración europea.

Por esta razón, proponemos complementarlo con otro mecanismo que coloque el "respeto de los derechos humanos", en el sentido del art. 2 TUE, en las manos de los ciudadanos de la Unión y de los tribunales nacionales. Este mecanismo fue establecido y ha sido utilizado desde el asunto Van Gend en Loos: "la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos lleva consigo un eficaz control".[11] Los derechos a proteger son aquellos que otorga la ciudadanía de la Unión. De conformidad con el Tribunal de Justicia en el asunto Ruiz Zambrano, "el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión".[12] Nosotros proponemos proyectar esta jurisprudencia a otro nivel y planteamos, básicamente, definir esta "esencia" haciendo referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales consagrados en el art. 2 TUE.

7. Para una opinión muy crítica ver *S. Greer/A. Williams* (*op. cit.* 6), 474: "dead letter"; más sobre esto infra en la sección 1.2. Los derechos fundamentales en los Estados miembros: asunto de competencia de la UE?
8. De manera crítica la Resolución del Parlamento Europeo, 10/03/2011, sobre la Ley de Medios de Comunicación húngara, párr. 3, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011 0094+0+DOC+XML+V0//ES. Por último, la Comisión ha iniciado el procedimiento de infracción contra Hungría, disponible en: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/395&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en.
9. Ver el discurso de *N. Kroes* en la reunión extraordinaria de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, Estrasburgo, 17/01/2011, SPEECH/11/22, disponible en: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/22&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de.
10. *J. H. H. Weiler*, Fundamental Rights and Fundamental Boundaries, en: J. H. H. Weiler, The Constitution of Europe, 1999, 102 (105-106); *A. von Bogdandy*, The European Union as a Human Rights Organization? CML Rev. 37 (2000), 1307 (1316-1317.); *M. Borowsky*, en: J. Meyer (Ed.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union (3era. ed., 2011), Art. 51 CDFUE párr. 24(a); *C. Schönberger*, Unionsbürger, 2005, 128-129.
11. TUEJ, Asunto C-26/62, Recopilación 1963, 1, párr. 24 – *Van Gend en Loos.*
12. TUEJ, Asunto C-34/09, Recopilación 2011, I-0000, párr. 42 – *Ruiz Zambrano.*

Este estándar aplicaría a cualquier autoridad pública en todo el espacio jurídico europeo. Por consiguiente, una violación por parte de un Estado miembro podrá ser considerada como una violación a la esencia de la ciudadanía de la Unión, aún en "situaciones puramente internas". En aras de conservar el pluralismo constitucional protegido por el art. 4(2) TUE, sugerimos formular una doctrina Solange "a la inversa", para ser aplicada frente a los Estados miembros a nivel europeo. Esta doctrina puede ser expuesta brevemente de la siguiente manera: fuera del ámbito de aplicación del art. 51(1) CDFUE, los Estados miembros retienen la autonomía en cuanto a la protección de los derechos fundamentales hasta tanto pueda ser presumido que estos aseguren la esencia de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 2 TUE. Sin embargo, si se presentara la situación extrema de que una violación llegara a ser considerada como sistémica, esta presunción se ve refutada. En un caso así, los particulares pueden valerse de su estatuto de ciudadanos de la Unión para acudir a los tribunales nacionales a fin de hacer valer sus derechos.

Esta propuesta representa una contribución jurídica importante. Requiere una cuidadosa construcción doctrinal que permita revelarla como un siguiente paso viable en el desarrollo, tanto de la ciudadanía de la Unión como de la protección de los derechos fundamentales. Primero, esbozaremos la problemática actual de la protección de los derechos fundamentales de la UE frente a los Estados miembros en términos prácticos, teóricos y doctrinales (II). El segundo paso explorará la evolución y el estado actual de la ciudadanía de la Unión, que constituye el soporte doctrinal de nuestra propuesta (III). Luego, explicaremos en detalle los elementos de nuestra propuesta (IV). Finalmente, concluiremos que, una vez que sea adoptada por la TJUE, nuestra propuesta será un elemento crucial para la protección de los derechos fundamentales bajo la perspectiva del pluralismo constitucional europeo (V).

1. Tres problemas de los derechos fundamentales europeos frente a los Estados miembros

El desarrollo por vía jurisdiccional de los derechos fundamentales invocados frente a las instituciones europeas ha sido elogiado por representar un avance decisivo en la constitucionalización del derecho europeo.[13] La jurisprudencia posterior que amplió esta lógica a las acciones de los Estados miembros ha sido recibida de manera más crítica.[14] No es para menos, en una Unión basada en el pluralismo constitucional[15] la centralización de los mecanismos para hacer valer los derechos

13. Ver las contribuciones de *J. N. Cunha Rodrigues*, *T. Tridimas*, *M. Kumm* y *B.-O. Bryde* en: M. Maduro/L. Azoulai (Eds.), The Past and Future of EU Law, 2010, 87-88.
14. Para un relato sobre este debate ver *M. Borowsky* (*op. cit.* 10), párr. 24(a).
15. Sobre este concepto ver *N. MacCormick*, Beyond the Sovereign State, Modern Law Review (MLR) 56 (1993), 1 (6, 9); *M. Maduro*, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, en: N. Walker (Ed.), Sovereignty in Transition, 2003, 501; *N. Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, MLR 65 (2002), 317; *M. Kumm*, Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of

fundamentales europeos frente a los Estados miembros es un tema muy delicado. La necesidad de aventurarse en aguas turbulentas la mostrará el siguiente apartado. Iniciamos presentando la situación crítica de la libertad de los medios en algunos Estados miembros de la UE (1). El segundo paso explica por qué esto le concierne a la UE (2). Finalmente, se presentarán los métodos actuales de protección judicial de los derechos fundamentales europeos con sus inconsistencias e insuficiencias (3).

1.1. La libertad de los medios: un derecho fundamental en peligro

Es una verdad de perogrullo que la libertad de los medios "constituye un fundamento esencial de una sociedad democrática".[16] Sin embargo, reportes del Parlamento Europeo indican que hay una creciente preocupación en cuanto a esta libertad en el espacio jurídico europeo. El asunto de la toma de consciencia del problema fue planteado ya en el año 2004 con el informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) que se ocupó, particularmente, del asunto sobre del pluralismo en los medios de comunicación en Italia y en algunos otros Estados miembros.[17] Más recientemente, esta preocupación culminó en la resolución del Parlamento en relación con la Ley de Medios de Comunicación en Hungría y la solicitud de LIBE a la Agencia de Derechos Fundamentales para que emitiera un reporte anual comparativo sobre la libertad de los medios en los Estados miembros de la UE.[18] Esta valoración crítica de la situación actual es compartida por las organizaciones no gubernamentales que han documentado la caída de varios Estados miembros en los rankings de la libertad de prensa.[19]Aún más importantes son los recientes informes del Consejo de Europa y la OSCE que han señalado problemas, tales como a carencia de pluralismo debido a la concentración de los medios, a la influencia política manifiesta tanto en los medios públicos como en los medios privados, el la imposición de sanciones desproporcionadas a periodistas, el uso indebido de legislación antiterrorista contra la prensa, la protección deficiente de las fuentes periodísticas, y la falta

the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, CML Rev. 36 (1999), 351.

16. TJUE, Asunto C-380/03, Recopilación 2006, I-11573, párr. 154 – *Germany v. Parliament and Council*; TEDH, *Handyside v. UK*, 07/12/1976, Series A N. 24, párr. 49.

17. LIBE, Informe sobre el peligro que corre en la UE, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (apartado 2 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales) (2003/2237 (INI)), Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores (Ponente: Sra. Boogerd-Quaak, 05/04/2004, Doc. A5-0230/2004 (Final). Esto condujo a la Resolución del Parlamento Europeo sobre el peligro que corre en la UE, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (art. 11(2) de la Carta de los Derechos Fundamentales) de 22/04/2004, D.O. 2004, C 104 E, 1026.

18. Ver el Preámbulo de la Resolución (*op. cit.* 8).

19. En el "Indice de libertad de prensa de 2010" de la organización no gubernamental "Reporteros sin Fronteras" 13 Estados miembros de la UE se encuentran listados dentro de los "Top 20", otros quedaron alarmantemente mal clasificados, entre ellos España (39), Francia (44), Italia (49), Rumania (52) y Grecia junto a Bulgaria (70), disponible en: http://en.rsf.org/press-freedom-index-2010,1034.html. Para conclusiones similares ver Freedom House, Freedom of the Press 2011: A Global Survey of Media Independence, emitido el 02/05/2011, disponible en: www.freedomhouse.org.

de investigación de actos de violencia en contra de los periodistas.[20] Algunos de esos aspectos son especialmente preocupantes en relación con la recién promulgada Ley de Medios en Hungría.[21]

Para que quede claro: no estamos sosteniendo aquí que se esté regresando a una época oscura de censura; afortunadamente, Europa, en general, sigue disfrutando de una gran libertad de los medios. Muchas de las críticas ya enunciadas han sido o podrían haber sido examinadas por el TEDH.[22] Generalmente, este órgano provee una respuesta satisfactoria,[23] pero no en todos los casos. En las siguientes secciones, expondremos el por qué una respuesta adicional bajo el derecho de le UE es necesaria así como su posible base doctrinal.

1.2. Los derechos fundamentales en los Estados miembros: asunto de competencia de la UE?

¿Hasta qué punto incumben a la UE las deficiencias de los Estados miembros en cuanto a los derechos fundamentales? Este es un asunto sumamente polémico.[24] De conformidad con una lectura estricta y funcionalista, los derechos fundamentales europeos sirven para proteger la primacía y aplicación uniforme del derecho comunitario.[25] Si se adoptara esta lógica, el examen de las actuaciones de los Estados miembros

20. Ver el reporte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comité de Cultura, Ciencia, y Educación, *Respect for Media Freedom* de 06/01/2010, disponible en http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12102.htm; Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Opinion on Hungary's media legislation in light of Council of Europe standards on freedom of the media, CommDH(2011)10, 25/02/2011, disponible en https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1751289; OSCE, Analysis of the Hungarian Media Legislation, 28/02/2011, disponible en: www.osce.org/fom/75990.
21. Act. CLXXXV of 2010 on media services and mass media de 31/12/2010, enmendado por el Act. XIX de 22/03/2011 y el Act. CIV de 2010 on the freedom of the press and the fundamental rules on media content de 09/11/2010, enmendado por el Act. XIX de 22/03/2011; las traducciones ofrecidas por el gobierno húngaro se encuentran disponibles en: www.kormany.hu/download/c/b0/10000/act_civ_media_content.pdf; www.nmhh.hu/dokumentum.php?cid=25694&letolt y www.kormany.hu./download/1/8c/10000/sz%C3%B6vegszer%C5%B1%20v%C3%A1ltozat.doc. Para un análisis, ver Consejo de Europa, Opinion of the Commissioner for Human Rights on Hungary's media legislation in light of Council of Europe standards on freedom of the media, CommDH (2011)10, 25/02/2011; algunas pero no todas las partes de la ley ya han sido anuladas por el Tribunal Constitucional húngaro en una sentencia de 19/12/2011 que todavía no ha sido traducida.
22. Ver por ejemplo TEDH, *Gutiérrez Suárez* v. *Spain*, 01/06/2010 (no se encuentra recopilada); TEDH, *Karsai* v. *Hungary*, 01/12/2009 (no se encuentra recopilada); TEDH, *Goodwin* v. *UK,* 27/04/1996, ECHR 1996-II; TEDH (GC), *Tillack* v. *Belgium*, 27/11/2007, ECHR 2007-XIII.
23. Ver *J. Abr. Frowein*, The Transformation of Constitutional Law Through the European Convention of Human Rights, Is. L. R. 41 (2008), 489; *D. Harris/M. O'Boyle/C. Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2da. Ed. 2009, 30-31; *L. Scheeck*, The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights, ZaöRV 65 (2005), 837.
24. Sobre esto ver, *J. H. H. Weiler* (*op. cit.* 10), 119-120; *P. Eeckhout*, The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question, CML Rev. 39 (2002), 945; *J. Kühling*, Grundrechte, en: A. von Bogdandy/J. Bast (Eds.), Europäisches Verfassungsrecht, 2da. Ed. 2009, 657 *et seq*.; *M. Borowsky* (*op. cit.* 10).
25. Con esta premisa ver *J. Coppel/A. O'Neill*, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CML Rev. 29 (1992), 669; más recientemente *T. Kingreen*, en: C. Calliess/M. Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 4ta. Ed. 2011, Art. 51 GRC párr. 11-12; *H. J. Papier*, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten, DVBl 2009, 473 (480).

que atentan contra los derechos fundamentales europeos solo se justificaría en la medida en que esta actuación haya sido determinada por el derecho comunitario. En sentido estricto, la propia Unión sería el objeto de un examen de este tipo.

Hoy en día, esta lectura es insatisfactoria. La visión de la Unión como entidad funcionalista dedicada exclusivamente a la integración del mercado común (Zweckverband) ha sido superada.[26] A la luz del alcance de sus competencias, la Unión debe ser considerada como un ente público, abierto en cuanto a sus políticas y en donde se toman decisiones de gran impacto para la sociedad. Esto se refleja en el hecho de que el mercado interno y el progreso económico hayan ocupado el primer lugar entre los fines de la integración por 50 años, pero que en la actualidad, de conformidad con el art. 3 TUE, estos fines ocupen solamente el tercer lugar, cediendo su antigua posición a "la paz, sus valores [los de la Unión] y el bienestar de sus pueblos". El alcance tan amplio de sus competencias incrementa las exigencias de legitimidad. Una posible respuesta a estos reclamos o exigencias podrían ser los derechos fundamentales europeos que protegen la autonomía del particular.[27]

No hay que olvidar, además, que los derechos fundamentales también tienen una segunda función que es vital para la legitimación democrática de la UE. La democracia en la Unión se basa en dos mecanismos (arts. 9-12 TUE): uno a nivel de la Unión, a saber el Parlamento Europeo, y otro que se origina en los procesos políticos de los Estados miembros y que es mediado por los gobiernos nacionales (art. 10(2) TUE).[28] Ambos elementos eventualmente nos conducen al particular, es decir, al ciudadano de la Unión que simultáneamente es ciudadano de uno de los Estados miembros.[29] Los derechos fundamentales tienen una función que hace posible la democracia, pues fomentan la legitimación democrática de la Unión al proteger la participación individual en los procesos políticos de la Unión o de los Estados miembros.[30] Ello es particularmente válido en cuanto a la libertad de los medios de comunicación: la democracia en la Unión se vería seriamente afectada si se le dificultara u obstaculizara a los ciudadanos de la Unión expresar sus opiniones o informarse en los medios independientes.[31]

26. *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 197; similar ("regulatory state") *G. Majone*, The European Community as a Regulatory State, en: Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. 1, 1994, 321.
27. Así *D. Chalmers*, Looking Back at *ERT* and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda, en: M. Maduro/L. Azoulai (*op. cit.* 13), 148.
28. *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 556-557.
29. *J. Habermas*, Zur Verfassung Europas, 2011, 67; *S. Dellavalle*, Between Citizens and Peoples, Annual of German & European Law II/III (2004/2005), 171; *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (160); desde una perspectiva del Estado de derecho BVerGE 123, 267, párrs. 231 y 280.
30. *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998, 175-176.
31. Igualmente *S. Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, en: A. von Bogdandy/J. Bast (*op. cit.* 24), 611 *et seq.*

Al mismo tiempo, no debemos ignorar que la imposición de un estándar único a los Estados miembros conlleva el riesgo de una mayor centralización.[32] Replicar las experiencias vividas por países federales, tales como los Estados Unidos de América o Alemania, no es la manera en a que Europa debería proceder: "unida en la diversidad" es la divisa de la Unión y el pluralismo así como el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros han sido consagrados en su ley constitucional (arts. 2 y 4(2) TUE). La solución que encontramos en los tratados es ambigua. Por un lado, según el art. 6(1) TUE y la Carta, los Estados miembros generalmente quedan obligados por los derechos fundamentales de la Carta "únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión" (art. 51(1) CDFUE).

Por otro lado, aún y cuando actúen de manera autónoma, los Estados miembros deben acatar los valores comunes del art. 2 TUE, *inter alia* el "respeto de los derechos humanos" y adicionalmente permanecen sujetos al mecanismo del art. 7 TUE.[33] Por medio de estas disposiciones la UE se ha convertido en garante de los principios constitucionales de los Estados miembros.[34] Esto no debe ser percibido como un paso hacia un super-Estado europeo[35] sino más bien como una condición para que un ente político complejo pueda operar.[36] Este artículo prevé un mecanismo político en caso de una "violación grave y persistente". Este mecanismo tiene serias desventajas. El problema no es tanto que nunca antes haya sido utilizado en la práctica;[37] este mecanismo ha sido diseñado, con justa razón, para ser usado en situaciones excepcionales.[38] La dificultad radica más bien en que su configuración general crea expectativas entre los Estados miembros de que nunca será puesto en práctica.[39] La naturaleza misma del procedimiento de sanciones implica consideraciones de oportunidad política. Ello en sí mismo no es malo, pero podría desembocar en una costumbre entre los Estados miembros de "hacerse de la vista gorda". La reticencia

32. En más detalle *J. Abr. Frowein/S. Schulhofer/M. Shapiro*, The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration, en: M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler (Eds.), Integration Through Law, Vol. 1, 1986, 231; *P. M. Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 64 (2011), 2385 (2386); A.G. Sharpston en *Ruiz Zambrano*, (*op. cit.* 12), párrs. 172 *et seq.*

33. Ver infra., 3.1. El art. 2 TUE y...

34. *A. von Bogdandy*, The European Union as a Supranational Federation, CJEL 6 (2000), 27.

35. En cuanto a estos temores ver *D. Murswiek*, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung, NVwZ 28 (2009), 481.

36. AG *Maduro* en TJUE Asunto C-380/05, Recopilación 2008 I-349, párr. 19 – *Centro Europa 7.*

37. Las medidas tomadas en contra de Austria en el 2000 fueron medidas unilaterales de los Estados miembros en el asunto Haider. Ver *W. Sadurski*, Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider, CJEL 16 (2009-2010), 385 (400); *F. Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, 2002.

38. *W. Sadurski* (*op. cit.* 37), 423.

39. Con el diagnóstico de que el art. 7 TUE tiene un carácter más bien simbólico, *O. De Schutter*, Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, en: Y. Lejeune (Ed.), Le traité d'Amsterdam, 1998, 153 (179-180.); *T. Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, en: V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum (Eds.), Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag, 1998, 871 (898); *J. Crawford*, Democracy and the body of international law, en: G. H. Fox/B. R. Roth (Eds.), Democratic Governance and International Law, 2000, 91, 112 nota. 85.

generalizada para iniciar el procedimiento del art. 259 TFUE (procedimiento de infracción de un Estado contra otro) es bien conocida.[40] Además, el carácter de ponderación que implica el procedimiento y la estigmatización inherente al art. 7 TUE hace que la apuesta política sea muy alta. Después de un período inicial en el que la Comisión se mostró anuente a usar este mecanismo,[41] ahora se muestra reacia y ha abogado por una interpretación muy restrictiva del art. 7 TUE.[42] Parece ser que la experiencia del asunto Haider ha dejado a los Estados miembros y a los órganos de la propia Unión extremadamente reacios a activar mecanismos similares.[43]

1.3. ¿Cuál es el alcance del "ámbito de aplicación" del Derecho de la Unión?

En vista de lo anterior, no debe sorprendernos que el TJUE haya buscado una manera para asegurar la protección de los derechos fundamentales ampliando el "ámbito de aplicación del Derecho de la Unión" para cubrir deficiencias reales o imaginarias. Si bien es convincente aspirar a estándares altos en la protección de los derechos fundamentales, el camino que nos conduzca a esta meta no puede ser forjado a costa de la consistencia dogmática y el respeto de las identidades nacionales.

Según la jurisprudence constante del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales europeos se aplican a los Estados miembros únicamente cuando actúen dentro del "ámbito de aplicación del Derecho de la Unión".[44] Esto comprende básicamente tres constelaciones. La primera es cuando las autoridades de los Estados miembros ejecutan obligaciones derivadas directamente del derecho comunitario.[45] Esto ha sido ampliamente avalado ya que en esta situación las autoridades nacionales actúan como "agentes" de la Unión.[46] La segunda constelación es más controvertida: los derechos fundamentales europeos se aplican también a las medidas que tome un Estado miembro para implementar el derecho comunitario, incluyendo cuando únicamente se establezca un requisito de armonización mínima o se otorgue un margen

40. Sobre esto ver *K. Lenaerts*, Procedural Law of the European Union, 2da, ed. 2006, 148.
41. Ver Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeos sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, 15/10/2003, KOM/2003/606 final, 3.
42. "Esta cláusula sólo se aplicaría en caso de que hubiera un colapso de los sistemas de protección los derechos fundamentales y de los órdenes jurisdiccionales a escala nacional" (traducción propia) Freedom of Expression and Information in Italy: Declaration in the European Parliament Plenary by EU Media Commissioner Viviane Reding, 08/10/2009, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20091008+ITEM-005+DOC+XML+V0//EN&language=EN.
43. Tal y como lo menciona el reporte de los "tres sabios", las medidas fueron percibidas por el público autríaco como sanciones políticamente motivadas por parte de gobiernos extranjeros en contra de la población austríaca y más bien fomentaron sentimientos nacionalistas. Ver *M. Ahtisaari/J. Abr. Frowein/M. Oreja*, Bericht über das Eintreten der österreichischen Regierung für die gemeinsamen europäischen Werte, aprobado en Paris el 08/09/2000, párr. 116.
44. TJUE, Asunto C-299/95, Recopilación 1997, I-2629, párr. 15 – *Kremzow*; Asunto C-60 & 61/84, Recopilación 1985, 2605, párr. 26 – *Cinéthèque*.
45. TJUE, Asunto C-5/88, Recopilación 1989, 2609, párr. 19 – *Wachauf*; Asunto C-201/85, Recopilación 1986, 3477, párrs. 9-11 – *Klensch*; Asunto C-2/92, Recopilación 1994, I-955, párr. 16 – *Bostock*.
46. Ver *J. Kühling* (*op. cit*. 24), 680-681.

de apreciación.[47] A pesar de que esta línea jurisprudencial ha sido disputada por la doctrina[48] se justifica por la siguiente lógica: una medida de la UE no le puede otorgar a los Estados miembros discrecionalidad para violar los derechos fundamentales europeos.[49] En el caso de la libertad de los medios, nos estaríamos refiriendo a la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, la cual tiene como resultado que las medidas nacionales que la implementan entren dentro del ámbito de aplicación del art. 11(2) CDFUE.[50] Cabe destacar que esta directiva cuenta con una importante limitación ya que solo aplica a los medios audiovisuales, es decir, en su mayor parte a la televisión y a los servicios de medios audiovisuales a petición. Cualquier interferencia con la prensa, prensa en línea, o difusión de radio quedan fuera de su alcance y en consecuencia no podrán ser abordados desde la segunda constelación.[51]

A la luz de situaciones similares, el Tribunal amplió la segunda constelación aún más. En el asunto ORF, ofreció una interpretación muy amplia del ámbito de aplicación de una directiva para dar aplicación a los derechos fundamentales.[52] En el asunto Kücükdeveci, extendió la noción de "implementación" la cual aparentemente hoy se extiende hasta la legislación pre-existente de los Estados miembros que afecte los ámbitos regulados por un acto normativo de la UE.[53] Es difícil ver cómo esta decisión cumple con la lógica mencionada en el párrafo anterior. El Tribunal nunca ha explicado la base doctrinal que justifica esta interpretación tan amplia lo cual ha sido criticado, con buena razón, en la literatura.[54] Más recientemente, los jueces se

47. TJUE, Asunto C-442/00, Recopilación 2002, I-11915, párr. 31 – *Rodríguez Caballero*; Asunto C-276/01, Recopilación 2003, I-3735, párrs. 69-70 – *Steffensen*; Asunto C-379 & C-380/08, Recopilación 2010, I-0000, párr. 79 – *ERG*.

48. Ver *C. Calliess*, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte, JZ 64 (2009), 113.

49. *J. Kühling* (*op. cit.* 24), 682; TJUE, Asunto C-540/03, Recopilación 2006, I-5769, párrs. 103-104. – *Parliament/Council*.

50. Directiva 2010/13/EU del Parlamento y del Consejo Europeo de 10/04/2010 sobre los servicios audiovisuales (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), D.O. 2010 L 95/1. Como lo establece el art. 4(1): Los Estados miembros tendrán la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva *siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión*." (la cursiva es nuestra). Un ejemplo actual de esto es la Ley de Medios húngara, que, en aplicación del art. 28 de la Directiva, obliga a ciertos medios a un "derecho de réplica o de medidas equivalentes".

51. Algunos actos normativos de la Unión cubren otros aspectos marginales de otra ley de medios, *inter alia* el art. 9 de la Directiva 95/46/EG, D.O. 1995 L 281/31, que prevé un procedimiento especial para el procesamiento de datos personales llevado a cabo con fines meramente periodísticos. En cuanto a las competencias de la UE en el derecho de los medios ver *C. Drechsler*, Verantwortung der Europäischen Union für eine freie Berichterstattung in den Medien, Osteuropa-Recht 57 (2011), 53.

52. TJUE, Asunto C-465/00, Recopilación 2003, I-4989, párrs. 31-47 – *ORF*; para una visión crítica *C. D. Classen*, Comentario de sentencia, CML Rev. 41 (2004), 1377 (1381-1382).

53. TJUE, Asunto C-555/07, Recopilación 2010, I-0000, párrs. 23-26 – *Kücükdeveci*; esto va más allá en el Asunto C-144/04, Recopilación 2005, I-9981, párr. 51 – *Mangold*.

54. Ver por ejemplo *L. Manthey/C. Unseld*, Grundrechte *vs*. "effet utile" – Vom Umgang des EuGH mit seiner Doppelrolle als Fach – und Verfassungsgericht, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 14 (2011), 323 (334-335).

han mostrado ansiosos por subrayar las limitaciones de su competencia, pero, hasta la fecha, únicamente con consecuencias retóricas.[55]

La más controvertida de todas es la tercera constelación. De acuerdo con la llamada doctrina ERT, las limitaciones nacionales a un derecho otorgado en virtud del Derecho de la Unión deben respetar los derechos fundamentales europeos.[56] Si bien esta doctrina ha sido criticada anteriormente,[57] el art. 51(1) CDFUE ofrece nuevos argumentos en contra.[58] Además, la doctrina ERT tiene sus limitaciones: las actividades no económicas y las situaciones meramente internas quedan en gran medida fuera de su alcance.[59] Respecto a esto, el Tribunal ha mostrado tendencias expansivas que cuentan con un fundamento dogmático dudoso: en el asunto Carpenter, en aras de proteger el derecho del demandante a la vida familiar, los jueces sostuvieron que la libertad de prestación de servicios era aplicable a una situación que muchos comentaristas han clasificado como "meramente interna".[60] En el asunto Karner, si bien el Tribunal de Justicia sostuvo que no hubo interferencia en la libre circulación de mercancías, los derechos fundamentales eran aplicables de igual manera con base en la doctrina ERT.[61]

En sus conclusiones en el asunto Ruiz Zambrano, la Abogado General Sharpston llevó a cabo una crítica minuciosa de la jurisprudencia y subrayó las inconsistencias causadas por el deseo de ampliar la protección de los derechos fundamentales europeos.[62] Como alternativa, propuso ligar los derechos fundamentales europeos a las competencias exclusivas o compartidas de la Unión. De esta manera, los Estados miembros quedarían sujetos a los derechos fundamentales europeos en todos los ámbitos en los cuales la Unión posee competencia para legislar, independientemen-

55. TJUE, Asunto C-400/10 PPU, Recopilación 2010, I-0000, párrs. 52 *et seq.* – *McB*.
56. TJUE, Asunto C-260/89, Recopilación 1991, I-2925, párr. 43 – *ERT*; Asunto C-368/95, Recopilación 1997, I-3689 – *Familiapress*; Asunto C-245/01, Recopilación 2003, I-12489 – *RTL Television*.
57. *F. Jacobs*, Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice, EL. Rev. (2001), 331 (337); *P. M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 43 (2008), 190; *H. Sommer*, Bausteine eines Grundrechtskollisionsrechts für das europäische Mehrebenensystem, EuGRZ (2011), 195 (196).
58. Ver *M. Borowsky* (*op. cit.* 10), párrs. 29-30; *F. Picod*, en: L. Burgorgue-Larsen et al. (Eds.), Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II La Charte des droits fondamentaux, 2005, Art. II-111 párr. 15; con argumentos a favor, en detalle *P. Craig*, The ECJ and *Ultra Vires* Action: A Conceptual Analysis, CML Rev. 48 (2011), 395 (430); *M. Cartabia*, en: W. B. T. Mock/G. Demuro (Eds.), Human Rights in Europe, 2010, Art. 51, 320; *A. Mangas Martín*, en: W. B. T. Mock/G. Demuro (Eds.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2008, Art. 51, 817.
59. Esto último puede conducir a la situación de discriminación de los propios ciudadanos, que en cualquier caso no es permitida bajo el derecho nacional, ver TJUE, Asunto C-212/06, Recopilación 2008, I-1683, párr. 38 – *Gouvernement wallon*.
60. TJUE, Asunto C-60/00, Recopilación 2002, I- 6279 – *Carpenter*; para una visión crítica ver *U. Mager*, Comentario de sentencia, JZ 58 (2003), 204; *S. Acierno*, The Carpenter Judgment – Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order, EL Rev. 28 (2003), 398 (402-403).
61. TJUE, Asunto C-71/02, Recopilación 2004, I-3025, – *Karner*; una limitación a la libre circulación de mercancías fue rechazada por medio de la así llamada jurisprudencia-*Keck*. Ver TJUE, Asunto C-267 & 268/91, Recopilación 1993, I-6097 – *Keck*. Para una crítica *Kühling*, (*op. cit.* 24), 499 *et seq.*
62. AG *Sharpston* en *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párrs. 156-157.

te del hecho de que esta competencia sea ejercida o no.[63] Nos queda la duda de si este enfoque subsana las deficiencias percibidas por la Abogado General Sharpston. Primero, nos preguntamos si este enfoque es compatible con el art. 51(1) CDFUE.[64] Segundo, probablemente no conllevaría a una mayor claridad y consistencia en el ámbito de los derechos fundamentales ya que la jurisprudencia sobre competencias de la Unión es altamente compleja y por sí misma objeto de crítica.[65] Finalmente, la misma Sharpston admitió que su propuesta conlleva consecuencias expansivas de gran alcance y que no debería ser adoptada por el Tribunal en el asunto en cuestión.[66]

Así, en nuestra opinión, se requiere un enfoque diferente para acabar con las inconsistencias existentes, ofrecer la protección necesaria y al mismo tiempo respetar las identidades de los Estados miembros. Con esto en mente, lo desarrollaremos en los apartados siguientes.

2. La ciudadanía de la Unión como base doctrinal para una protección de la esencia de los derechos fundamentales

Nuestra propuesta consiste en subjetivizar el "respeto de los derechos humanos" en el sentido del art. 2 TUE y en ponerlo en las manos de los ciudadanos de la Unión y de los tribunales nacionales. Si bien no consideramos que los fines y valores del art. 2 TUE tengan efectos directos como tales, sí consideramos que guían la interpretación de otras normas.[67] Sostenemos que las violaciones sistémicas a la esencia de los derechos fundamentales, de conformidad con el art. 2 TUE, por parte de cualquier autoridad pública en el espacio jurídico europeo constituyen violaciones al art. 20 TFUE que pueden ser examinadas por los tribunales nacionales en cooperación con el TJUE. Nuestra propuesta se enmarca y vincula de modo estrecho con los desarrollos en la protección de los derechos humanos y fundamentales europeos, por un lado, y con la ciudadanía de la Unión, por el otro. La ciudadanía de la Unión se ha ido convirtiendo, a lo largo de los años, en el punto de referencia último de la legitimidad de la Unión (1). De particular importancia es el desarrollo reciente de una "esencia" de la ciudadanía de la Unión en el asunto Ruiz Zambrano que incluye las así llamadas situaciones puramente internas (2). Este último desarrollo, según nuestra tesis, proporciona la base doctrinal para proteger a los ciudadanos de la Unión contra cualquier violación de derechos fundamentales que tenga el efecto de privar su ciudadanía de contenido práctico (3).

63. AG *Sharpston* en *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párrs. 163-164.
64. Ver la crítica de *J. Bergmann*, Neuerungen beim EU Grundrechtsschutz, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBlBW) 32 (2011), 169 (172).
65. Ver desde el punto de vista de las relaciones exteriores *B. de Witte*, Too Much Constitutional Law in the European Union's Foreign Relations?, en: M. Cremona/B. de Witte (Eds.), EU Foreign Relations Law, 2008, 3 (11).
66. AG *Sharpston* en *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párrs. 171-172.
67. TJUE, Asunto C-402/05 P & C-415/05 P, Recopilación 2008, I-6351, párr. 304 – *Kadi*.

2.1. La idea de una ciudadanía europea

La idea de una ciudadanía europea ha acompañado a la integración europea desde sus inicios.[68] Walter Hallstein, el primer presidente de la Comisión Europea, empleó el concepto de una Staatsangehörigkeit europea en 1951 para describir el derecho de libre circulación que los trabajadores de la industria del acero y del carbón disfrutaban.[69] Trece años después, la predecesora de la ciudadanía de la Unión – la ciudadanía del mercado – hizo su aparición en el debate legal.[70] Es cierto que este concepto fue empleado únicamente para describir el efecto directo de las libertades fundamentales en el individuo; es más, se hizo énfasis en que esto no confería ningún estatuto político al particular.[71] En efecto, este entendimiento de la ciudadanía era bastante pobre,[72] pero ayudó a impulsar y ahondar el debate.[73] El término mismo "ciudadanía de la Unión" fue acuñado por uno de los padres fundadores de la Unión Europea, Altiero Spinelli, un federalista empedernido que empleó el término por primera vez en 1984 en el Proyecto de Tratado de la Unión Europea.[74]

Solo ocho años después la ciudadanía de la Unión se convirtió en derecho positivo con el Tratado de Maastricht. Este desarrollo fue recibido con una buena dosis de escepticismo[75] pero la idea despegó y tuvo éxito. Varias obras visionarias provenientes de la doctrina,[76] así como la jurisprudencia del TJUE sellaron la llegada de una nueva era; el particular como tal, no como factor de producción del mercado común o como beneficiario pasivo, empezó a informar el espacio jurídico europeo. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa propulsó esta evolución hacia adelante: por medio de la instauración de la ciudadanía, la Unión "sitúa a la persona en el centro de su actuación" (CDFUE 2da consideración del Preámbulo). La ciudadanía se convierte en la piedra angular de la legitimidad democrática de la Unión Europea (arts. 9-11 TUE).[77]

68. Para una clasificación histórico-comparativa *C. Schönberger*, European Citizenship as Federal Citizenship, 19 Revue Européenne de Droit Public (2007), 61 *et seq.*
69. *W. Hallstein*, Der Schuman-Plan, 1951, 18.
70. El término fue acuñado por *H. P. Ipsen/G. Nicolaysen*, Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 18 (1965), 339 (340).
71. *H. P. Ipsen* (*op. cit.* 26), 187 (250-251).
72. *S. Kadelbach* (*op. cit.* 31), 614-615.
73. Ver únicamente *E. Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970; *A. Lhoest*, Le Citoyen à la une de l'Europe, RMC 18 (1975), 431.
74. Parlamento Europeo, Resolution on the Draft Treaty Establishing the European Union, D.O. 1984, C 77/33, Art. 3.
75. Conocido *J. H. H. Weiler*, Citizenship and Human Rights, en: J. A. Winter *et al.* (Eds.), Reforming the Treaty on European Union, 1996, 57 (65): "little more than a cynical exercise in public relations on the part of the High Contracting Parties".
76. *C. Closa*, The concept of Union Citizenship in the Treaty on European Union, CML Rev. 29 (1992), 1137 *et seq.*; *S. O'Leary*, The Evolving Concept of Community Citizenship, 1996; *Y. Soysal*, Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe, 1994; *A. Wiener*, Making sense of the new geography of citizenship: Fragmented citizenship in the European Union Theory & Society (TS) 26 (1997), 529 *et seq.*; *J. Shaw*, Citizenship of the Union: Towards a Post-National Membership?, Collected Courses of the Academy of European Law VI-1, (1995), 237 *et seq.*
77. *A. Levade*, Citoyenneté de l'Union européenne et identité constitutionnelle, Revue des Affaires Européennes (R.A.E.) 18 (2011), 98 *et seq.*

En vista de lo anterior, parece completamente coherente proveer al ciudadano de la Unión de un recurso judicial contra menoscabos serios a su estatuto, ya sea a nivel europeo o a nivel de los Estados miembros. Hasta se podría pensar en que esto también abarca todos los valores sobre los cuales se fundamenta la Unión de conformidad con el art. 2 TUE. El Tribunal Constitucional Federal alemán, de hecho, sigue una lógica análoga al darle a los votantes alemanes el derecho a "impugnar los déficits de legitimación democrática de la Unión Europea que sean constitucionalmente relevantes".[78] Sin embargo, los derechos subjetivos a principios abstractos como democracia (más allá de los derechos políticos) o el estado de derecho (más allá de los derechos civiles) son mucho más difíciles de fundamentar, como lo muestra la crítica que se la hecho a este enfoque del Tribunal Constitucional.[79] En cualquier caso, una medida tan amplia parece ser prematura a nivel europeo ya que no hay jurisprudencia del TJUE al respecto.

Es por esto que hemos limitado nuestro enfoque a un solo valor del art. 2 TUE: el "respeto de los derechos humanos".[80] Primero, existe una tradición de larga data en Europa según la cual los tribunales juegan un rol importante en ese contexto. Segundo, tal y como lo muestran los apartados siguientes, ya existen indicios relevantes en la jurisprudencia de Luxemburgo en este sentido.

2.2. La "esencia" de la ciudadanía de la Unión

El Tribunal de Justicia ha ido construyendo y ampliando sucesivamente la ciudadanía de la Unión hasta convertir la en un concepto fundamental para todo el espacio jurídico europeo. El Tribunal proclamó en su famosa sentencia en el asunto Grzelczyk que "la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros".[81] El Abogado General Sharpston correctamente apunta a que este nuevo desarrollo tiene "potencialmente tanta importancia como la sentencia Van Gend en Loos".[82] Efectivamente, la ciudadanía de la Unión se ha convertido en la "nueva frontera" del derecho europeo que el Tribunal ha ido expandiendo a pesar de encontrar resistencia.[83] Una posible explicación para esta línea jurisprudencial podría ser que el Tribunal, en vista de las

78. Ver BVerfGE 123, 267, 331 – *Lissabon*.
79. Para una visión general ver *H. Klein*, en: T. Maunz/G. Dürig (Eds.), Grundgesetz, 62da. ed. 2011, Art. 38 párrs. 146 *et seq.*
80. Los otros valores "dignidad humana", "libertad" e "igualdad" son parte de los "derechos humanos", según nuestro entendimiento.
81. "[…] le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres […]." TJUE, Asunto C-184/99, Recopilación 2001, I-6193, párr. 31 – *Grzelczyk*. Así ha sido formulado en la jurisprudencia desde ese entonces ver Asunto C-413/99, Recopilación 2002, I-7091, párr. 82 – *Baumbast*; *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párr. 41.
82. Conclusiones de la AG *Sharpston* en el asunto *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párr. 68.
83. En el asunto *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12) la Comisión y nueve Estados miembros intervinieron, solicitando al Tribunal que desestimara el asunto al considerar que quedaba fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

múltiples crisis a las que se enfrenta hoy Europa, está intentando fortalecer el concepto legal sobre el cual la Unión, en última instancia, se basa.

En cuanto a este aspecto, es importante recordar que el TJUE ha entendido el derecho a circular y residir libremente (hoy art. 21 TFUE) como un derecho individual con efecto directo que no permite cualesquiera cargas o "inconveniencias graves" injustificadas y el cual también puede ser invocado en contra del Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión.[84] Si bien la mayor parte de los casos han consistido en el desplazamiento físico de una persona de un Estado miembro a otro, la necesidad de contar con este elemento se ha ido disipando con el tiempo.[85] Eventualmente, esto llevó al desarrollo más reciente en el asunto Ruiz Zambrano en donde el Tribunal introduce una categoría adicional: la "esencia" de la ciudadanía de la Unión que también es protegida por el art. 20 TFUE, aún en ausencia de algún elemento transfronterizo.

El señor Ruiz Zambrano y su esposa se habían refugiado en Bélgica debido a la guerra civil en su país de origen (Colombia). Sus solicitudes para adquirir un estatuto regular de residencia fueron rechazadas por las autoridades belgas. En el interim, su esposa dio a luz a dos niños que, de conformidad con la legislación belga, habían adquirido la nacionalidad belga y por consiguiente la ciudadanía de la Unión. Sin embargo, dado que los niños nunca se habían mudado de Bélgica, la situación hubiera sido calificada como "puramente interna" según las reglas convencionales y hubiera quedado fuera del ámbito del Derecho de la Unión.[86] Dicha situación llevó al Tribunal de Justicia a adoptar un nuevo concepto en su jurisprudencia sobre la ciudadanía de la Unión. Sostuvo, de manera categórica, que el "art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión".[87] Los jueces sostuvieron que, ya que los niños Ruiz Zambrano dependían de su padre, estos tendrían que eventualmente dejar el territorio de la Unión si a su padre se le denegara el permiso de residencia y esto significaría que quedarían imposibilitados "de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de

84. TJUE, Asunto C-406/04, Recopilación 2006, I-6947, párr. 39 – *De Cuyper*; Asunto C-208/09, Recopilación 2010, I-0000, párr. 67 – *Sayn-Wittgenstein*. En más detalle *E. Spaventa*, Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects, CML Rev. 45 (2008) 13 (22 *et seq.*); *F. Wollenschläger,* A New Fundamental Freedom Beyond the Market, ELJ 17 (2011), 1 (25 *et seq.*); sobra la clasificación de este desarrollo como función integradora de los derechos públicos subjetivos *T. Kingreen*, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?, EuR 45 (2010), 338 (347 *et seq.*).
85. Ver TJUE, Asunto C-148/02, Recopilación 2003, I-11613, párr. 26 – *Garcia Avello*; Asunto C-200/02, Recopilación 2004, I-9925, párr. 26 – *Zhu and Chen*; Asunto C-135/08, Recopilación 2010, I-0000, párr. 42 – *Rottmann*. En más profundidad *D. Kochenov,* A Real European Citizenship: The Court of Justice Opening a New Chapter in the Development of the Union in Europe, CJEL 18 (2011, i. E.).
86. Esto alegaron la Comisión y los nueve Estados miembros que sometieron observaciones en el asunto (*Ruiz Zambrano* [*op. cit.* 12], párr. 37).
87. Ibidem, párr. 42.

ciudadanos de la Unión."[88] La jurisprudencia posterior ha reafirmado este principio pero le ha dado una aplicación claramente estrecha: tal y como es entendida hoy en día, la "esencia" entra en juego solamente si la efectividad de la ciudadanía de la Unión se ve gravemente vulnerada. Consecuentemente, impide la expulsión de un familiar de un ciudadano de la Unión que sea nacional de un tercer Estado si esto tiene como consecuencia que el ciudadano de la Unión se vea de facto obligado a dejar el territorio de la Unión.[89] No obstante, la práctica muestra que es muy difícil alcanzar este umbral.[90]

Sin duda alguna, el desarrollo de la "esencia" de la ciudadanía de la Unión es un ejemplo espectacular del desarrollo judicial del derecho. Dada su importancia, es desafortunado pero sencillo entender por qué el Tribunal no se ha animado a desarrollar una justificación doctrinal comprehensiva.[91] Pero de la jurisprudencia se puede deducir que el Tribunal ya no considera a la ciudadanía de la Unión como un concepto únicamente transnacional que, en su expresión más básica, le permite a su titular circular libremente a lo largo y ancho de la Unión.[92] El "estatuto fundamental" también tiene una dimensión interna en cuanto la Unión protege a sus ciudadanos contra los excesos de sus Estados miembros de origen que tengan por efecto privar al estatuto de su efectividad.[93]

2.3. El estatuto fundamental y los derechos fundamentales

¿Qué rol juega este desarrollo en la protección de los derechos fundamentales? La idea de ligar la ciudadanía de la Unión con los derechos fundamentales europeos no es nueva.[94] Dentro del Tribunal fue manifestada por primera vez por el Abogado General Jacobs en su famosa opinión en el asunto Konstantinidis. Bajo el hoy famoso lema "civis europaeus sum" consideró que a todo ciudadano de la Unión se le debería otorgar una acción legal individual para hacer valer los derechos fundamentales en

88. *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párr. 44.
89. TJUE, Asunto C-256/11, Recopilación 2011, I-0000, párr. 66 *et seq.* – *Dereci.*
90. Ver TJUE, Asunto C-434/09, Recopilación 2011, I-0000, párr. 49 *et seq.* – *McCarthy*, en donde se decidió que la expulsión de un cónyuge no vulneraba la "esencia"; *Dereci* (*op. cit.* 89) le dejó la decisión final al tribunal que había referido el asunto pero insinuó que favorecía una lectura estricta.
91. Para una crítica *K. Hailbronner/D. Thym*, Comentario de la sentencia, CML Rev. 48 (2011), 1253 (1259 *et seq.*); *A. Lansbergen/N. Miller*, European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? EuConst 7 (2011), 287 (306-307). *N. Nic Shuibhne*, Seven Questions for Seven Paragraphs, EL Rev. 36 (2011), 161; más receptivo *M. Nettesheim*, Der "Kernbereich" der Unionsbürgerschaft, JZ 66 (2011), 1030 (1031 *et seq.*); *D. Kochenov* (*op. cit.* 85).
92. Con argumentos de peso en este sentido *C. Schönberger* (*op. cit.* 68), 79.
93. Igualmente *D. Dittert*, Les droits des citoyens de l'Union: vers un statut détaché de tout élément transfrontalier?, R.A.E. 18 (2011), 223 (226); *P. Van Elsuwege*, European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited, EuConst 7 (2011), 308 (313 *et seq.*).
94. Sobre esto *O'Leary*, The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law, CML Rev. 32 (1995), 519; *M. Benlolo Carabot*, Les fondements juridiques de la Citoyenneté Européenne, 2008, 606 *et seq.*, 614 *et seq.*; *S. Kadelbach* (*op. cit.* 31), 623 *et seq.*; AG *Colomer* en Asunto C-228/07, Recopilación 2008, I-6989, párrs. 25 *et seq.* – *Petersen*.

el ejercicio de su derecho de libre circulación.[95] El Tribunal no siguió este enfoque y decidió el asunto basándose en el derecho de establecimiento.[96] Empero y algo irónicamente, ambos protagonistas han cambiado de criterio desde entonces. En un artículo académico reciente, Jacobs aboga por una separación estricta entre la ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales.[97] Por el contrario, si bien el Tribunal de Justicia no ha tematizado expresamente la dimensión de los derechos fundamentales en la motivación de sus sentencias sobre la ciudadanía de la Unión, es evidente que sí la ha tomado en cuenta.[98] A menudo, el origen de esta afirmación puede ser rastreada a las conclusiones de los Abogados Generales del Tribunal que dejaron al descubierto el trasfondo de derechos fundamentales de asuntos que a veces parecían ser sumamente técnicos[99] o a referencias de tribunales nacionales que apuntan en esa dirección.[100] De esta manera, cierta jurisprudencia del TEDH, sobre el derecho a la vida familiar y sobre el derecho a un nombre, por ejemplo, encontró acogida, abierta o encubiertamente, en la jurisprudencia del Tribunal sobre la ciudadanía de la Unión.[101]

¿Cuáles son los argumentos a favor de ligar estos dos conceptos jurídicos? Primero, esto es conforme con el desarrollo histórico de los derechos fundamentales entendidos como derechos de los ciudadanos en los Estados europeos.[102] Segundo, en el derecho comunitario hay una conexión histórica y teleológica estrecha entre los dos conceptos: ambos discursos fueron desarrollados aproximadamente al mismo tiempo y con ocasión de la misma apremiante cuestión de legitimidad. Por tanto, la ciudadanía y los derechos fundamentales son dos conceptos que se refuerzan mutuamente y que esencialmente persiguen el mismo objetivo, a saber, acercar la Unión al particular.[103] En términos sistemáticos esto también se ha positivizado en la Carta de los Derechos Fundamentales que no solo contiene los así llamados derechos de los ciudadanos sino que también se refiere a la ciudadanía como un todo (2da consideración del

95. AG *Jacobs* en Asunto C-168/91, Recopilación 1993, I-1191, párr. 46 – *Konstantinidis*. Las reacciones estuvieron divididas. Reafirmando *N. Reich/S. Harbacevica*, Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with regard to free Movement of Persons, CML Rev. 40 (2003), 615 (634 *et seq.*); *D. H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 40 (2005), 162 (179); refutando *U. R. Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, 372 *et seq.*; *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 353 *et seq.*

96. TJUE, Asunto C-168/91, Recopilación 1993, I-1191 – *Konstantinidis*.

97. *F. G. Jacobs*, *Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law, en: M. Maduro/L. Azoulai (*op. cit.* 13), 138.

98. Para una excepción ver *Baumbast* (*op. cit.* 81), párr. 91, en donde el Tribunal sostiene que las limitaciones a los derechos otorgados en virtud de la ciudadanía de la Unión deben ser compatibles con los principios generales del Derecho de la Unión.

99. Ver AG *Jacobs*, Conclusiones en *Garcia Avello* (*op. cit.* 85), párr. 27, quien consideró la disputa en cuanto a la conformación del nombre a la luz del derecho a una identidad personal. También compárese con AG *Geelhoed*, Conclusiones en *Baumbast* (*op. cit.* 81), párr. 58; AG *Tizzano* en *Zhu and Chen* (*op. cit.* 85), párr. 94; AG *Sharpston* en *Sayn-Wittgenstein* (*op. cit.* 84), párr. 3.

100. Para un ejemplo actual ver el asunto pendiente TJUE Asunto C-40/11 – *Iida*.

101. Un buen ejemplo lo constituye *Sayn-Wittgenstein* (*op. cit.* 84), que se basa expresamente en la jurisprudencia del TEDH en cuanto al art. 8 del CEDH.

102. En detalle *C. Schönberger* (*op. cit.* 10), 196-197, que también señala las dificultades inherentes.

103. *O'Leary* (*op. cit.* 94), 549 *et seq.*

Preámbulo). Finalmente, si la ciudadanía de la Unión ha de ser tomada seriamente, no se le puede separar completamente de los derechos fundamentales: conceptualmente resultaría extraño excluir, precisa y literalmente, los derechos más fundamentales en el Derecho de la Unión (cf. art. 2 TUE) del "estatuto fundamental" del ciudadano. En la práctica, las sentencias citadas anteriormente muestran que el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión a menudo depende, en gran medida, de los derechos fundamentales. Esto es particularmente cierto en relación con la libertad de los medios ya que es indispensable para que los ciudadanos de la Unión puedan ejercer el derecho de participación en la vida democrática.[104]

Sin embargo, hay que resistir la tentación de simplemente reformular cualquier asunto de derechos fundamentales como un "inconveniente grave" en cuanto al derecho de libre circulación y residencia o como una violación a la "esencia" de la ciudadanía de la Unión. Esto sería completamente irreconciliable con el art. 51 CDFUE.[105] Tal y como lo demuestra la jurisprudencia reciente, el Tribunal de Justicia es muy consciente de eso pero se ha abstenido de tomar una postura inequívoca: en los asuntos Ruiz Zambrano y McCarthy, el Tribunal, a diferencia de las respectivas Abogados Generales, no se refirió con claridad a los derechos fundamentales.[106] En el asunto Dereci, estableció que la "esencia" de la ciudadanía de la Unión no era afectada "por el mero hecho de que pareciera deseable"[107] que un ciudadano de la Unión viviera en el territorio de la Unión. Esto, sin embargo, deja una pregunta sin contestar: ¿puede el demandante invocar el derecho a la vida familiar? Los jueces sostuvieron que el tribunal que plantea la cuestión al TJUE debe verificar si el caso se encuentra dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario y, en caso afirmativo, aplicar el art. 7 CDFUE; en caso negativo, el art. 8 CEDH.[108] Este razonamiento poco claro se puede interpretar como señal de que la Gran Cámara se encontraba profundamente dividida en cuanto a la amplitud de la "esencia" y en cuanto al significado de los derechos fundamentales en ese contexto.

Nuestra propuesta es capaz de resolver la tensión entre la efectividad de la ciudadanía de la Unión y el respeto al limitado alcance de los derechos fundamentales europeos de una manera doctrinalmente convincente: en principio, la "esencia" de la ciudadanía de la Unión no conduce a la protección de derechos fundamentales por parte de la Unión. Fuera del marco del art. 51(1) CDFUE estos asuntos son tratados por el derecho nacional y la CEDH.[109] Una violación a un derecho fundamental

104. *S. Kadelbach* (*op. cit.* 31), 466.
105. Ver *N. Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 46 (2011), 550 (557-558).
106. Ver Conclusiones de la AG *Sharpston* en *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párrs. 54 *et seq.*; AG *Kokott* en *McCarthy* (*op. cit.* 90), párrs. 59 *et seq.*
107. Traducción propia ya que la sentencia no se encuentra disponible en idioma castellano. En alemán "bloße Tatsache".
108. TJUE, *Dereci* (*op. cit.* 89), párrs. 68-72.
109. En relación al art. 7 CDFUE: AG *Mengozzi* en *Dereci* (*op. cit.* 89), párrs. 37 *et seq.* Esto es importante para evitar conflictos en vista de que la jurisprudencia del TEDH en cuanto al art. 8 del CEDH es menos

solamente cae dentro del ámbito del Derecho de la Unión y de la "esencia" si vacía la ciudadanía de la Unión de su contenido práctico.[110] Este es nuestro punto de partida doctrinal. En el siguiente apartado sostenemos que este debería ser generalizado y formulado en una doctrina Solange "a la inversa".

3. Características de una doctrina Solange "a la inversa"

En el apartado anterior mostramos que el art. 20 TFUE dota a los ciudadanos de la Unión de un recurso para impugnar aquellas deficiencias en los derechos fundamentales que desprovean su "estatuto fundamental" de contenido práctico. De seguido, proponemos formular esto mismo inspirándonos en los términos empleados por el Tribunal Federal Constitucional alemán en su doctrina Solange II. Como es bien conocido, el Tribunal de Karlsruhe no ejerce su competencia para revisar Derecho de la Unión derivado "hasta tanto la Unión garantice una protección de los derechos fundamentales que sea esencialmente similar a la protección de los Derechos fundamentales que requiere de manera incondicional la Ley Fundamental". Se define también por el requisito de "salvaguardar el contenido esencial de los Derechos fundamentales" y opera como una presunción que debe ser refutada por el demandante.[111] Sostenemos que esta doctrina debería ser asumida por el Tribunal y aplicada frente a los Estados miembros:[112] fuera del ámbito de aplicación de la Carta, un ciudadano de la Unión no puede valerse de los derechos fundamentales europeos mientras tanto opere la presunción de que la esencia de los derechos fundamentales esté siendo salvaguardada por el Estado miembro en cuestión. No obstante, en cuanto esta presunción sea refutada, la "esencia" de la ciudadanía de la Unión – según fue interpretada en el asunto Ruiz Zambrano – entra en juego para otorgar un derecho subjetivo para reclamar estos derechos.

La esencia de los derechos fundamentales, según nuestra posición, es una condición básica para cualquier ejercicio de autoridad pública en el espacio jurídico europeo

generosa que la respectiva jurisprudencia del TJUE sobre ciudadanía. Ver al respecto *A. Lansbergen/N. Miller* (*op. cit.* 91), 303 *et seq.*

110. Ver *H. van Eijken/S. A. de Vries*, A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*, E.L.Rev. 36 (2011), 704, 718; *P. van Elsuwege* (*op. cit.* 93), 323.

111. BVerfGE 73, 339, 376 (1986) (*Solange II*); 102, 147, 164 (2000) (*Bananenmarkt*); 125, 260, 306 (2010) (*Vorratsdatenspeicherung*); formulado de otra manera BVerfGE 123, 267, 335 (2009) (*Lissabon*). El Tribunal inicialmente asumió dicha competencia hasta tanto la protección de los derechos fundamentales en Europa no hubiese alcanzado ese nivel de protección. Ver BVerfGE 37, 271, 280 (1974) (*Solange I*).

112. La propuesta de AG *Maduro* en *Centro Europa 7* (*op. cit.* 36), párrs. 17 *et seq.* es fundamental. Él sugeiró que el TJUE debería analizar el cumplimiento del artículo 2 TUE, por medio de una especie de método Solange en los casos que conciernen el derecho de circular y residir libremente. Dado que su propuesta antecede al asunto Ruiz Zambrano, no se pudo valer de la "esencia" de la ciudadanía de la Unión como lo hacemos nosotros. De manera similar *D. Halberstam*, Constitutional Heterarchy: The centrality of Conflict in the European Union and the United States, en: J. Dunoff/J. Trachtmann (Eds.), Ruling the World, (2009), 326, 353; H *P. Cruz Villalón*, 'All the Guidance', ERT and Wachauf, en: M. P. Maduro/L. Azoulai (*op. cit.* 13), 168; *P. Kirchhof*, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 64 (2011), 3681 (3686); *C. F. Sabel/O. Gerstenberg*, Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order, ELJ 16 (2010), 511 (516).

y se puede inducir de la jurisprudencia del TEDH, del TJUE y de los tribunales constitucionales nacionales. Además, es claramente más limitada que el catálogo completo de los derechos fundamentales consagrados en el art. 6 TUE y en la CDFUE (1). Los fundamentos para el segundo elemento de nuestra doctrina Solange "a la inversa" son los principios de subsidiariedad y el respeto de las identidades nacionales (arts. 4(2) y 5(1) TUE). A su luz, se puede y debe asumir que el derecho nacional y las instituciones nacionales cumplen con las obligaciones derivadas del art. 2 TUE. Sin embargo, esta presunción puede ser refutada (2).

3.1. El art. 2 TUE y la esencia de los derechos fundamentales

Según el art. 2 TUE, la Unión "se fundamenta en", *inter alia*, "el respeto de los derechos humanos". Esto constituye un estándar legal que se aplica frente a cualquier ejercicio de autoridad pública en el espacio jurídico europeo, ya sea por parte de la Unión o de los Estados miembros:[113] el art. 2 TUE no contiene limitaciones como las del art. 51(1) CDFUE.

El respeto de los valores consagrados en el art. 2 TUE no es solo un prerrequisito para acceder a la Unión (cf. art. 49 TUE) sino que también es exigible a los Estados miembros, según lo estipulado en el art. 7 TUE.[114] Históricamente, esta interpretación se remonta a los criterios de Copenhague, que se establecieron en la decisión del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 1993 para abrir la posibilidad de accesión a los países en transición que todavía tenían que sobreponerse a tradiciones autoritarias.[115] Ya que era imposible someter a los nuevos Estados miembros a un régimen distinto al de los miembros antiguos, los estándares del art. 2 TUE se aplican frente a todos los Estados miembros.[116]

¿Pero, qué implica el "respeto de los derechos humanos"? Por una parte, tomando en cuenta que su no observación acarrea consecuencias legales concretas, no se trata de una mera adherencia a una idea abstracta de protección de derechos humanos.[117] Por otra parte, esto tampoco puede significar que los Estados miembros estén obligados al *acquis* completo de los derechos fundamentales europeos tal y

113. Igualmente *M. Hilf/F. Schorkopf*, en: E. Grabitz/M. Hilf (Eds.), Das Recht der EU, (Colección de hojas sueltas, Estado de la misma en julio de 2010), Art. 2 EUV párr. 18; *M. Ruffert*, en: C. Calliess/M. Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 2da. ed. 2011, Art. 7 EU párr. 4; *S. Schmahl*, Die Reaktion auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett – Eine europa – und völkerrechtliche Analyse, EuR 5 (2000) 819 (822); *F. Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, 2000, 69 *et seq*., 99 *et seq*.; *A. Verhoeven*, How Democratic Need European Union Members Be?, EL Rev. 23 (1998) 217 (222-224, 234); Declaration of the Presidency of the Convention, 06/02/2003, CONV 528/03, 11.

114. Además, los arts. 32(1) y 42(5) TUE también se refieren al art. 2 TUE. Sobre la relación entre los arts. 7 y 49 TUE, ver *M. Rötting*, Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union, 2009, 232 *et seq*.

115. Ver Consejo Europeo (Copenhague) de 21-22 de junio de1993, Conclusiones, SN 180/1/93, 13; en más detalle *W. Sadurski* (*op. cit.* 37), 391 *et seq*.

116. Cf. el principio de igualdad del art. 4 (2) TUE.

117. *M. Hilf/F. Schorkopf* (*op. cit*. 113), Art. 2 EU, párr. 36.

como han sido estipulados en la Carta y en el art. 6 TUE. De conformidad con el art. 51(1) CDFUE, las disposiciones de la Carta se refieren principalmente a la Unión misma y son aplicables a los Estados miembros únicamente cuando implementen el Derecho de la Unión. En cuanto a la libertad de los medios (art. 11(2) CDFUE), éste estándar es aún más exigente que el del art. 10 CEDH ya que reconoce a la libertad de los medios como un derecho autónomo.[118] Consecuentemente, el Tribunal ofrece un nivel particularmente alto de protección (por ejemplo: respecto de los aspectos comerciales de esta libertad).[119]

Es así como el art. 2 TUE tiene la vocación de lograr un acuerdo entre los dos extremos. Nuestra propuesta sostiene que el art. 2 TUE tiene como objetivo salvaguardar lo esencial de los derechos humanos.[120] La redacción del artículo nos provee la primera pista para poder definir su contenido. Mientras que el modo específico de protección de derechos humanos depende de las diferentes características legales, políticas y culturales de cada Estado miembro,[121] los valores protegidos por el art. 2 TUE se denominan como "comunes a todos los Estados miembros". A nuestro parecer, la mejor manera para encontrar un común denominador es aferrándose al concepto de la esencia de los derechos fundamentales.[122] Esta noción abarca tanto una tradición de larga data como también un reconocimiento generalizado. No solo encuentra expresión en el art. 52(1) CDFUE y en numerosas constituciones de los Estados miembros,[123] sino que también ha sido usada por varios tribunales constitucionales como criterio para la integración europea.[124] Como tal, se ha convertido en parte del *ordre public* del espacio jurídico europeo. También es parte de la jurisprudencia del TEDH.[125] Para evitar malos entendidos, no estamos sosteniendo que exista una esencia fija o universalmente válida de los derechos que pueda ser conceptualmente deducida. Al

118. *M. Borowsky* (*op. cit.* 10), art. 11 CDFUE, párr. 15.
119. Ibidem, párrs. 16 y 20.
120. *M. Hilf/F. Schorkopf* (*op. cit.* 113), art. 2 EU, párr. 36.
121. Ver supra. 1.2. Los derechos fundamentales en los Estados miembros: asunto de competencia de la UE?
122. Esto no debe ser visto como concepción de un contenido esencial universal que es definido *a priori*. Más bien se trata de una aproximación a un contenido esencial europeo. En detalle, ver *J. von Bernstorff*, Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, Der Staat 50 (2011), 165 (167 *et seq.*).
123. Art. 19(2) Ley Fundamental alemana; art. 4(4) Carta de Derechos Fundamentales checa; art. 8(2) Constitución húngara; art. 3(3) Constitución polaca; art. 18(3) Constitución portuguesa; art. 49(2) Constitución rumana; art. 13(4) Constitución eslovaca; art. 53 (1) Constitución española.
124. BVerfGE 37, 271, 280 (1974) (*Solange I*); BVerfGE 58, 1, 40 (1981) (*Eurocontrol*); BVerfGE 73, 339, 376 (1986) (*Solange II*); Tribunal Constitucional polaco, Asunto K 18/04, Sentencia de 11 de mayo de 2005, 41 EuR (2006), 236 (239 *et seq.*); Tribunal Supremo danés, Caso I 361/1997, Sentencia de 6 de abril de 1998, 26 EuGRZ (1999), 49 (50); Tribunal Constitucional de España, Asunto 1/2004, Sentencia de 13/12/2004, 40 EuR (2005), 339 (343); Tribunal Constitucional italiano, Asunto 183/1973, Sentencia de 18 de diciembre de 1973, 1/2 EuGRZ (1975), 311 (315); Tribunal Constitucional italiano, Asunto 170/84, Sentencia de 08/06/1984 (*Granital*), en: A. Oppenheimer (Ed.), The Relationship Between European Community Law and National Law, Vol. I, 1994, 643 (651); Tribunal Constitucional italiano, Asunto 232/1989, Sentencia de 13 y 21/04/1989 (*Fragd*), ibidem, 653 (657); Tribunal Constitucional checo, Asunto Pl ÚS 19/08, Sentencia de 22/11/2008, párrs. 110 y 196.
125. Ver en detalle *J. von Bernstorff* (*op. cit.* 122), 169 *et seq.*

mismo tiempo, una "esencia europea" puede ser abordada inductivamente haciendo un análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores de Europa en relación con ciertas vulneraciones de ciertos derechos que no pueden ser justificadas.[126]

¿Qué significa esto en concreto? Viendo la jurisprudencia del TEDH, se puede afirmar con cierta seguridad que los derechos que no admiten derogación en virtud del art. 15(2) CEDH ya son "esenciales".[127] Más allá de estos derechos se requiere un análisis exhaustivo para deducir el carácter esencial de cualquier otro derecho.[128] Para nuestros propósitos, tres pautas son especialmente importantes: primero, el Tribunal de Estrasburgo se refiere a la noción de esencia como un límite absoluto a la ponderación, por ejemplo, para enfatizar que alguna interferencia en realidad "destruye" un determinado derecho o lo vacía de contenido.[129] Segundo, si la esencia de un derecho se encuentra en juego, el margen de apreciación de un Estado miembro se ve reducido.[130] Finalmente, aún cuándo el término no sea utilizado de manera expresa, una distinción implícita entre la "esencia" y la "periferia" de un derecho puede ser inferida de la jurisprudencia del TEDH. En un ámbito de especial interés para nuestro artículo, el TEDH ha sostenido continuamente que "hay poco margen de maniobra [...] para las limitaciones a la libertad de expresión política o al debate de las cuestiones públicas".[131] Esto significa que el margen de apreciación de los Estados en estos casos se ve seriamente limitado al menos de que haya "incitación pública a la violencia".[132] Basado en esto, el TEDH, sin entrar en una ponderación, ha aclarado sostenidamente que una prohibición generalizada de ciertos medios o bien las medidas "draconianas" que tengan por efecto disuadir de informar sobre ciertos temas son injustificables.[133] Fuera de la esfera "política" es mucho más fácil justificar las interferencias en la libertad de los medios.[134]

Esta diferenciación entre la libertad de los medios en el ámbito político en contraposición con todos los demás ámbitos, es compartida por el TJUE.[135] La posibilidad de aplicar un enfoque diferenciado al art. 2 TUE se confirma por medio de una

126. *J. von Bernstorff* (*op. cit.* 122), 167 *et seq.*
127. Ver respecto del art. 3 del CEDH, TEDH (GC), *Gäfgen v. Germany*, 01/06/2010, 37 EuGRZ (2010), 417, párr. 87.
128. En detalle *J. von Bernstorff* (*op. cit.* 122), 171.
129. Ver TEDH *Brogan v. UK*, 29/11/1988, serie A 44, párr. 55; TEDH (GC), *Hutten-Czapska v. Poland*, 19 de junio de 2006, TEDH 2006-VIII, párrs. 202 *et seq.* Este enfoque también lo comparte la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ver *M. Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights, 2005, art. 5 párr. 6.
130. Ver TEDH, *F. v. Switzerland*, 18/12/1987, Series A No. 128, párr. 32.
131. TEDH (GC), *Sürek and Özdemir v. Turkey*, 08/07/1999, TEDH 1999-IV, disponible en: http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, párr. 46; TEDH, *Wingrove v. UK*, 25/11/1996, TEDH 1996-V, párr. 58.
132. TEDH (GC), *Sürek and Özdemir v. Turkey,* (*op. cit.* 131), párr. 46*;* TEDH, *Ürper v. Turkey*, 20 de octubre de 2009 (no ha sido recopilada), párr. 35; TEDH, *Demirel v. Turkey*, 09/12/2008 (no ha sido recopilado), párr. 27.
133. TEDH, *Demirel v. Turkey*, (*op. cit.* 131); TEDH, *Ürper v. Turkey*, (*op. cit.* 132), párrs. 38 *et seq.*
134. TEDH, *Scharsach v. Austria*, 13/11/2003, TEDH 2003-XI, párr. 30; en mayor detalle *J. Abr. Frowein/W. Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3era. ed. 2009, art. 10 párr. 27.
135. Ver TJUE, *Karner*, (*op. cit.* 61), párr. 51; Asunto C-380/03, Recopilación 2006, I-11573, párrs. 155 *et seq. – República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*.

interpretación sistemática: primeramente, porque la libertad de expresión política no es únicamente parte del "respeto de los derechos humanos" sino que también es un "fundamento esencial de una sociedad democrática",[136] lo cual constituye otro principio fundamental europeo del art. 2 TUE. Segundo, la práctica de la Comisión Europea apunta en la misma dirección ya que se centra en las deficiencias que pongan en peligro la función democrática de los medios.[137]

Para resumir la primera parte de nuestra propuesta: es posible identificar una esencia europea de los derechos fundamentales consagrados en el art. 2 TUE. En relación con la libertad de los medios, esta esencia impide las medidas que inhiban el debate público en cuestiones de la res pública.[138]

3.2. La presunción de cumplimiento del art. 2 TUE

La segunda parte de nuestra propuesta consiste en la presunción de que, fuera del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, los Estados miembros salvaguardan la esencia de los derechos fundamentales consagrados en el art. 2 TUE. Consecuentemente, un ciudadano de la Unión no puede valerse del art. 20 TFUE para invocar una violación del art. 2 TUE a menos que esta presunción sea refutada.

Dicha presunción es un elemento vital de la doctrina Solange II del Tribunal Constitucional Federal alemán.[139] El TEDH y varios tribunales constitucionales nacionales han adoptado posturas similares.[140] Esta doctrina ha jugado un rol clave en la construcción de los derechos fundamentales del espacio jurídico europeo: por un lado, ha posibilitado a los tribunales nacionales controlar la conformidad de los actos normativos de la UE con los derechos fundamentales nacionales. Se podría argumentar que esto ha presionado al Tribunal de Luxemburgo a refinar su jurisprudencia y, más recientemente, a resistir la presión política de las instituciones de la UE y de los gobiernos de los Estados miembros, como lo muestra el asunto Kadi.[141] Por otro lado, la presunción a favor de la conformidad de los actos nacionales también ha asegurado que su revisión sea algo extraordinario. Esto ha ayudado a evitar conflictos directos de competencia y a salvaguardar la uniforme aplicación del derecho de la Unión.

136. TJUE *Karner* (*op. cit.* 61); TEDH, *Handyside v. UK* (*op. cit.* 16).
137. Comisión Europea, Turkey 2010 Progress Report, 09/11/2010, COM(2010) 660, 20 *et seq.*; Comisión Europea, FYROM 2010 Progress Report, 09/11/2010, COM(2010) 660, 17; ambas expresan una grave preocupación en relación con la intimidación y las presiones indebidas a los medios.
138. Igualmente *J. Kühling* (*op. cit.* 24), 698; de manera similar *J. H. H. Weiler* (*op. cit.* 10), 105, quien señala que el enfoque europeo probablemente es mucho más restrictivo que el estadounidense.
139. Supra nota 111.
140. Ver TEDH (GC), *Bosphorus v. Ireland*, 30/06/2005, TEDH 2005-VI, párr. 159 *et seq.*; para una visión general sobre la jurisprudencia nacional *P. M. Huber*, Offene Staatlichkeit: Vergleich, en: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber (Eds.), Handbuch Ius Publicum Europaeum Vol. II, 2008, § 26 párrs. 34 *et seq.*; *W. Sadurski*, 'Solange, chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe–Democracy-European Union, ELJ 14 (2008), 1.
141. *D. Halberstam/E. Stein*, The UN, the EU and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order, CML Rev. 46 (2009), 13 (63).

También le ha permitido a la UE desarrollar un estándar autónomo de protección de derechos fundamentales, el cual puede, si existen razones de peso para ello, apartarse del estándar adoptado por la constitución nacional.[142] De esta manera, la doctrina Solange se ha convertido en piedra angular del pluralismo constitucional.[143]

Esto hace de la presunción de cumplimiento un componente importante de nuestra propuesta. El respeto a la identidad nacional (art. 4(2) TUE) exige que, fuera del ámbito de aplicación de la CDFUE, la UE se abstenga de superponerse al delicado balance entre los derechos fundamentales y los intereses generales consagrados en las constituciones nacionales. A la luz del principio de subsidiariedad (art. 5(1) TUE), el derecho de la Unión debería limitarse a extender una malla de protección básica y dejarle el día a día de la protección de los derechos fundamentales al derecho nacional y a los tribunales (constitucionales) nacionales. Por último, dicha restricción es conforme con el concepto de la ciudadanía de la Unión la cual "se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla" (art. 20(1) TFUE).[144]

¿Cómo entonces se puede refutar la presunción de cumplimiento? En vista de lo que acabamos de decir, no podrá serlo por simples vulneraciones aisladas de los derechos fundamentales, más bien se refiere siempre a déficits sistémicos. La refutación de la presunción de cumplimiento con la esencia de los derechos fundamentales requiere la demostración de carencias, que debido a su cantidad o gravedad, alcancen el grado de déficits sistémicos y que no hayan sido remediados por medio de una reacción adecuada del Estado miembro.[145] Las violaciones de este tipo no solo erosionan los cimientos del espacio jurídico europeo sino que también vacían la ciudadanía de la Unión de su contenido práctico.[146] Esta presunción, entonces, no debe ser confundida con una instrumentalización del particular para lograr propósitos generales sino más bien como una manera para centrarse en los casos que verdaderamente requieran intervención de la UE.

Esta interpretación se ajusta al criterio del art. 7(2) TUE que exige una "violación grave y persistente". Posibles ejemplos incluyen la negativa de cumplir con una sentencia final del TEDH en un ámbito que afecte la esencia de los derechos fundamentales;[147] el incumplimiento, elusión o intimidación de tribunales nacionales en

142. Con la misma visión BVerfGE 73, 339, 376, supra nota 111.
143. *M. P. Maduro*, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, en: N. Walker (Ed.), Sovereignty in Transition, 2003, 501 (509 *et seq.*); *M. Kumm*, Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, CML Rev. 36 (1999), 351 (361).
144. Similar AG *Sharpston* en *Ruiz Zambrano* (*op. cit.* 12), párr. 148.
145. Para una definición similar referida a los solicitantes de asilo, TEDH, Asunto C-411 & 493/10, Recopilación 2011, I-0000, párr. 86 – *N.S.*
146. En la misma línea GA *Maduro* en *Centro Europa 7* (*op. cit.* 36), párr. 22.
147. COM (2003) 606, 9; *M. Ruffert*, en: C. Calliess/M. Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 4ta. ed. 2011, Art. 7 EUV, párr. 6.

casos como estos;[148] o una conducta intencional, temeraria o evidentemente ilícita por parte de los más altos órganos estatales.[149]

Puesta en práctica, nuestra propuesta podría funcionar de la siguiente manera: si un ciudadano de un Estado miembro cree que sus derechos han sido violados, puede recurrir al juez nacional. Ante el tribunal, invocaría el estándar nacional (y posiblemente el del TEDH) de protección de los derechos fundamentales. Fuera del ámbito de aplicación de la CDFUE no podría invocar derechos fundamentales europeos ni podría valerse de la ciudadanía de la Unión para alegar una violación al art. 2 TUE a menos de que la presunción de cumplimiento sea refutada. Sin embargo, si logra refutar la presunción de cumplimiento, puede valerse de la "esencia" de la ciudadanía de la Unión y con ella de todos los mecanismos para hacer cumplir el Derecho de la Unión. Le corresponde al tribunal nacional determinar los hechos y aplicar las disposiciones respectivas del Derecho de la Unión. Pero, según el art. 267 TFUE, este último queda capacitado para, y en caso de última instancia, se encuentra obligado a hacer una remisión prejudicial del asunto al Tribunal para que se pronuncie sobre la interpretación de los arts. 2 TUE y 20 TFUE. Este mecanismo no solo tiene la bien conocida ventaja de combinar las decisiones interpretativas del Tribunal con la aplicabilidad de las decisiones judiciales nacionales,[150] sino que también ofrece a los jueces nacionales el respaldo del Derecho de la Unión por parte del TJUE que habla en nombre de una Unión que se fundamenta en el respeto de los derechos humanos.[151] Así las cosas, podríamos decir que nuestra propuesta tiene como objetivo último el fortalecimiento de los tribunales nacionales en situaciones críticas.

4. Perspectiva: Una nueva etapa en el pluralismo constitucional europeo

Los problemas reales, las consideraciones teóricas y las inconsistencias dogmáticas en la jurisprudencia muestran la necesidad de una modificación y un desarrollo de la protección de los derechos fundamentales europeos frente a los Estados miembros. Con este objetivo en mente, este artículo propone ligar la protección de los derechos fundamentales con el estatuto de ciudadano de la Unión. La "esencia de los derechos" conferida a los ciudadanos de la Unión según la jurisprudencia reciente del TJUE debería ser definida por la esencia de los derechos fundamentales consagrados en el

148. En ambas constelaciones la violación del principio de la supremacía del derecho agravaría la violación al art. 2 TUE. Sobre esta combinación, ver también COM (2003) 606, 9.
149. En cuanto a esto y a otras categorías *H. Schmitt von Sydow*, en: H. von der Groeben/J. Schwarze, Kommentar zum EUV und EGV, 2003, Art. 7 EU, párrs. 20 *et seq.*
150. Ver *J. H. H. Weiler*, The Least Dangerous Branch, en: J.H.H. Weiler, The Constitution of Europe, 1999, 188 (192 *et seq.*); *K. J. Alter*, Establishing the Supremacy of European Law, 2001.
151. Aquí se podría pensar en el Tribunal Constitucional húngaro que recientemente ha sido despojado de algunas de sus competencias y ha sido ampliado con jueces afines al gobierno. Sobre esto, European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion No 618/2011 de 20 de junio de 2001, CDL-AD(2011)016, párrs. 91 *et seq.*

art. 2 TUE y formulados en una doctrina Solange "a la inversa". Fuera del ámbito de aplicación de la Carta, se debería presumir que los Estados miembros cumplen con las obligaciones de protección de los derechos fundamentales que surgen del art. 2 TUE. No obstante, si esta presunción es refutada, debido a violaciones sistémicas, los ciudadanos de la Unión se pueden valer del art. 20 TFUE para buscar un remedio ante los tribunales nacionales y ante el TJUE.

Nuestra propuesta sigue la más reciente línea jurisprudencial y doctrinal ya en que se basa en una ciudadanía de la Unión que se preocupa más por los derechos que por la mera integración.[152] Creemos que puede contribuir a fortalecer una de las condiciones básicas para la legitimidad en el espacio jurídico europeo. Al mismo tiempo, también puede disminuir la presión bajo la cual se encuentra el TJUE para que, en aras de proteger los derechos fundamentales, amplíe en demasía el "ámbito de aplicación" del Derecho de la Unión. Por último y en contraposición a los enfoques tomados por los Abogados Generales Jacobs y Sharpston, evita el peligro de conducir a una centralización basada en los derechos fundamentales y además no vulnera las identidades constitucionales. En resumen, creemos que nuestra propuesta muestra la ruta para navegar con seguridad entre la Scylla de una Unión disfuncional y la Charybdis que sofoca las identidades constitucionales nacionales. De esta manera, el pluralismo constitucional europeo alcanza una nueva etapa. El sistema de la UE y los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales podrían así coexistir de manera simbiótica, respetuosos de las especificidades de cada uno pero al mismo tiempo mutuamente vigilantes y listos para prestarse ayuda con el fin de preservar los principios fundacionales comunes.

152. Ver *E. Spaventa* (*op. cit.* 84), 39.

2

¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?

Christian Tomuschat*

1. La idea fundamental de la democracia. 2. La complejidad del Estado moderno. 3. La democracia en las organizaciones internacionales: datos básicos. 4. La democracia en las organizaciones internacionales: mecanismos y procedimientos. 4.1. La aprobación de los tratados por los parlamentos nacionales. 4.2. Mecanismos para la salvaguardia del principio democrático. 4.3. El voto por mayoría. 4.4. Otras medidas institucionales. 5. Consideraciones finales.

1. La idea fundamental de la democracia

La democracia es un ideal hoy en día defendido por todos los pueblos del mundo. Casi nadie rechaza abiertamente la estructura democrática como forma de gobierno. En la Carta de las Naciones Unidas sin embargo no se había insistido de manera particular en la democracia, algo que se explica por la existencia, en 1945, de grandes imperios coloniales que abarcaban millones de seres humanos que no gozaban del derecho de autodeterminación. Este derecho se mencionaba en el art. 1 de la Carta, pero sin una clara voluntad de llevarlo a la práctica, como resulta de la "Declaración relativa a territorios no autónomos" (art. 73). Además, la libre determinación externa era otra cosa distinta de la democracia interna, que se consideraba un asunto bajo jurisdicción nacional. Sin embargo, pocos años después, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos se refirió a los principios de una sociedad democrática que podían justificar restricciones a los derechos proclamados (art. 29). Por otra parte, el art. 21 enunciaba los más importantes derechos

* Profesor catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Internacional en Bonn (1972-1995) y en la Universidad Humboldt de Berlín (1995-2004). Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1977-1986) y de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1985-1996, siendo su Presidente en 1992). Relator de la situación de los derechos humanos en Guatemala para la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos (1990-1993) y coordinador de la Comisión para el esclarecimiento histórico de Guatemala (1997-1999). Presidente de la Asociación Alemana de Derecho Internacional (1993-1997). Miembro del Instituto de Derecho Internacional (desde 1997).

políticos que debían existir en una sociedad democrática. La Organización Mundial ha continuado sin vacilación en esta dirección desde sus primeros años. El momento culminante de este movimiento se alcanzó en el año 2000 con la adopción, por la Asamblea General, de la resolución 55/96 sobre Promoción y Consolidación de la Democracia,[1] resolución que trata de pormenorizar todos los requisitos esenciales de una democracia auténtica.

Sin embargo, muchas veces, y en particular en la resolución 55/96, no se hace una distinción entre democracia y los otros requisitos que han originado las democracias liberales de Occidente: derechos humanos, estado de derecho, arreglo pacífico de controversias etc. No sería conveniente oponerse a este enriquecimiento del concepto de democracia. Es perfectamente legítimo hacerlo. Sin embargo, estas reflexiones tienen como objetivo principal enfocar el significado original, estricto, del concepto de democracia. Esencialmente, el mismo está relacionado con el concepto de libertad. ¿Cómo es posible que la persona humana esté sujeta al poder del estado, un poder ajeno? La doctrina de la democracia trata de conciliar libertad individual, por una parte, y sumisión al poder de las autoridades públicas, por otra. Según la doctrina democrática, la persona humana mantiene su dignidad de ser hombre libre asociándose con sus hermanos y participando en las decisiones colectivas. Así, el hombre no es solamente gobernado; resulta ser su propio señor ya que cumple solamente con órdenes que él mismo se ha dado.

Los fundadores de la doctrina de la democracia vivían en épocas muy diferentes de la nuestra. Los estados eran entidades pequeñas, poco complejas, que consistían, más o menos en nada más que las cortes de los príncipes, su administración fiscal e, inevitablemente, las fuerzas de policía y militares. Rousseau en su famoso escrito "*Du contrat social*" (1762) tenía ante sus ojos, sobre todo, los minúsculos estados de Suiza, donde era posible que los miembros del pueblo se reunieran en una plaza pública, sin ignorar que existían también grandes estados territoriales como, ante todo, Francia, si bien estructurados de manera bastante sencilla. Con este trasfondo, no estaba obligado a ocuparse de aparatos de gobierno burocráticos, como existen en nuestro tiempo, donde el ciudadano ve su papel político reducido a un espacio bastante modesto o casi inexistente. Rousseau mismo decía que la democracia presupone "*un État très petit, où le peuple soit facile à rassembler, et où chaque citoyen puisse aisément connaître tous les autres*".[2]

2. La complejidad del Estado moderno

Es evidente que en los estados modernos la teoría de la democracia tiene que enfrentarse a dificultades más grandes. En la mayoría de los estados, los hombres no

1. Resolución 55/96, 4/12/2000.
2. Jean Jacques Rousseau. *Du contrat social*. 1762, libro 3, capítulo 4.

participan directamente en la toma de decisiones. En casos muy raros, el referéndum les permite levantar su voz para decidir sobre asuntos públicos. Normalmente, sin embargo, los ciudadanos tienen que contentarse con su derecho de elegir a representantes que entonces, en las instituciones responsables, actúan en su nombre. No es fácil explicar que tal sistema de representación cumpla con los requisitos de la democracia. Son los procedimientos relevantes los que pueden permitir llegar a esa conclusión. En las asambleas parlamentarias rige el principio de la transparencia. Las sesiones son públicas. Las reuniones privadas, de las cuales el público estuviera excluido, quedarían como una excepción que requeriría de una justificación especial. No puede haber gobierno secreto. Sobre todo las grandes decisiones necesitan siempre una discusión pública – algo que continuamente conlleva ciertas dificultades ya que muchas veces la clase política piensa que hay asuntos de los cuales la masa de la población no debería enterarse. Sin embargo, el principio es y debe ser intocable. La fuente del poder público del estado es el pueblo. Un gobierno, inclusive las asambleas parlamentarias, no son otra cosa que los mandatarios del pueblo. Jamás pueden emanciparse de esta vinculación. Como quedó dicho por el Presidente americano Abraham Lincoln: "*Democracy is the Government of the people, by the people, and for the people*".

3. La democracia en las organizaciones internacionales: datos básicos

Si ya las condiciones son bastante complejas en el marco del estado nacional, cuando unos estados se unen para cooperar en organizaciones internacionales crece la dificultad de mantener el pequeño espacio político que le queda al ciudadano. Entidades con centenares de millones de habitantes carecen necesariamente de flexibilidad y de oportunidades para iniciativas individuales. ¿Cómo puede entonces manifestarse el principio democrático? Es el desafío de nuestro tiempo. La cooperación en estructuras internacionales se vuelve imprescindible en muchos sectores. Lo que antes, todavía hace cien años, el estado soberano hizo de manera autónoma, ya no puede siempre hacerlo en la época actual.

En efecto, ya no nos encontramos en una época de predominio del estado soberano. En la sociedad internacional, con sus muchos lazos transfronterizos, aumentan necesariamente los problemas con dimensiones internacionales. Aunque generalmente reticentes a delegar el ejercicio de competencias nacionales en organismos internacionales, los gobiernos nacionales tienen que admitir que sus posibilidades de acción están limitadas cuando se trata de ocuparse de fenómenos transfronterizos. El número de estos fenómenos está creciendo constantemente. Recientemente, los mercados financieros internacionales han atraído también la atención del ciudadano ordinario. En el caso de la moneda común europea, del Euro, ningún miembro del

"club" está facultado para arreglar las dificultades causadas por los otros miembros del club. La crisis requiere de un esfuerzo común.

Todos conocemos las formas de cooperación más avanzadas. Indudablemente, la Unión Europea constituye el modelo de una entidad regional con competencias amplias y fuertes. El proceso de integración europea que comenzó hace más de cincuenta años en el sector del carbón y del acero, contaba desde su inicio con un régimen jurídico casi revolucionario. La Alta Autoridad estaba apoderada para emitir decisiones vinculantes para las empresas abarcadas por el Tratado. Por otra parte, este primer tratado de integración afectaba a un sector bastante limitado de las economías de los estados miembros. El ciudadano ordinario no se daba cuenta del enorme alcance, a nivel de principios, de esta nueva forma de cooperación. Según la opinión predominante, se trataba de un régimen especializado que tenía poco que ver con la población general. El Tratado sobre la Comunidad Económica Europea, que entró en vigor el 1º de enero de 1958, cambió esta óptica. De repente, o más exactamente, con un retraso de pocos años, todos se dieron cuenta de la novedad del modelo de gobierno introducido. Hasta entonces, el concepto de "supranacionalidad" no había existido – o solamente en escritos académicos. Empezó entonces la queja general que diagnosticaba un "déficit democrático".

Otra organización que merece ser considerada es la Organización Mundial, las Naciones Unidas. En este momento, con la excepción de Taiwan, caracterizada por China como una provincia en rebeldía todavía perteneciente al estado socialista que venció la guerra civil en 1948, todos los pueblos del mundo son miembros de la Organización. La ONU tiene pocas características de una democracia del tipo conocido a nivel nacional. Se reúnen en la ONU los estados, representados por agentes diplomáticos. Muchas veces la Asamblea General es presentada como un parlamento mundial. A pesar de lo atractivo de la comparación, se puede ver a primera vista que no se corresponde con la realidad. Si bien es cierto que todos tienen la oportunidad de pronunciarse sobre los problemas que afectan a la comunidad internacional, por otra parte, un órgano en el cual India y Andorra tienen el mismo peso de voto, donde no hay ninguna diferenciación según el número de habitantes, carece de legitimidad como institución de decisión. Aunque en entidades federales la igualdad de los electores siempre sufre ciertas modificaciones, una discrepancia como la que existe entre India y Andorra – o entre China y Liechtenstein – es inaceptable en términos democráticos. Por lo tanto, la Asamblea General no podrá jamás convertirse en legislador internacional. Así, sus resoluciones han sido calificadas correctamente como recomendaciones por la propia Carta (arts. 10-13).

Estamos aquí para echar una mirada sobre las organizaciones de integración en América Latina. Ninguna de estas organizaciones ha logrado el nivel de desarrollo de la Unión Europea. Es un hecho que las reclamaciones para una mayor democracia empiezan, sobre todo, una vez que las decisiones tomadas a nivel internacional están

dotadas de aplicabilidad directa y, tal vez, de primacía en relación al derecho nacional. En efecto, la doctrina de la primacía del derecho de una organización internacional cambia profundamente la configuración del ordenamiento nacional. Es una base axiomática del estado soberano que en su territorio se aplica solamente su ley, la ley emitida por él, y nada más. En la medida en que el derecho de la organización internacional asciende a un grado de normatividad superior, el estado tiene que enfrentar los efectos de su trasferencia de poderes en toda su crudeza – para decirlo también de manera clara. Entonces surgen diversos interrogantes: ¿Qué base legítima tiene el derecho supranacional? ¿Ha sido elaborado con las mismas precauciones y garantías que las normas del derecho doméstico? ¿Corresponde a requerimientos democráticos? ¿Se encuentra bajo el control de los derechos humanos? La doctrina constitucional tradicional no estaba preparada para dar respuestas a estos problemas. Hasta la fecha, el marco intelectual de sus reflexiones ha sido siempre el estado en su naturaleza de hace cien años.

No olvidemos que el número de organizaciones con poderes significativos va más allá de lo que normalmente se discute. Quisiera mencionar unas pocas entidades que se mueven más en la sombra y que no gozan mucho de la atención del público. Por una parte, se debería destacar el Banco de Pagos Internacionales con sede en Basilea, Suiza. Al Banco de Basilea no le corresponde un auténtico poder de decisión. Sin embargo, se reúnen en Basilea los jefes de los bancos centrales nacionales más importantes del mundo. Ellos deciden, por ejemplo, sobre el capital de reserva mínimo que los bancos comerciales tienen que tener a su disposición. El Banco de Basilea carece de un órgano de respaldo de tipo parlamentario. Aunque sus resoluciones no son vinculantes, son generalmente tomadas como la medida determinante para el sano *management* de las finanzas de una banca comercial. Por lo tanto, el impacto de las resoluciones del Banco de Basilea es inmenso. Sin embargo, para el ciudadano ordinario Basilea, con sus reglas – Basilea I, Basilea II – forma parte de los misterios obscuros que no logra entender. ¿Hay materias que por su naturaleza están sustraídas de la voluntad política del pueblo? En Alemania, el Banco Federal goza de independencia absoluta. Y el Banco Central Europeo fue construido según un plan similar. Es evidente que el temor de parlamentos inclinados a desperdiciar el dinero público constituye el trasfondo de esta derogación al poder supremo de los representantes del pueblo.

Otro ejemplo, esta vez un ejemplo con poca suerte hasta la fecha, son los esfuerzos para establecer un régimen internacional para someter las emisiones de gases de efecto invernadero a una disciplina internacional. En el mes de diciembre del año pasado, una gran conferencia tuvo lugar en Copenhagen. El objetivo fue redactar y adoptar un tratado internacional. Este objetivo no fue alcanzado. El "Copenhagen Accord" es una mera declaración de intenciones. Todos saben que un día va a ser necesario establecer realmente un régimen internacional con claros compromisos legales. Y todos saben también que en este caso son los expertos los que prevalecerán. Sus

conocimientos constituirán el marco intelectual de un régimen del clima mundial. Otra vez, el ciudadano ordinario se encontrará marginado.

Para concluir, es evidente que el ideal del pueblo soberano, que en el ejercicio de su derecho de libre determinación decide de manera autónoma sobre todo lo que es susceptible de afectarle, es una ilusión – y una ilusión peligrosa. Todos los pueblos deben acostumbrarse a vivir juntos sobre un planeta que no permite libertades ilimitadas en la explotación de los recursos limitados que la tierra nos ofrece. Por lo tanto, el ideal ya no debería ser el estado que regula todo según su discreción individual, sino el estado que, desde su nacimiento, se encuentra insertado en la comunidad internacional, teniendo que respetar y cumplir la normatividad internacional. En este sentido, se puede entender, por ejemplo, el título de mi curso de derecho internacional público en la Academia de Derecho Internacional de La Haya: "*Obligations Arising for States Without or Against Their Will*" (1999).

4. La democracia en las organizaciones internacionales: mecanismos y procedimientos

¿Dónde tiene su plaza en este largo panorama de mecanismos y procedimientos el principio democrático? Es una pregunta de vida o muerte. Ya que las presiones exteriores hacen inevitable la formación de entidades de cooperación internacional, y que, según todas las previsiones, el número de estas entidades seguirá aumentando, el principio democrático perdería mucho terreno si no fuera posible asignarle un lugar apropiado a nivel internacional. Un día, tal vez haría falta declararlo muerto por agotamiento, si fuéramos a constatar su utilidad exclusivamente para el espacio constitucional interno. Se trataría de una derrota peligrosa. Como muchas de las decisiones de orientación para las políticas nacionales son tomadas a nivel internacional, los procedimientos democráticos se aplicarían solamente a planteamientos de menor peso y relevancia.

Entonces, ¿dónde se encuentra la legitimación democrática de las decisiones tomadas en el marco de las organizaciones internacionales? Hasta la fecha no ha sido un tema importante en la literatura sobre las organizaciones internacionales, en la que los autores han preferido mostrar la variedad de las instituciones existentes, sin preguntarse si la realidad empírica correspondería a los ideales básicos del estado democrático.[3]

4.1. La aprobación de los tratados por los parlamentos nacionales

a) En primer lugar, encontramos respuestas tradicionales que hasta la fecha no han perdido nada de su valor. Por una parte, todas las constituciones modernas establecen

3. Véase, por ejemplo, Manuel Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, 15.ed., Madrid 2008, p.108.

que los tratados internacionales importantes requieren la aprobación parlamentaria. Este principio se ha desarrollado paralelamente al crecimiento del principio democrático. Las instituciones parlamentarias deben tener la palabra decisiva en relación con todas las grandes decisiones de la nación. Por lo tanto, es lógico que la política exterior no pueda quedarse excluida del alcance de esta regla.

Establecer una organización internacional con poderes de decisión autónomos constituye, a nivel nacional, una decisión de suma importancia. En las materias transferidas a la organización internacional en cuestión el legislador nacional pierde consecuentemente su competencia. Toda la estructura del edificio constitucional se ve afectada. En vez de depositar su confianza en los diputados elegidos para el Parlamento nacional, debe fiarse de instituciones compuestas por personas de otras nacionalidades que muchas veces no conoce – y no puede conocer bien, dada la diferencia de lengua. Así, en todos los estados miembros de la Unión Europea el Tratado de Lisboa requirió la aprobación de los cuerpos parlamentarios. Una mera decisión gubernamental hubiera carecido de una legitimación democrática suficiente. Un gobierno no puede quitarle a su parlamento una parte de sus competencias.

b) Tomando nota de las características especiales del derecho europeo, sobre todo del derecho comunitario (hoy: de la Unión), los legisladores de la mayoría de los Estados miembros se esforzaron por ajustar a la nueva realidad las normas constitucionales acerca de la conclusión de los tratados internacionales. Es evidente que había una necesidad de llevar a cabo dicha revisión, sobre todo en los estados dotados de una corte constitucional. En Alemania, donde durante mucho tiempo todo el desarrollo del ordenamiento europeo había estado basado sobre una disposición muy exigua de la Ley Fundamental (Art. 24 (1)),[4] se dio un paso adelante decisivo con ocasión de la aprobación del Tratado de Maastricht. Con una orientación muy clara a la integración europea, se insertó una disposición específica en la Ley Fundamental (Art. 23) que establece que Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, si se cumplen ciertos requisitos: la Unión debe estar orientada hacia la salvaguardia de los principios democráticos, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad, y debe garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la Ley Fundamental. Disposiciones aún más detalladas fueron adoptadas en Francia (Art. 88). España, por su parte, se contentó con una disposición bastante general (Art. 93) que dejó mucho espacio para la interpretación por el Tribunal Constitucional.[5] Italia, por otra parte, consideró que el texto de su Constitución de 1948 era suficiente para servir como base legal para todas las eventualidades del proceso de integración (Art. 11).

4. "La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales."
5. Véase la Declaración 1/2004, 13/12/2004.

c) Resulta sumamente interesante que también en América Latina algunos países advirtieran la necesidad de establecer fundamentos específicos para facilitar los procesos de integración regional. La Constitución de Colombia, por ejemplo, dice que el Estado puede, por tratado, "sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados" (Art. 150, inciso 16). Una disposición similar se encuentra en la Constitución de Argentina (Art. 75, inciso 24). En otros países todavía no se diferencia entre los diversos tipos de tratados internacionales (Chile, Perú). En efecto, en la medida en que la creación de organismos internacionales se limite a delegar competencias de tipo tradicional, que permita tomar decisiones que, aunque vinculantes, carezcan de efecto directo, los trámites jurídicos se pueden seguir haciendo en el marco tradicional del sistema de relaciones entre derecho nacional y derecho internacional.

d) Como ya he dicho, esta fundamentación de la legitimidad democrática del derecho secundario de las organizaciones internacionales no ha perdido su valor. Sin embargo, un acto que se aleja día a día del tiempo en que vivimos, que casi se pierde en las nieblas históricas del pasado, no es suficiente para proporcionar una plena legitimidad a las actividades actuales, a las decisiones de hoy en día. Hacen falta pautas apropiadas para asegurar que una organización internacional se mueva en la buena dirección y, por otra parte, mecanismos que permitan al ciudadano de hoy ejercer sus prerrogativas democráticas, no en la misma forma que en el contexto estatal, sino en forma tal vez más indirecta, pero también eficaz.

4.2. Mecanismos para la salvaguardia del principio democrático

En otras palabras, nos encontramos ahora en un terreno que todavía no ha recibido respuestas definitivas del derecho positivo. Por consiguiente, hay que proceder de manera pragmática. Algunas veces, sin embargo, basta el *common sense*.

a) En primer lugar, parece muy claro que la *selección de los socios* requiere de una precaución intensa. En este sentido, hay que distinguir. No todas las organizaciones internacionales son del mismo tipo.

A nivel universal, cuando se trata de afrontar tareas esencialmente globales, no es posible descartar estados con una filosofía política diversa u opuesta, rehusando una cooperación con ellos. El tema de la seguridad y de la paz internacionales presupone que todos los estados estén presentes cuando se discuten los planteamientos relevantes para resolver los conflictos susceptibles de causar enfrentamientos armados. Por lo tanto, las Naciones Unidas es una organización universal que, por sus finalidades, no puede convertirse en organización excluyente. Es cierto que la Carta prevé en sus disposiciones la expulsión de miembros que hayan violado "repetidamente" los

principios fundamentales de la ONU. Hasta la fecha esto no se ha dado jamás. Y no solamente por el complejo procedimiento dispuesto en el art. 6: hace falta una recomendación del Consejo de Seguridad antes de que la Asamblea General pueda tomar la decisión de expulsión. No es necesario explicar qué difícil es conseguir el consenso de todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Pero el motivo principal para el no uso del art. 6 de la Carta es el claro reconocimiento de que la eficacia de la ONU depende de su universalidad. No puede ser únicamente una organización de los "buenos", de los "good guys", excluyendo a los "malos", los "bad guys". Por ello, no fue expulsado Irak después de su agresión contra Kuwait, ni tampoco, en los años anteriores, fue expulsada Sudáfrica a raíz de su política del *apartheid* contra la población negra.

Con respecto a la ONU, por lo tanto, no se nos ofrece opción. Tenemos que aceptar que vivimos en un mundo que no es ideal y que hay un gran número de vecinos que indudablemente no son muy agradables, y que preferiríamos tener a cierta distancia. Prevalece el objetivo de primera importancia: garantizar la paz y la seguridad del mundo. Consideraciones similares se aplican a otros sistemas universales, como el régimen del clima o de la salud de los océanos. Si queremos seriamente avanzar, no podemos rechazar en esos sectores a ninguno de los estados existentes.

No cabe duda de que en el marco de estos sistemas universales el principio democrático no se ve plenamente garantizado. Si participamos en decisiones junto a China, sabemos que la voz de China no es una voz democrática. Sin embargo, no podemos ignorar la situación de hecho. China es una de las más grandes potencias en el mundo actual. Sin su participación, la paz y la seguridad internacionales no se podrían mantener y conservar. El sacrificio parece ineludible. Sin embargo, las naciones democráticas pueden esforzarse por conseguir que los procesos de decisión cumplan, en la medida de lo posible, con los criterios de objetividad y transparencia.

b) Otra cosa son las entidades de cooperación económica que constituyen redes de solidaridad y buena vecindad. Aquí, una selección cuidadosa de los socios se impone, sobre todo si una organización de este nuevo tipo es dotada de poderes directos con respecto a los individuos. La organización internacional tradicional se contentaba con emitir opiniones o recomendaciones que, en una segunda etapa, debían ser ejecutadas por los estados miembros. Las organizaciones que se parecen a la Unión Europea se convierten en un centro de poder relativamente autónomo. Pueden imponer sus decisiones a los particulares sin necesitar, para este fin, el visto bueno de los estados interesados. Aquí, permitir a un *outsider* antidemocrático participar en la dirección de las políticas y la administración concertadas a nivel internacional daría lugar a serias objeciones. Sería una desviación del principio democrático difícilmente justificable. Por esta razón, desde al Tratado de Maastricht los tratados de integración europea prevén que los países que quieran adherirse a la Unión deban

cumplir con los valores hoy destacados en el art. 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 49), que incluyen, *inter alia*, el principio democrático. En el caso de Turquía, el proceso de adhesión ha sido atrasado sobre todo por las dudas de si Turquía es realmente una democracia auténtica. Por otra parte, si un país se aleja del fundamento de los valores comunes, el art. 7 dispone que se pueda iniciar un procedimiento encaminado a verificar las dudas que han surgido. El Consejo decide por unanimidad si las alegaciones resultan fundadas. Eventualmente, ciertos derechos pueden ser suspendidos, sobre todo el derecho de voto en el seno del Consejo. Así, el "escándalo democrático" podría ser superado. Una normativa similar está prevista en la Comunidad Andina en virtud del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena "Compromiso de la Comunidad Andina por la democracia". Desafortunadamente, este Protocolo, firmado el 10 de junio de 2000, no ha entrado en vigor hasta la fecha.

4.3. El voto por mayoría

Aceptar las decisiones tomadas por mayoría de votos de los estados miembros de la organización en cuestión es otro de los desafíos donde hacen falta posiciones claras. En las organizaciones a nivel universal, la unanimidad es imposible. Significaría conferir un derecho de veto a cada uno de los miembros. Dado el número actual de estados miembros de la ONU, el fracaso sería una certeza. Además, conseguir la unanimidad requeriría no solamente semanas, sino meses y años. Por lo tanto, las decisiones mayoritarias son una necesidad ineluctable. A nivel teórico, los constitucionalistas deben realizar un salto muy largo. Renunciar a la unanimidad significa que la voluntad de un pueblo entero puede ser rechazada por los otros miembros de la entidad en cuestión.

En efecto, en el procedimiento relativo al Tratado de Lisboa ante el Tribunal Constitucional alemán los demandantes argumentaron en su queja constitucional que la aceptación de decisiones por mayoría afectaba gravemente a la estatalidad de Alemania y que, por consiguiente, no era compatible con la Ley Fundamental. A pesar de su preferencia por el principio de soberanía nacional, el Tribunal Constitucional rechazó este argumento, dándose cuenta de que una organización sometida irremediablemente al consenso sería incapaz de cumplir con sus funciones. Sin embargo, hay que tomar nota del hecho de que también en el más reciente Tratado de Lisboa, tan criticado por su amplia renuncia a la unanimidad, un número no despreciable de decisiones de gran transcendencia requieren el voto por unanimidad.

Con respecto a este problema, el observador advierte una gran reticencia en América Latina. En la Comunidad Andina, por ejemplo, el Consejo vota siempre por unanimidad. Solamente para la Comisión, que ocupa un grado inferior en la jerarquía institucional, está previsto el voto por mayoría, además con ciertas reservas (art. 26 del Protocolo de Cartagena). La mayoría absoluta de los votos resulta algo muy problemático ya que comprende tres de los cuatro estados miembros de la

Comunidad. Un opositor se puede fácilmente sentir marginado. No conocemos la práctica referida a esta disposición.

4.4. Otras medidas institucionales

En lo que sigue se estudiarán principalmente las entidades de cooperación económica que gozan de poderes con efecto de directa aplicabilidad en el espacio jurídico interno de sus miembros.

a) Una de las sugerencias favorecidas del Tribunal Constitucional alemán es el de conferir un papel significativo a los *parlamentos nacionales* de los estados miembros con respecto a los asuntos de la entidad de integración. En efecto, esta sugerencia, formulada con ocasión del fallo sobre el Tratado de Maastricht, se encuentra ahora codificada en el art. 12 del Tratado de la UE. Tradicionalmente, los parlamentos nacionales veían su función limitada a la aprobación de las convenciones internacionales. Una vez dado este paso, cesaba su papel. Todos los derechos establecidos a nivel internacional para participar en la vida de una nueva entidad por el ejercicio del derecho de voto en sus órganos se encontraban en las manos del poder ejecutivo. Los parlamentos tenían derecho a pedir información; sin embargo, su influencia era siempre indirecta. Sin embargo, no es inevitable que agregar la internacionalización signifique necesariamente aumento de las competencias del poder ejecutivo a costa del poder legislativo. El Tribunal Constitucional alemán, en su fallo sobre el Tratado de Lisboa, ha creado el concepto de "responsabilidad en la integración" ("*Integrationsverantwortung*"), que asigna al *Bundestag* alemán. Este concepto parece acertado. En efecto, lo que pasa en una organización supranacional debe permanecer bajo la observación de los diputados a nivel nacional. Si dejan todos los acontecimientos y fuera de su jurisdicción y sin atención, a largo plazo perderían su autoridad por falta de substancia de sus actuaciones políticas.

A pesar del planteamiento de principio, la asignación de ciertas funciones a los parlamentos nacionales no puede ser la respuesta ideal. Simple y sencillamente porque ellos están demasiado lejos de los lugares donde se toman las decisiones. No es posible, desde Berlín o Madrid, controlar permanente y efectivamente las actividades de la Comisión y del Consejo en Bruselas. La información por escrito, por miles de páginas que tenga, no puede sustituir a la experiencia que se gana cerca de las instancias de poder. Sobre todo en los asuntos diarios los parlamentos nacionales no pueden intervenir. Su papel es observar las líneas generales de la política de la Unión. En este sentido, el recurso que se les atribuyó para controlar la observancia del principio de subsidiariedad tiene significación paradigmática. Una violación del principio de subsidiariedad equivale a una violación de la línea de demarcación entre competencia nacional y competencia europea.

Sin embargo, se puede identificar una doble cadena de legitimidad que tiene un carácter indirecto. Por una parte, hace falta recordar que específicamente en los grupos de cooperación regional en Europa y en América Latina los gobiernos tienen todos una legitimación democrática. Como son los gobiernos los que mandan sus representantes a los órganos de decisión, las determinaciones adoptadas gozan al menos de una legitimación democrática indirecta. Por otra parte, si en el Consejo de la Unión Europea se votan resoluciones que afectan gravemente los intereses nacionales, son los ministros los que pueden ser responsabilizados a nivel nacional. En efecto, los parlamentos nacionales han aprendido mucho sobre la manera en que pueden desempeñar su función de control. Saben que la gran mayoría de las grandes orientaciones en el campo económico tiene su origen en Bruselas. Por lo tanto, a pesar de su distancia de los centros de la política europea, ejercen el papel que les asigna el art. 12 del Tratado de Funcionamiento de la UE por lo menos con respecto a las decisiones esenciales en Europa.

b) Ya que los parlamentos nacionales solamente pueden jugar un papel modesto, surge inevitablemente la cuestión de los *órganos democráticamente legitimados* en la estructura institucional de las organizaciones de cooperación regional. En la Unión Europea, la historia del Parlamento Europeo es una historia de éxito. En los primeros años, durante la época de la Comunidad del Carbón y del Acero, la "Asamblea Común" gozó de atribuciones muy débiles. Era una institución puramente consultiva. Los estados miembros no eran conscientes de los cambios revolucionarios que ellos mismos habían introducido en el ordenamiento jurídico. No pensaban que fuera necesario proveer a los actos de los órganos comunitarios de una legitimidad democrática duradera, más allá de la legitimidad que resultaba de la ratificación de los tratados por los parlamentos de sus países.

En la evolución posterior del proceso de integración europeo, el déficit fue progresivamente remediado. La primera medida fue la introducción de elecciones directas en el año 1979. Con ocasión de cada reforma de los tratados, el Parlamento fue logrando una extensión de sus competencias. Según la normativa más reciente del Tratado de Lisboa, toda la legislación europea requiere la aprobación del Parlamento, que tiene ahora una posición igual a la del Consejo. Es un resultado de la apreciable ampliación de las competencias de la Unión, que ahora se extienden demasiado y se açercan a las materias que forman el núcleo de la estatalidad. En este sentido, la realización del principio democrático ha avanzado considerablemente.

En América Latina, hay que notar que las entidades más avanzadas de cooperación regional, la Comunidad Andina y el Mercosur, se han dotado de instituciones parlamentarias. En la Comunidad Andina, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino fue concluido en 1997; en el Mercosur, el acto constitutivo, un Protocolo que establece el Parlamento, remonta a 2005 y entró en vigor el 6 de diciembre 2006. En

este último caso, los diputados son elegidos por sufragio directo por los ciudadanos de los cinco países miembros. A pesar de las largas listas de competencias, parece que ninguno de estos dos parlamentos tiene un auténtico papel legislativo. Todas las competencias son esencialmente de carácter consultivo.

¿Qué lecciones hay que sacar de la experiencia europea? ¿Quiere decir que las instituciones parlamentarias son necesarias en todos los casos de delegación de poderes soberanos a instituciones internacionales? Me parece que sería una conclusión algo prematura. Debemos tomar en cuenta no solamente la densidad de los poderes supranacionales, su capacidad para imponer directamente compromisos a los individuos, sino también la extensión de esos poderes. Si un día lográramos establecer una organización en el sector del clima mundial, sería excesivo poner en pie un "Parlamento climático". La regulación del clima afecta a muchos sectores de la vida social. No hay un sector autónomo del clima. Por consiguiente, una asamblea concentrada exclusivamente en el tema del clima podría fácilmente convertirse en una "single-issue institution", una institución que perdería de su alcance los otros planteamientos relacionados con el tema central. Por otra parte, los miniparlamentos no parecen nunca aconsejables. Traen consigo gastos considerables y se convierten fácilmente en prebendas para funcionarios y parlamentarios, sin una auténtica *raison d'être*.

Sobre todo en el caso de las organizaciones universales, las instituciones parlamentarias pierden totalmente su sentido original de garantizar un intercambio abierto de argumentos que los electores puedan seguir con facilidad. La Asamblea de las Naciones Unidas, lugar de conferencia de las naciones del mundo, ya tiene un tamaño enorme. Cada una de las 192 delegaciones necesita, al lado del representante mayor, tres o cuatro asesores como mínimo. Un parlamento mundial, compuesto de delegaciones que reflejen la pluralidad interna de los estados miembros, alcanzaría miles de personas – y sería por lo tanto incapaz de trabajar como parlamento, con los mecanismos del diálogo y del discurso. Deberíamos recordar que el parlamento de la Unión Soviética, el Soviet Supremo, tenía su sede en la ópera de Moscú en el distrito del Kremlin. Había espacio para miles de personas – que no tomaban jamás la palabra. Eran solamente los grandes caciques los que pronunciaban discursos preparados y los que podían contar con un apoyo sin reservas a través de la disciplina del partido comunista. Ya en el Parlamento Europeo existe un problema de masificación. Por esta razón, el número de diputados ha sido limitado a 750 miembros. No se cambiará este límite aun en caso de futuras adhesiones a la Unión.

c) Finalmente, queda bastante poco que resulte como exigencia del principio democrático. Son, en particular, los *procedimientos* que se pueden mejorar. En Europa, crece la insatisfacción con el sistema gubernamental y administrativo de la integración. Los ciudadanos tienen la impresión de que los procesos de decisión se sustraen

de todo control democrático. En efecto, una de las consecuencias más significativas de la delegación de atribuciones a organismos internacionales es la debilitación del poder legislativo. Normalmente, en los órganos de las instituciones internacionales, solamente los gobiernos ocupan los escaños que les corresponden. Los parlamentarios quedan excluidos de los procesos de decisión. En Europa, como ya he dicho, se han introducido elementos de democracia, sobre todo en la forma del Parlamento Europeo. Por otra parte, los trámites entre el Parlamento y el Consejo, pormenorizados a la perfección, han logrado un grado de complejidad que ya no puede ser seguido por el público general. Y donde prevalece la negociación, reina la falta de transparencia. Son las burocracias las que se vuelven legisladores. En conclusión, el ciudadano ordinario pierde la capacidad de controlar las actuaciones efectuadas en su nombre. Así se encuentra gravemente afectado el principio democrático.

Indicar cambios precisos que pudieran institucionalizarse parece bastante difícil. Se trata solamente de pautas generales, que es posible identificar.

Primero, hay que pensar en aumentar la *transparencia* de todos los procesos con relevancia general para los hombres bajo la jurisdicción de las entidades en cuestión. Establecer la transparencia es el primer paso para enfatizar el principio democrático. Esto es posible también en las organizaciones internacionales. El ciudadano no necesita una información extensa y exhaustiva, le hace falta una información que destaque las orientaciones esenciales. Sobre esta base, también puede ser posible dar vida real al concepto de *responsabilidad* ("accountability"). La responsabilidad se encuentra en el corazón del concepto democrático. El pueblo debe saber quién – o qué institución – ha tomada tal o tal otra decisión, imponiendo eventualmente las sanciones necesarias y castigando a sus autores. Para lograr este fin se requieren mecanismos apropiados. Toca en este sector una tarea importante a los medios – que obviamente no pueden ser forzados a entenderse como servidores del bien común.

Otras consecuencias institucionales son difícilmente imaginables. El gran desafío consiste en modelar los procedimientos internacionales de tal manera que sus resultados sean dignos de confianza. Parece claro que los instrumentos disponibles en las organizaciones no consiguen el grado de perfección que conocemos en el contexto estatal usual. Sin embargo, sería fatal considerar que todas las formas de democracia instaladas en las organizaciones internacionales son de calidad inferior, una especie de "Ersatz" en lugar de la democracia auténtica.

En su fallo sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional alemán prácticamente negó la posibilidad de "democratizar" una entidad internacional. A su modo de ver, la auténtica democracia presupone un pueblo que tiene un poder ilimitado para organizar su marco constitucional. Aceptó el Tratado solamente con una argumentación muy particular, diciendo que la Unión Europea todavía no habría alcanzado la calidad de estado y que todavía no estaba tan cerca de la calidad de estado que debe requerir una estructura para ser absolutamente conforme a los requerimientos

democráticos perfectos. Sobre todo, comentó que la democracia auténtica se basa en el principio de la igualdad de los ciudadanos, que debe reflejarse también en la distribución de los escaños en el Parlamento Europeo. Con base en esta premisa, expresó objeciones contra la representación de Luxemburgo y Malta, que tienen proporcionalmente diez veces más escaños que Alemania y Francia. En otras palabras, para el Tribunal Constitucional alemán la arquitectura democrática del Tratado de Lisboa merece la calificación de "sub-standard". Por las razones que la lectura revela, el Tratado hubiera podido ser declarado inconstitucional por él.

Es un grave error por parte del Tribunal Constitucional fijarse en un modelo muy rígido de democracia. En una entidad de tipo federal, el principio de la igualdad de los estados no desaparece completamente. No se puede negar a los "pequeños" una representación adecuada en los órganos de tal entidad. Según el Tribunal alemán, el ideal democrático estaría realizado si Luxemburgo y Malta no tuvieran una delegación nacional en el Parlamento Europeo, viéndose obligados a formar un distrito electoral con uno de los *Laender* alemanes vecinos o, en el caso de Malta, con partes de Sicilia...

5. Consideraciones finales

Hoy en día, todos los países del mundo están forzados a asociarse con otros para poder sobrevivir en la modernidad de la globalización. Sin embargo, el hecho de tener que compartir poderes soberanos con otras naciones no puede ser equiparado con un declive de la democracia. El gran desafío es buscar y hallar modelos con los cuales los objetivos elementales de la democracia puedan ser alcanzados y realizados. Sobre todo, los gobernantes deben quedar sujetos a controles. Con una frase inglesa: *The governmental structure must be shaped in such a way that the rulers may be held accountable*. Esto es posible. Necesitamos imaginación y fantasía para hacer realidad los mecanismos apropiados. Las observaciones precedentes han tratado de contribuir a este fin.

3

Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept

FRIEDRICH MÜLLER*

1. Terminology and concepts. 1.1."Rule of law". 1.2 "Human rights". 1.3. "Democracy". 1.4 "Participation". 2. Intercultural debate. 3. A few more points of departure for Muslim countries.

1. Terminology and concepts

1.1. "Rule of law"

That term is not entirely straightforward. The German word "Rechtsstaat" – or "state of law" – does not mean exactly the same thing as "constitutional state", or the Anglo-Saxon "rule of law". In any modern debate, however, there is agreement that, whatever it is called, it must comprise elements not only of form (as in tradition), but also of content. There is also consensus that in a state under 'rule of law', the law must rule. Even the state itself must submit to the law. All state functions, including legislative ones, are subject to the constitution, with the executive and judicial branches being also subject to the law.

Lawfulness is further defined by the inclusion of, at a minimum, the separation of powers, and an effective set of fundamental rights. Also included, for individuals, are stability of the law, the greatest possible protection against abuse of power by others, and the right to due process.

Crucial for institutions – last but not least in Islamic countries – is the division of powers. It separates law from politics, thus freeing the administrative and judicial branches somewhat from the centers of power, including the religious one.

* Emeritus Professor at the Faculty of Law, University of Heidelberg, Germany.

1.2. "Human rights"

It is not necessary to enumerate them here. These rights are grouped according to their function or their object. These days, they are also grouped according to what are called generations. And finally and most importantly, according to their 'source in law' and their normative standing.

A good umbrella term for the first criterion is "fundamental rights". These include human rights to which every person is entitled (as in human dignity, and freedom of opinion and of religion), and civil rights. The latter are applicable to citizens of a state (like freedom of assembly and association, the right to vote and the right to stand for office).

Using function as a criterion, we differentiate between protective (or negative) and entitlement (or positive) rights. The libertarian protective rights target the state machine, ensuring rights like the right to human dignity, equality, life and liberty, and freedom from torture (articles 1, 3, and 5 of the Universal Declaration of Human Rights). Those rights can be secured by legal action.

Economic, social and cultural rights to participation or benefits, on the other hand, require the state to play an active role. These include the right to social security, work and education (article 22 ff of the Universal Declaration of Human Rights). They obligate national governments to set priorities in the allocation of public funds. This is the classical task of parliaments and they must follow the guidelines set out for ensuring those entitlement rights. However, infringement of those rights is generally not actionable in national or international courts. As an example of this, at the Habitat II conference in 1996, the participating countries were unable to agree on adequate housing as a human right enforceable by law.

The "generations" of rights are: first, protection against state infringement of rights; and second, the right to action by the state to ensure economic, social and cultural equality. The third, newer generation of rights, which still are not universally recognized, are collective rights: the right of a people to self-determination; the right to economic and social development, peace, and a healthy environment; and the authority of a people to freely dispose of its own natural resources – currently of great relevance for some Islamic countries.

New to international discussions is a "fourth generation". Based on principles of human rights for all, it is essentially the right to democratic governance. It will be addressed it in more detail later.

Also later, it will be addressed the normative qualification of fundamental rights according to their basis in law and their standing. This can be enshrined nationally at the legislative or (more often) constitutional level. In international law they exist as international legal custom, in Human Rights Conventions, or – with the highest rank – certain individual human rights recognized as peremptory (*jus cogens*).

Supranational rights will not be discussed here. So far, they apply only to the European Union. They protect, as enforceable by law, only against acts of the European institutions.

1.3. "Democracy"

As we know, interpretations of this term vary widely. What is decisive is how a given constitution sets up its democratic institutions. The cornerstone is a transparent political process, in which all members of a nation or people can participate equally – not just the members of a totalitarian governing party, or of any group representing state interests, be it religious, ethnic or class-based. The "hard core" of democracy comprises political equality for all, equal opportunity for political parties, and the right to legal opposition. Where that is not the case, the *exchange* between majority and minority politics is not a truly viable option. This minimum standard presupposes certain social conditions: widespread misery and marginalization do not allow for a living democracy. A *democratic* state under rule of law is based on the separation of politics and administration. The bureaucratic apparatus is obligated to enforce laws enacted democratically. In this way, it acquires legitimacy and a more secure footing in resisting pressure from government powers.

We must take a closer look at the processes of *democratization*; of "transformation", which – in the jargon of social scientists – is made up of "transition" and "consolidation". Irrefutably, there are differing ways to achieve this, depending on the region, culture or country.[1] Historically, the Anglo-Saxons achieved it by means of industrialization, the French by bureaucratization, and the Prussian-German path used both (which is why the democratic transformation of Germany took well into the 20th century).

It is my impression that, today and in the future, a fourth path will take precedence: the democratization "from below". Initially, this will happen via informal participation through non-governmental organizations, an offshoot of the dynamics of civil society. The strength of that lobby will undoubtedly be highly dependent on what the relevant constitution offers, like fundamental rights, separation of powers, suffrage, and due process. But apart from that, it will also be powered by informal factors like favorable economic developments and a long-term tendency towards changes in attitudes and behavior. These can include areas of conflict within a society based on social, religious or civil differences; cultural transformations like secularization;

1. The following criteria are from: H. J. Puhle, Demokratisierungsprobleme in Europa und Amerika, in H. Brunkhorst and P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main, 1999, p. 317 ff. – Compare also, as to a theoretical basis of Democracy face to globalization: F. Müller, *Demokratie in der Defensive. Funktionelle Abnutzung – soziale Exklusion – Globalisierung*, Berlin 2001; and F. Müller, *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung*, Berlin 2003 (Brazilian edition being prepared).

shifts in family values; the elite's capability for action; mobilization of a large portion of the population; and, last but not least, foreign or international influences.

1.4. "Participation"

In the last decade, an enormous number of NGOs (citizen's organizations, civil rights and environmental initiatives, human rights groups and political associations) have begun to establish a kind of collective global conscience. It is no longer enough to wait patiently for the natural evolution of civil society in emerging democracies, or countries on the threshold of it. Rather, the defining figure is that of the individual or collective "activist". Even in a seemingly well-established democracy, participation is essential to prevent the oligarchic entrenchment of a politicized government, manipulation of the media, and spreading political apathy. An "open" mandate, the lack of procedures for democratic recall, the decline in decisions by plebiscite, and the metamorphosis – particularly of parliaments – into oligarchies leaves the democratic systems in "older" western democracies in particular looking rather worn out. Only increased participation can prevent democracy from descending into farce. And in countries that are just now on the path to democracy, like some Islamic-Arab countries, participation will provide the basis for the process of democratic transformation.

2. Intercultural debate

These concepts describe something that is a political desirability and a legal must. Is it really possible to negotiate them interculturally, as we are doing here?

Politically we can say "yes", assuming that a considerable portion, if not the majority of the peoples concerned want that transformation; and assuming that the process of "democratization" is borne by the many, not only administered by an elite, or dictated by a ruling oligarchy.

But can we use human rights in their "western" form as a model? We quickly run into accusations of hegemonic thinking and cultural imperialism. However, those are generally voiced loudest by the powers that be (and their pet intellectuals) and not by the people who suffer from the lack of a means of political expression and free access to information. Thus I refuse to enter into an academic debate on "universalism" and would like to look at the question empirically. That is to say, from the point of view of the basic physical, spiritual and socio-political *needs* expressed by any given people. Nobody should be coerced into rule of law, human rights or democracy. If that happens – for instance, when adopting a so-called free market economy or entering into a military alliance – then it is an abuse of power, an inexcusable perversion of the democratic instrument. When the West acts imperially or aggressively under the banner of noble-mindedness, it is repudiating "its own" standard values.

No, we must discuss human rights here from the point of view of the victims, not the machinery of power. In that light, they become empirically inalienable, because violence is universal and so are the basic needs of humans. To put it another way: fundamental rights and democracy serve as practical goals for that reason, *and not because the West* (in the wake of the Reformation and Enlightenment) *developed them*. It is not an anthropological head start, but a chronological one. We are obligated to pass on knowledge gained from experience, not to deliver lessons.

As mentioned, rule of law and democracy also take different forms, and can be adapted to a certain extent to differing cultures. Both, however, are incompatible with the political and legal exclusion (based on social exclusion) of any segment of the people, or of ethnic or religious minorities. And they are incompatible with a system in which it is deemed subversive for excluded (second-class) citizens to exercise the fundamental rights guaranteed them by the text of the applicable law, or in which their legal protections and political participation exist only on paper.[2] It is not only older cultural traditions that are to blame for the phenomenon of exclusion. It is also exacerbated by the sometimes-horrific effects of deregulation and turbo-capitalist globalization. Democracy demands that economic processes be accompanied by social regulation. To this end, quite apart from transnational regulatory mechanisms that are still to be established, national regulations are also essential. For example, the states and their loyalty to U.N. treaties are necessary for the real implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted in 1966 (which entered into force in 1976). Ramped-up global economic growth that is identified solely according to monetary and macro-statistical means, without the attendant constitutional procedures and good governance does not bring peace to developing and "threshold" countries. It destabilizes them and increases the potential for internal conflict. Therefore, there are legal standards, the very nature of which requires that they be debated internationally (and thus interculturally).

In addition, a significant proportion of the rule of law (especially procedural law) and democratic participation (for instance, freedom of opinion, assembly and association) is founded on *international* standards of human rights.

And those human rights, insofar as they are accepted as binding, can no longer be dismissed as undue interference in national affairs. Not by anyone, beginning with the G7/8 countries.

But to what extent are they normative? Since World War II, the tendency has been to anchor more and more individual rights in international law. Thus they become

2. This and the following from: Müller, *Welcher Grad an sozialer Ausgrenzung kann von einem demokratischen System noch ertragen werden?* (What degree of marginalization can continue to be tolerated in a democratic system?), 2001, p. 73 ff; *Globalisierung und Demokratie* (Globalization and Democracy), in: ibidem, p. 84 ff.; Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung, Berlin, 2003 (Brazilian edition being prepared).

the objects of international policy and states can no longer claim sole domestic jurisdiction ("domaine réservé").[3] Despite regional differences, despite the varying weight given to the common good and individual rights in different cultures, recognition of human rights tends to the universal.

The first Arab Charter on Human Rights, which had been adopted in 1994 by the Council of the League of Arab States, never came into force, since it had not been ratified by the countries concerned.

In the meantime, the Arab Charter on Human Rights has been adopted by the Council of the League of Arab States on 22 May 2004. It affirms the principles contained in the UN Charter, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Human Rights and the Cairo Declaration on Human Rights in Islam. It entered into force on 15 March 2008. A number of traditional human rights are provided for, including the right to liberty and security of persons, equality of persons before the law, protection of persons from torture, the right to own private property, freedom to practice religious observance and freedom of peaceful assembly and association. The Charter also provides for the election of a seven-person Committee of Experts on Human Rights to consider States' reports.

In general, the binding force of international Human Rights may be based on (a) customary international law or on (b) international treaties. Since the Charter of the United Nations of 1945 and the 1948 Universal Declaration of Human Rights, an ever-denser web of positive rights has evolved. There are now hundreds of human rights conventions, many of them covering only specific areas – like the two 1966 Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights. At the 1993 World Conference on Human Rights in Vienna, the U.N. established the office of High Commissioner for Human Rights. Additionally, non-binding "soft law" standards (like obligations within the framework of the OSCE – the Organization for Safety and Cooperation in Europe) can bridge the gap between national and international law, and help to promote effective principles and values. Conservative political elites continue to cling to the traditional idea of national sovereignty, but in the area of human rights, the trend is actually going in the other direction.

The Universal Declaration of 1948 as such had the character of no more than a recommendation. Despite that, it is often regarded these days as a charter of recognized standards – that is to say, as binding customary international law.[4] However, that pre-supposes state practices informed by its convictions, an exercise generally recognized as a right. Some largely Muslim countries fall far short of that mark on

3. Juliane Kokott. Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht, in H. Brunkhorst, W.R. Köhler and M.Lutz-Bachmann (eds.), *Recht auf Menschenrechte*. Frankfurt am Main, 1999, p. 176 ff.; for the whole: Flávia Piovesan (general coordination), *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo, 2008.
4. A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd edition, Berlin, 1985, p. 822 f.

two counts: the non-discriminatory guarantee of religious freedom and the equal rights of women. So we can see that customary international law is not sufficient.

By contrast, the "negative", protective rights that at this time unquestionably belong to binding customary international law include the right to life and liberty, freedom from torture, freedom of opinion, information, association and assembly, and protection from arbitrary arrest and detention. This is true even of the Muslim states, which would not dare to dispute those guarantees. Unofficial practices that violate human rights are another question, one that applies equally to all countries. But initially we are talking here about normative fundamentals.

These also include international treaty law: universal and regional covenants. Several Arab countries have not yet acceded to the two U.N. pacts of 1966 (in force since 1976). Nor has Turkey, an Islamic, non-Arab country. And the United States, for instance, has not acceded to the treaty on economic, social and cultural rights. Still, that is no consolation when considering the low normative standards of some Islamic states. Nor is it particularly comforting that the convention to end any form of discrimination against women has been ratified by a large number of countries – but not those ones.

The highest normative rank is held by those fundamental rights that are considered "jus cogens" and apply to all states without exception. These are a ban on slavery, prohibition against torture, or inhuman or degrading treatment or punishment, and protection against arbitrary detention without a fair hearing.

A look at the reality of the situation shows how much it contradicts those norms. Now that the international criminal court is being set up – over the bitter opposition of the United States – some of these infringements may be prosecutable under its rather limited jurisdiction. Apart from that, the only instrument available to us is so-called humanitarian intervention, which however, remains highly controversial and is not yet recognized as customary international law.

Other judicial means for enforcing human rights in Muslim countries and elsewhere are also quite weak. In the past, the U.N. Commission on Human Rights had been made up of government representatives and was thus not operational. The U.N. Human Rights Committee, on the other hand, had been made up of independent experts, but it was dependent on recognition by any state suspected of violations.[5] Now, since 15 March 2006, in order to replace the Commission on Human Rights, the *United Nations Human Rights Council* as an inter-governmental body within the United Nations system has been adopted by the General Assembly. It works with the Office of the High Commissioner for Human Rights and is able to engage the United

5. Compare Juliane Kokott, Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht, in H. Brunkhorst, W.R. Köhler and M.Lutz-Bachmann (eds.), *Recht auf Menschenrechte*. Frankfurt am Main, 1999, p. 189 ff. On international systems for protecting human rights; for the whole: Flávia Piovesan (general coordination), *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*, São Paulo, 2008.

Nations' *Special procedures*. Yet, the previous criticism against the Commission for allowing countries with inferior human rights records to be member may be continued against the Council. Delegates of states which belong to the Organization of Islamic Conference (OIC) occupy a third of the Council and usually block discussions about the violation of Human Rights in their countries, referring to the system of Scharia as a religious basis. Comparatively, in Europe, the system of protections is well developed, whereas the inter-American one is less codified (which is why it is easier to 'export' to Africa and Asia).

3. A few more points of departure for Muslim countries

Beyond what has already been said, we must keep sight of the following two points: Rule of law, fundamental rights and democracy need each other and are mutually dependent. No democracy can function without rule of law and effective guarantees of liberty, especially not when based on civil participation. Rule of law, in turn, is based on libertarian rights and guaranteeing those requires, in turn, a process founded on the rule of law by which they can be obtained in case of conflict.

Secondly, international debate on democracy is increasingly *based directly on concepts of human rights*[6] and therefore centers on discussions of "fourth generation" rights.

In relation to conditions in the Muslim countries, it is not useful in the current context to speak of "fundamentalism" or "Islamism". It makes more sense to use the term *political Islam*. This comprises parties and movements across the entire spectrum of thought: from theocratic totalitarianism to globally oriented democracy (like the hizb al-Wasat – meaning "center" – Party in Egypt, which subscribes to pluralism and human rights); from Marxist, social democratic or reform-liberal to conservative or reactionary (whereby the term "fundamentalism" is not entirely inappropriate to the direction taken by the Wahhabi). Political Islam groups might execute a dictator, as they did in the Sudan, or engage in armed underground agitation as in Algeria. In several Arab countries they are or at least were ruthlessly suppressed. And in some places (Lebanon, Jordan, Kuwait, Yemen or Tunisia) they are part of the political system, as members of parliament or even of government. Consequently they have been politically instrumentalized by national governments as well as foreign powers, with the United States being particularly unscrupulous in this concern.

But what is important here is what they have in common: a link to the religion of the Prophet Mohammed, although they may have widely varying, or even contrasting,

6. Compare Müller, F. *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie*, Berlin, 1997, p. 57 ff, 62 – see H. Brunkhorst, Normtexte schlagen zurück, in the Frankfurter Allgemeine Zeitung, February 18, 2002, p. 56. On the philosophical arguments, see Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in H. Brunkhorst and P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main 1999, p. 401 and others. On the "fourth generation of human rights", see P. Bonavides, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, São Paulo, 2001.

interpretations of it. The history of Christianity is no different. Both reflect *the fate of sacred writings*. In other words: Islam per se is not an obstacle to following the path of rule of law, human rights and democracy. It is possible for the champions of those tenets in Islamic countries to work together with corresponding groups that are a part of political Islam.

Although it is often cited as an obstacle, there is, in fact, no basis to charges that the individualism of "the West" runs contrary to the Islamic understanding of community (within the 'umma', or Islamic commonwealth) and the duties of the individual to that community. The western tradition of human rights is no stranger to the concept of individual duty as a correlate to individual rights. As an example, Part II of the Weimar Constitution was headed "Fundamental Rights and Duties of Germans". More importantly today, article 29, paragraph 1 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights states that "everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible".

We can also refer to the Islamic theological tradition that draws its definition of "justice" from the principle of equality, from the "eternal pact" (fi'ra) between man and God that allows no unfairness. From this comes the concept that religion can't be compulsory, thus granting people of different faiths freedom of choice.[7] As has so often been emphasized, Islam has historically practiced tolerance to a degree that amazes us and puts Christianity to shame. Still, this applies only to *individual freedom of religion*.

What is key to the questions we are addressing here, however, is the issue of *institutional freedom of religion* in the sense of a differentiation between religious and secular functions and the development of a secular state in addition to the umma. That would (and will) mean a transition from a hierarchical society in the old "stratified" style, to a modern and functional heterogeneous one. Religious systems, then, exist side-by-side with the ones governing politics, economics, academia, family and education and so on. Religious ethics retain their universalism, but they no longer exert hierarchical rule over all of society. "Secularization" means that religion must compete with other areas, discussions and value systems.[8] This is incompatible with the "absolute" claim to truth that must be asserted by force that is inherent in a fundamentalist view of Islam (or, for that matter, Judaism or Christianity). The international developments in human rights since the end of the Second World War, however, are not underpinned by metaphysics, but by democratic autonomy and the secularization of societies. The normative tolerance on which they are based is not

7. N. Abu Zayd, Der Begriff von "Gerechtigkeit" nach dem Koran, in *polylog*, *Zeitschrift für interkulturelles Philosophieren*, Nr. 6, 2000, p. 40 ff. Id.: *Islam und Politik. Kritik des religiösen Diskurses*, Frankfurt am Main, 1996.

8. Compare N. Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt am Main, 1977; Id., Die Sinnform Religion, in *Soziale Systeme* 2, 1996, p. 609 ff. On tolerance see Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in H. Brunkhorst and P. Niesen (eds.), Das Recht der Republik, Frankfurt am Main 1999, p. 401 ff.

directed at the claim to truth of any religion. On the other hand, it demands that other convictions be allowed to coexist equally with those religions.

Iran offers a fascinating "trial case" for that need of radical change. Looking back at President Khatami's first term in office in 2001 shows that there was little progress towards democratization on the *institutional* front.[9] The theocracy was able to assert itself against the liberal order of the constitution. The president brought 120 charges of constitutional violations before parliament in vain.

Things might, in the future, perhaps look better on the *informal* democratization front. The umbrella association for reformist organizations in Iran reports that, at that moment, numerous political groups had been able to achieve official recognition, and that more than one thousand independent publishing entities and some four thousand NGOs had been founded. Free elections were also held for town councils and regional assemblies. If these advances could ever be revived, it would mean decentralized democratization from below by civil action. Despite cruel oppression by the present regime there rests still hope for a future change.

In countries ruled by theocracy or other authoritarian centers of power, this kind of democratization will be crucial. It is based on freedom of opinion and information, of association and assembly, to the extent that those rights have already been enshrined in a constitution and people have demanded the right to exercise them despite the threat of theocratic-authoritarian intervention.

Resistance by NGOs is human rights, and it is peaceful. These organizations expose themselves to criticism and communication, and gradually create open political dialogue. The fact that they are in a minority does not reflect ill on them. It is no different in established democracies. In an emerging democracy, the NGOs achieve democratic legitimacy by their ability to pose obstacles to undemocratic rule, to develop political alternatives and work pluralistically for the common good. In the midst of difficult circumstances, they are the core of democratization.

Like this, something evolves that I will call a "parallel constitution". The theocratic system represents the official state. Alongside that – like in Iran – a secular one exists as the "first parallel constitution". That kind of constitutional document can't replace political action, nor can it compel democracy. But by citing it, the forces of democracy can "get a foot in the door". Despite attempted sabotage on the part of the traditional centers of power, that can lead to the establishment of progressive structures in civil society and therefore to a "second parallel constitution".[10]

In Muslim countries where a secular written constitution mostly does not yet exist the entire burden initially falls on the "second" parallel structure, on civil society. In accordance to this, since December 2010, the *Arab Spring* ("Arabellion") has given

9. Documentation from Le Monde diplomatique, June 15, 2001, p. 8.
10. Compare especially Müller, *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung*, Berlin 2003, p. 134 ff., 138 ff., 144 ff.

rise to new hope (especially in the case of Tunisia) but, at the same time, also to all the chaotic situations which usually come after revolutions. Yet, the approach of these considerations has, from the beginning, been an normative and not a descriptive one.

As we can see, the situation is extremely complex, and it will remain that way – I am almost tempted to say – hopefully. Because once those complications are unraveled and the *great simplification* of 'State' and 'Society' is once more in place, then the dawn of new freedoms could already be over.

I have introduced here the elements of a normative concept. They should be understood as the *necessary conditions* for the development of states that are governed by rule of law, provide fundamental rights and enable participatory democracy. The individual countries themselves must create the *adequate conditions* for this to occur. "Democracy" is not something that, once in place, can be taken for granted. There can be no doubt, for instance, that the G7/8 countries are going through a period of decadence, and are in danger of regressive change. Nor is a "people" a standardized unit, but rather must first be created through democratic action. Considering the enormous difficulties facing the countries discussed here, we would do well to remember the stamina that was demanded, and is still demanded, of the movements for human rights, rule of law, democracy, worker rights, decolonization, and women's rights. Those movements can serve as both role models and allies.

4

The financial crisis, democracy, and global justice: the view from Amartya Sen's theory of public reasoning

MATTHIAS GOLDMANN*

Introduction. 1. The promise of democracy. 1.1. Two perspectives on democracy: input and output. 1.2. A compromise? Amartya Sen's capabilities approach. 1.3. Defining and safeguarding capabilities: public reasoning and democracy. 2. Doubts about the performance of democracies. 3. The crisis as a result of deficient public reasoning. 3.1. Hypothesis: correlation between financial crises and deficient public reasoning. 3.2. Public reasoning and the banking crisis of 2007. 3.3. Public reasoning and the sovereign debt crisis since 2010. 4. Final remarks.

Introduction

It would be inadequate to capture the financial turmoil which has shaken the developed world since 2007 as a purely economic event. On a deeper level, the crisis seems to have shattered the self-confidence of the most affected societies. It provided ample evidence of the vulnerability and declining strength of the Western hemisphere after centuries of global domination. It should therefore not come as a surprise that those developments also challenge the credibility of that particular idea that underpins the Western world: Democracy.

The credibility of democracy, as I argue in this contribution, depends on the capacity of democratic systems of government to achieve social justice (chapter 2). Democracy is not only an end in itself, as one important philosophical tradition teaches. Relying on Amartya Sen's theory of democracy, I claim that

* Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, goldmann@mpil.de. This text is partly based on an earlier, more extensive article of mine: "The Financial Crisis as a Crisis of Democracy: Towards Prudential Regulation through Public Reasoning", forthcoming in 13 *German Law Journal* (2012), www.germanlawjournal.com.

democracy is also supposed to render better results, i.e. to increase overall welfare and lead to a fair distribution of essential resources. Sen believes that the superior performance of democratic states, and in particular their capacity to better protect against remediable disasters, is due to the fact that they enable deliberative modes of decision-making, which he calls "public reasoning".[1] Public reasoning is a means to determine the desired outcomes in terms of capabilities, and to ensure their enjoyment on the part of the population. Thus, Amartya Sen famously demonstrated that famines in rural India disappeared with the end of colonial domination. Free media, free flows of information, and responsible leadership facilitated public reasoning, prompting governments to take the necessary preventive measures.[2]

The recent financial crisis, however, seems to challenge this understanding. There can be no doubt that it had a negative impact on the enjoyment of capabilities by important parts of the population in the most affected states. In addition, an empirical study claims that democracies are more likely to suffer from financial crises than autocratic regimes. Some argue that this results from the fact that democracies lend themselves to the unfettered pursuit of special interests. From their perspective, democracy and market economy appear as incompatible antagonists (chapter 2).

This contribution seeks to refute that contention. On the basis of an understanding of democracy as being essentially about public reasoning, I analyze some of the factors which contributed to the banking crisis following the burst of the housing market bubble in 2007, and to the ensuing sovereign debt crisis in Europe. It turns out that many of these factors can be understood as deficits in public reasoning. Thus, democracy is not *per se* incompatible with financial stability. Rather, the crisis has been caused by a lack of democracy, understood as institutions and procedures fostering public reasoning (chapter 3). This insight has important consequences for the design of global financial regulation (chapter 4).

1. The promise of democracy

What is the promise of democracy which the financial crisis might have challenged? This has been the subject of a long-time dispute confronting input and output-oriented theories of democracy (section 1.1). I adopt here the concept of Amartya Sen's theory of justice, which in my view avoids some of the common problems of output-oriented theories. According to him, democratic systems of government are able to ensure for every citizen the effective enjoyment of an acceptable level of capabilities (section 1.2). The reason for this lies in democracy's conduciveness to public reasoning (section 1.3).

1. A. K. Sen, *The Idea of Justice* (2009), 321 *et seq.*
2. Ibidem, 338 *et seq.*

1.1. Two perspectives on democracy: input and output

Since the era of the enlightenment, one can distinguish two different, but related theoretical approaches to the question why democracy is a preferable system of government. The first approach focuses on the input aspect of politics: Democracy is preferable as a system of government for transcendental (i.e. *a priori*) reasons, because it establishes a morally just institutional framework for the exercise of public authority. The second approach emphasizes the outcomes of politics: Democracy is preferable for instrumental reasons, because it facilitates the advancement of public welfare.

The first, input-oriented approach to democracy considers democracy as a superior form of government for purely ideal (or transcendental) reasons. Accordingly, only democracy is able to guarantee the autonomy of the individual. Immanuel Kant and Jean-Jacques Rousseau are among the patron-saints of this theoretical tradition. In their view, democracy establishes a system of government by reason, i.e. by decisions to which every reasonable person should be able to agree.[3] Today, such a line of reasoning is no longer possible. The disenchantment of man and society in the 20th century prevents the continued sanctification of reason. On the contrary, one has come to accept that it is possible to reasonably disagree on a specific question.[4]

Modern authors in the input-oriented tradition take this insight into account and develop theories which meet the challenge posed by the value pluralism pervading contemporary societies. They rely on the idea of communicative reason: Even if the members of society disagree on many substantive issues, they should accept the results of a fair and inclusive decision-making process allowing for the free exchange of views. John Rawls followed this view with his idea of "public reason". Accordingly, in order to ensure that democratic decision-makers do not act in their self-interest, they should justify their exercise of public authority by reasons acceptable to all (public reasons), such as common sense or widespread scientific insights, and grant a right to be heard to those affected by the decision.[5] Jürgen Habermas has given a more elaborate account of why such public reasons should be acceptable. According to him, even though people might disagree on many aspects of the organization of society, everyday language devises a way for the integration of diverging views in societies: It enables communicative action.[6] The participants in this mode of communication need to put forward public reasons in a Rawlsian sense, i.e. non-egoistic, non-idiosyncratic arguments of a moral, ethical, or pragmatic nature. In an ideal setting, i.e. under the conditions of a fair, sincere discourse free from domination, the ensuing decisions should be rationally acceptable to everyone,

3. I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), Introduction to the Doctrine of Right, § C; J.J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), liv. II, chap. III.
4. On such limits of rationalism cf. H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, 5th edition (1991), 35 *et seq.*
5. J. Rawls, *Political Liberalism* (1993), 212 *et seq.*; J. Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited", 64 *University of Chicago Law Review* (1997) 765-807.
6. J. Habermas, *Between Facts and Norms* (1996), 1-3.

because they agree on the discursive framework.[7] In the context of political decision-making, this approach requires societies to agree on an institutional framework that ensures deliberation and guarantees fundamental and participatory rights. The constitutional arrangements of liberal democracies which comprise professional parliaments, law-abiding administrations and judicial review (including judicial review of the acts of parliament) may satisfy these conditions.[8]

However, this account of modern input-oriented theories of democracy reveals some of their difficulties. First, they are based on a number of idealizations which might be at odds with the reality in actual societies. For example, they assume that people act rationally and proffer non-egoistic justifications for certain political decisions. Behavioural economics teaches that the presumption of rationality does not always hold true.[9] They also idealize the model of parliamentary representation. In reality, however, people usually only have one vote in order to express their preferences on a vast array of issues.[10] Second, input-oriented theories struggle with global justice. To the extent that there are no parliaments and courts on a global level, decisions acceptable to everyone might not come along.[11] Third, by focusing on the input aspects of political systems, those theories turn a blind eye on the actual outcomes of political decisions. They do not even provide a standard by which such outcomes could be measured.[12] One might find it difficult to convince the myriads of disenfranchised, socially disadvantaged people on the globe of the desirability of democracy if its theory does not show sufficient concern for their most fundamental needs.

In contrast to input-oriented approaches, output-oriented theories (also called consequentialist or comparative theories) do not risk the same level of idealizations or ignore the practical effects of policy-making. These theories argue that institutional arrangements should be designed so as to maximize the aggregate outcome for society as a whole. The institutional arrangements suggested for this purpose often amount to some form of democracy. For Jeremy Bentham, measuring the aggregate outcome implied giving everyone's benefit equal weight.[13] John Stuart Mill also considered democracy as necessary for the maximization of aggregate happiness, which is his measure for outcomes. Democratic processes would be useful for determining what

7. Ibidem, p. 43. This draws on J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, v. 1 (1981), 384 *et seq.*
8. Habermas (note 6), chapter 4, in particular 168 *et seq.*; see also chapter 9, 430 *et seq.*
9. Cf. C. Jolls, "Behavioral Law and Economics", National Bureau of Economic Research Working Paper Nº 12879 (2007).
10. Sen (note 1), 91 *et seq.* with reference to social choice theory.
11. Ibidem, 67 *et seq.*
12. The difference principle advanced by J. Rawls, *A Theory of Justice* (1972), 60, does not provide a standard which would allow a decision as to which one of different policy options is better. It only narrows down the range of possible decisions. See Sen (note 1), 96 *et seq.*
13. The principle of utility is defined in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (2nd edn., 1823 (repr. 1907)), 2.

happiness is in the first place, which Mill considered a difficult task that presupposed freedom of opinion.[14]

Critics of utilitarian theories, however, point out that it is highly difficult to assess outputs. Whatever this concept may be, whether it is called happiness,[15] satisfaction,[16] or wealth-maximization,[17] it defies objective definition. Everything else would be paternalistic.[18] Interestingly enough, this problem has led to controversies even within the comparative camp. Thus, Karl Marx accused Bentham of a lack of consideration for the difficulties involved in establishing what people really want[19] – only to end up with an even more paternalistic theory. Mill's theory advocates freedom of expression for exactly that reason.[20]

1.2. A compromise? Amartya Sen's capabilities approach

Given the difficulties implied in either of the two mentioned perspectives, it seems tempting to produce a theory of democracy that combines the strengths and avoids the flaws of both strands of theory. In his 2009 book on "The Idea of Justice", Amartya Sen advocates an approach that is grounded in the output-oriented tradition, but adopts ideas about the relationship between justice, communicative reasoning and democracy which have been developed in the transcendental camp, namely by Rawls and Habermas.

In order to measure and assess outcomes, Sen proposes the concept of capabilities. Capabilities describe the *actual* opportunity of individuals to pursue their objectives, not only for the theoretical possibility to do so like in liberal, input-oriented theories.[21] This is what Sen calls the "opportunity aspect" of freedom. Further, capabilities stand also for the actual capacity to choose between different objectives. This means that individuals should not be compelled to opt for an objective they would have chosen anyway. This is what Sen calls the "process aspect" of freedom.[22] The concept of capabilities thus provides an outcome measure, but one which is focused on the idea of individual autonomy. This aspect of Sen's theory addresses the most serious criticism of comparative approaches, that of paternalism. Instead of happiness or

14. J. S. Mill, *On Liberty* (1859 (2006)), 71 *et seq.*
15. Bentham (note 13).
16. G. F. Hourani, *Ethical Value* (1956).
17. R. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", 8 *Journal of Legal Studies* (1979) 103-140, at 103 *et seq.*
18. C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen* (2008), 22.
19. K. Marx, *Capital*, vol. 1 (1887), capter 24, section 5. Marx makes this point quite clear by calling Bentham "that insipid, pedantic, leather-tongued oracle of the ordinary bourgeois intelligence of the 19th century" (Ibidem).
20. *Supra*, note 14.
21. E.g. the concept of primary goods in J. Rawls, *A Theory of Justice* (1972), 62.
22. Sen (note 1), 228 *et seq.*; A. K. Sen, "Human Rights and Capabilities", 6 *Journal of Human Development* (2005) 151-166.

welfare, Sen's starting point is individual autonomy, which he considers an *a priori* value.[23] Capabilities are to be understood as open-textured measures for outcomes. Also, capabilities do not represent any aggregate value that relates to the society as a whole or to a specific group, but aim at ensuring individual autonomy.

1.3. Defining and safeguarding capabilities: public reasoning and democracy

Sen claims that democratic forms of government enhance capabilities because they enable and foster public reasoning. This argument proceeds in three steps. First, Sen argues that public reasoning is indispensable in order to agree on which capabilities a given society should guarantee and how they should be weighted.[24] In contrast to Rawls' public goods,[25] Sen does not provide a fixed list of capabilities, which would be tantamount to a one-size-fits-all concept of distributive justice. He recommends keeping the issue deliberately open and submitting it to public reasoning.[26] Decisions resulting from a process of public reasoning are ethically superior, especially in pluralistic societies and for decisions with a global reach, because they are intended to include the views of all those affected by the exercise of public authority, those of the members of a given society as well as those of affected non-members,[27] and thereby to reduce the influence of special interests.[28] In this respect, Sen's theory comes very close to Habermas' discourse theory, although Sen rejects the idea of general representation and instead prefers one of stakeholder participation.[29]

Second, Sen argues that public reasoning enhances the realization of capabilities. Although public reasoning does not necessarily lead to perfect, ideal results, it might at least prevent severe, "clearly remediable injustices".[30] By way of example, Sen recalls that famines in rural India (as well as in other parts of the world) disappeared with the establishment of democratic government and public reasoning.[31] He attributes this effect to various virtues of public reasoning:

– Public reasoning leads to *transparency* and ensures that crucial information about risks for, or the preferences and needs of, different groups gets passed on to decision-makers.[32]

23. Sen (note 1), 299.
24. Ibidem, 17, 241 *et seq.*, 326.
25. *Supra*, note 21.
26. Sen (note 1), 233.
27. Ibidem, 124 *et seq.*, 155 *et seq.*
28. Ibidem, 39 *et seq.*, 122; A. K. Sen, "Human Rights and Capabilities", 6 *Journal of Human Development* (2005) 151-166, 163.
29. For an interesting theory on how to realize the participation of stakeholders see T. Macdonald, Global Stakeholder Democracy. Power and Representation beyond Liberal States (2008), 139 *et seq.*
30. Sen (note 1), ii.
31. Ibidem, 338-343.
32. Ibidem, 232.

- It also fosters *accountability* of governments which need to publicly justify their decisions and withstand rhethoric attacks, whether or not they face re-election.
- Further, the *media* and educational institutions may increase the quality and reach of public reasoning.[33]

Third, the previous step reveals already the innate connection between democracy and justice. Proper public reasoning which enables both the determination of capabilities in ways that respect individual autonomy, and their protection against remediable catastrophes, requires a society which is based on transparency, participation and meaningful dialogue involving all parts of society. Sen believes that such public reasoning is only possible in democracies.[34] One might add that only democracies endorse the idea of freedom that underlies the very idea of capabilities. Democracy is therefore a preferable form of government. Sen goes to great lengths to demonstrate that democracy and public reasoning are not as culturally contingent as one might think.[35]

One caveat should be added: I do not pretend that Sen's theory is the better or the only way of understanding democracy or justice. Rather, Sen's capabilities approach devises a useful and defensible theory about the relationship between democracy and people's actual living conditions. Since this is the central interest of this contribution, Sen's theory seems to be a promising pick.

2. Doubts about the performance of democracies

The global financial crisis which started in 2007 provides the opportunity to carry out a reality check on the optimistic account of democracy as a capability--enhancing system of government. On an empirical level, the global financial crisis that started in 2007 probably led to a decline in the level of capability enjoyment in those democracies which have been most affected, like the United States and certain parts of Western, Central, and Southern Europe, such as Greece, Ireland, Italy, Spain, Portugal, but also France, Germany, and the UK. Intuitively, this conclusion seems to be straightforward. It takes a number of moves to carve it out in a scientific manner, though. First, how are capabilities defined *de lege lata* in the states most affected by the crisis? States often opt for a mostly negative definition of freedoms and liberties. Exceptions are the economic, social, and cultural rights defined by the respective International Covenant. Also, some states guarantee their citizens a minimum income at subsistence level.[36] And while the right to education enjoys wide acceptance,[37] the provision of educational services by states varies widely.

33. Ibidem, 37, 335 *et seq.*
34. Ibidem, 326.
35. Ibidem, 327 *et seq.*
36. Art. 11, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; German Constitutional Court, BVerfGE 45, 187, 228.
37. Art. 13, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; Art. 2, First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Despite these differences, the enjoyment of capabilities in liberal, market-oriented economies seems to depend by and large on a limited number of factors, no matter how one defines capabilities in detail: First, employment enables people to care for themselves. Second, government resources enable the latter to secure the enjoyment of capabilities to their citizens. Per capita GDP provides a measure for both private and public resources. Amartya Sen has rightly pointed out the risks involved in overreliance on GDP, in particular because it has no sensitivity for distributional inequalities. But in developed economies and thus in the states most affected by the crisis, inequality, although on the rise, usually does not reach a level comparable to that of most developing economies. In addition, rising sovereign debt levels indicate decreasing government resources over the long run, leading to decreasing resources for the provision of capabilities to the disadvantaged parts of society, unless offset by long-term increases in growth.

On the basis of these indicators, the financial crisis turns out to be an event which has seriously threatened the enjoyment of capabilities in the most affected states. The effects exceed that of normal cyclical downturns and in some respects have been worse than in any other event since the Great Depression. Many states like the US and certain parts of Europe have experienced protracted increases in unemployment.[38] More countries than in any other crisis experienced significant GDP declines in the two years subsequent to the 2007 banking crisis.[39] At the same time, sovereign debt has reached almost unprecedented levels in the US and numerous European states. With little hope for this debt to be offset by an equivalent growth level at least in the near future, and with rising inequality in wealth distribution,[40] one may presupposed that the debt crisis generally has endangered the enjoyment of capabilities by disadvantaged citizens in the most affected democracies.

Contrary to Sen's assumption, the crisis might thus reveal a structural conflict between democracy and market economies. On a theoretical level, Wolfgang Streeck suggests that "democratic capitalism" is impossible because it leads to continuous

38. E.g. Business Insider, "The Scariest Job Chart Ever", 5 March 2010, http://www.businessinsider.com/chart-of-the-day-the-scariest-job-chart-ever-2010-3.
39. C.M. Reinhart and V.R. Reinhart, "After the Fall", National Bureau of Economic Research Working Paper No. 16334 (2010), 10-11.
40. Wealth distribution is measured by Gini coefficients, whereby a coefficient of 0.0 stands for full equality and a coefficient for 1 for a state in which one single person owns all wealth. In 2000, Gini coefficients for wealth distribution in developed countries were rarely below 0.6 (J.B. Davies, S. Sandstrom, A. Shorrocks, E.N. Wolff, "The World Distribution of Household Wealth" (2006) 50). In the United States, inequality in wealth distribution decreased from about the Great Depression until the 1970s. It has increased since then, particularly during the 1980s (M. Cagetti, M. De Nardi, "Wealth Inequality: Data and Models", 12 *Macroeconomic Dynamics* (2008) 285-313, 291-2). In Germany, the Gini coefficient for wealth inequality rose from 0.777 in 2002 to 0.799, or, depending on the calculation method, to 0.8092 in 2007 (S. Bach, M. Beznoska, V. Steiner, "A Wealth Tax on the Rich to Bring down Public Debt? Revenue and distributional Effects of a Capital Levy", SOEP Paper 397 (2011), 11). For a Europe-wide analysis of current high levels of wealth inequality see N. Skopek, S. Buchholz, H.-P. Blossfeld, "Wealth inequality in Europe and the delusive egalitarianism of Scandinaivan countries", MPRA Paper No. 35307 (2011).

struggle between interest groups, either ending up in a non-democratic market economy serving the interests of the rich, or in a democratic welfare state violating the rules of the market economy. In the decades preceding the recent financial crisis, he argues that the pendulum swung towards non-democratic neoliberalism which evoked policies of fiscal austerity and deregulation. This compelled the working classes to turn to commercial credit in order to finance their standard of life, thereby creating first a private debt crisis and later a public debt crisis because of government bailouts.[41]

On an empirical level, Philip Lipscy claims that there is a significant correlation between democratic regimes as defined by the Polity IV database[42] and the propensity of banking crises.[43] Accordingly, between 1800 and 2009, states which the Polity IV database classifies as democratic experienced a banking crisis on average every 18 years, autocracies only every 65 years.[44] Lipscy tests these results for certain explanatory factors, namely the ability of democratic regimes to borrow more cheaply, thereby creating bubbles more easily; a higher level of transparency which might trigger bank runs; shorter time-horizons of government executives which might incentivize risky policies; greater liberalization of financial markets because it serves the idea of liberty; and contagion trough open markets.[45] Of these, financial liberalization and open markets emerge as significant factors explaining the propensity of democracies for the onset of financial crises.[46]

3. The crisis as a result of deficient public reasoning

3.1. Hypothesis: correlation between financial crises and deficient public reasoning

The findings about the weak performance of democratic states send an alarming signal. They challenge the promise of democracy elaborated before in chapter 2. Is democracy after all not able to hold its promise to safeguard capabilities better than autocracies? I suppose that the contrary is true.

First, although Lipscy presented a profound study and tested his results about the weak performance of democratic regimes against a number of alternative explanatory variables, there is something that could be said about his test design. For the test of his key hypotheses, Lipscy only has data for the period from 1973 to 1999. Given that

41. W. Streeck, "The Crises of Democratic Capitalism", 71 *New Left Review* (2011) 5-29. Ironically, a similar claim has been brought forward by F.A. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit* (1979, ed. 2003), 404 *et seq.* (chapter 16).
42. Cf. http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm.
43. P.Y. Lipscy, "Democracy and the Financial Crisis", Paper Presented at the Annual Meeting fo the International Political Economy Society, 12 November 2011, 30 (table 2).
44. Ibidem, 18.
45. Ibidem, 7 *et seq.*
46. Ibidem, 34.

he established that financial crises occur in democracies in the mean every 18 years and in autocracies every 65 years,[47] this period might be too short.

Second, and most importantly, Lipscy relies on the concept of democracy as it has been defined for the Polity IV project. This definition emphasizes formal elections, political participation and executive constraints as the main characteristics of democracies. The emphasis on executive constraints might bias the Polity ratings in favor of systems of government exhibiting a US-style balance of power. By contrast, the Polity IV ratings do not take into account data on civil liberties, and blatantly ignore the influence of international and regional human rights courts.[48] The results bespeak the questionable wisdom of such a methodology. Thus, Polity IV rates Greece and Italy as "full democracies", while countries as different as Brazil, France, Ukraine and Kenya find themselves in the inferior category of "democracies". The United States, by contrast, reached the status of a "full democracy" in 1871 and has held it ever since, no matter the lack of universal suffrage and the situation of African Americans at the time, the dire situation of the working class during the Lochner era, or the fact that election fraud was commonplace up until the New Deal era.[49] Those looking for an explanation for the classifications in the country specific assessment reports published on the Polity IV website will be disappointed by short texts containing rough descriptions of the political system and brief summaries of recent political gossip instead of reasoned decisions as to why political participation in a specific country was rated with, say, 9 instead of 10 points.[50]

For these reasons, I suggest that the main reason for the seemingly bad performance of democracies in Lipscy's study is a problematic concept of democracy. According to Sen's theory of public reasoning, democracy is not only about elections, but also, and in fact, mainly, about public reasoning. The actual practice of public reasoning may differ from one institution to another and from one policy to another, even within one and the same state. Therefore, any statement about the propensity of democracies to financial crises is not possible without an analysis of the extent to which the regulation and supervision of financial markets follows the idea of public reasoning in the respective states and time periods.

Following this line of reasoning, the remainder of this paper tries to find support for the hypothesis that the recent financial crisis is correlated with deficits in public reasoning. In fact, a number of important causes which contributed to the banking crisis starting in 2007 can be described as instances of insufficient public reasoning (section 3.2). Likewise, deficits in public reasoning contributed to the sovereign debt

47. Ibidem, 18.
48. Polity IV Project, Dataset Users Manual, 12 *et seq.*, available at http://nd.edu/~mcoppedg/crd/PolityIVUsersManualv2002.pdf.
49. P. Krugman, The Conscience of a Liberal (2007), 21 *et seq.*
50. Cf. http://www.systemicpeace.org/polity/polity06.htm.

crisis in Europe which followed the banking crisis (section 3.3). Beforehand, some caveats are in order. The following analyzes only the financial crisis since 2007. It therefore does not entail a general claim that financial crises were the result of insufficient public reasoning. Also, my analysis is qualitative, not quantitative, i.e. it is difficult to make broad generalizations on that basis.

3.2. Public reasoning and the banking crisis of 2007

By the time of writing, the causes of the banking crisis which started in 2007 with defaults in the money market and reached its peak in September 2008 with the insolvency of Lehman Brothers have been studied extensively. Certainly, the root causes are still under dispute, with liberalization, unethical behavior, overly accommodating monetary politics[51] or irresponsible regulatory decisions allowing poor people to take out loans which they could not afford being among the more frequently mentioned candidates. But whatever may have been the root cause of the crisis, the reasons why it hit so hard and spread so far and so quickly are relatively well understood.[52] I argue that some of the more important factors that have been identified as responsible for this can be understood as deficits in public reasoning.

a) Simplifying indicators for financial regulation

First, financial regulation and supervision made broad use of simplifying indicators which led to important decisions being made on the basis of insufficient information. In the years prior to the crisis, supervisors in Western, developed economies excessively relied on microprudential indicators which aggregate complex fact-patterns into crude binary or numeric data. Examples include capital requirements under the Basel II framework as well as the indicators used to calculate and verify them, such as credit ratings, stress tests, and accounting standards.

The minimum capital requirements concerning credit, market and operational risk stipulated in pillar 1 of Basel II are important tools for prudential supervision. They provide a global minimum standard and establish a level-playing field. Nevertheless, they are only as good as the data which is used for their calculation. Under the so-called standardized approach, credit risk is measured on the basis of credit ratings.[53] Numerous studies have revealed the conflicts of interest inherent in

51. E.g. J. B. Taylor, "The Financial Crisis and the Policy Responses: An Empirical Analysis of What Went Wrong", in Bank of Canada (ed.), *A Festschrift in Honour of David Dodge's Contributions to Canadian Public Policy* (2008) 1-18, available at www.bankofcanada.ca.
52. See, e.g., National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States, *Financial Crisis Inquiry Report* (2011); V.V. Acharya, T. Philippon, M. Richardson and N. Roubini, "A Bird's-Eye View – The Financial Crisis of 2007-2009: Causes and Remedies", in V. V. Acharya and M. Richardson (eds.), *Restoring Financial Stability* (2009) 1-56.
53. Basel Committee, "International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards", Comprehensive Version, June 2006 (hereinafter referred to as Basel II), para. 50 *et seq.*

the business model of rating agencies as well as methodological problems of ratings.[54] Non-impartial, self-interested, intransparent and insufficiently granular credit ratings in turn led to serious misjudgments about the regulatory capital necessary for certain assets such as mortgage-backed securities. Thus, serious flaws in one indicator due to insufficient public reasoning infected another indicator.

Further, pillar 2 of the Basel II framework urges supervisors to go beyond the mere mathematical calculation of regulatory minimum capital under pillar 1 and examine exposure to risks which pillar 1 does not, or not fully, take into account.[55] For example, capital requirements for banks under pillar 1 of Basel II did not include provisions against liquidity risk. This was entirely left to pillar 2.[56] However, supervisors turned a blind eye on this, with fatal consequences. Some authors claim that Northern Rock, Bear Stearns, and Lehman Brothers would not have experienced the sort of difficulties they did had their liquidity risks been taken better care of.[57]

Internal models for the calculation of regulatory capital and stress tests are another instance of simplifying indicators which hamper public reasoning on the part of supervisors. The Basel II framework allowed certain banks to use their own, internal ratings and models for the calculation of capital requirements relating to certain risks.[58] This can be characterized as nothing but a shift from public to private reasoning. Internal models are not rock-solid science, but entail potential pitfalls which even a non-self-interested bank could hardly escape. Most of these models use econometric assumptions, such as value-at-risk. However, value-at-risk calculations are based on a limited amount of historical data for downside events, which might not go back far enough in order to cover rare events of exceptional distress ("fat tails").[59] For this reason, Basel II obliges banks to carry out stress tests as an antidote against the shortcomings of internal models, as well as potential self-interested abuse.[60] In a stress test, a financial firm calculates the value of a given asset portfolio under adverse economic and financial conditions which are unlikely to occur, but not entirely unrealistic. Ironically, though, those stress tests often fell victim to similar problems.[61]

54. E.g. E.I. Altman, T. Sabri Öncü, M. Richardson, A. Schmeits, and L.J. White, "Regulation of Rating Agencies", in V.V. Acharia, T.F. Cooley, M. Richardson and I. Walter, *Regulating Wall Street* (2011) 443-467.
55. Basel II, para. 719 *et seq.*
56. Basel II, para. 741.
57. S. Hanson, A. K. Kashyap and J. Stein, "A Macroprudential Approach to Financial Regulation", 25 *Journal of Economic Perspectives* (2011) 3-28, 12-13.
58. Basel II, para. 211 *et seq.* (regarding the Internal Ratings Based Approach to credit risk); ibidem, para. 718(lxx) *et seq.* (regarding the Internal Models Approach to market risk).
59. In more detail J. R. Aragonés, C. Blanco and K. Dowd, "Incorporating Stress Tests into Market Risk Modeling", *Derivatives Quarterly* (2001) 44-49.
60. Basel II, para. 434 *et seq.* (concerning the Internal Ratings Based Approach to credit risk); Basel Committee, "Revisions to the Basel II market risk framework", February 2011, para. 718(lxxvii) *et seq.* (concerning the Internal Models Approach to market risk).
61. On analogous problems in the context of supervisory stress tests M. Goldmann, "Stress Testing Stress Tests: Challenging the Authority of Indicators of Indicators", Paper Presented at the VIIIth GAL Conference, 14-15 June 2012, Rome, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2083594.

For example, financial firms used stress test scenarios that were not conservative enough. They simulated past crises based on limited historical data and ignored the possibility that future crises might look differently, in particular because of financial innovation.[62] Thus, the "privatization" of public reasoning through internal models and stress tests led to regulatory decisions based on limited information and sometimes non-impartial models. Supervisors did not examine internal models and stress tests carefully enough to counter-balance these effects.

Off-balance sheet items caused further deficits in public reasoning. Once financial firms removed assets from their balance sheet and packed them into so-called special purpose vehicles or conduits, they received capital relief. Basel I required zero regulatory capital for off-balance sheet vehicles, while Basel II granted reductions of capital requirements, demanding sometimes no more than a 20% risk weight.[63] However, those reduced requirements did not take sufficiently into account the fact that financial firms usually extended liquidity and credit enhancement to their off-balance sheet vehicles. This improved the ratings of the vehicles, but it also involved risks, namely the risk that the assets would return to the balance sheet of the financial firm in case the vehicle came into trouble.[64] This is what happened during the crisis, sometimes merely on the basis of implicit guarantees which banks as the sponsors of a vehicle could not escape for reputational reasons.[65] Again, the chosen indicator was misleading. Balance sheets were supposed to provide accurate information about a bank's liabilities, which they fell short of.

Thus, the domestic and international legal frameworks for financial regulation as well as the approach chosen by many supervisors relied heavily on sometimes crudely simple indicators for the assessment of complex fact patterns and granted discretion to the regulated firms which they used in self-interested ways. All this can be described as a lack of public reasoning. The contrasting example of Canada underlines the crucial role of public reasoning: Despite international pressure for liberalization, Canadian regulators and supervisors exercised tight oversight over their banks since the early 1990s, second-guessing their internal risk calculations in in-depth examinations including the board and all supervisory authorities. This comes very close to the ideal of public reasoning, which does not have to be carried out "in the public", since business confidentiality needs to be respected, but which should include representatives of all those affected and exclude decisions justifiable

62. Basel Committee, "Principles for Sound Stress Testing Practices and Supervision", January 2009, 8 *et seq.*
63. Basel II, para. 82 *et seq.*; for credit risk mitigation through collateral, insurance, or else, see also para. 109 *et seq.*
64. V. V. Acharya and P. Schnabl, "How Banks Played the Leverage Game", in V. V. Acharya and M. Richardson (ed.), *Restoring Financial Stability* (2009) 83-100, 85-87.
65. M. Richardson, J. Ronen and M. G. Subrahmanyam, "Securitization Reform", in V. V. Acharya et al. (ed.), (2011) 469-489, 473.

only by self-interest. In the case at hand, it provided Canadian banks with qualitatively better capital and made them very resilient against the 2007 crisis.[66]

b) Non-inclusive decision-making: fragmented regulation and supervision

While financial markets became more and more integrated during the decades preceding the recent crisis, the regulatory and supervisory framework remained characterized by territorial, horizontal and vertical fragmentation.

The regulation of financial markets mostly lay in the hands of non-inclusive institutions which served the interests of their constituencies, but not necessarily of all those affected by their decisions. On the international level, organizations with limited membership and little transparency such as the Basel Committee or IOSCO have been responsible for a great deal of the regulation. Before 2009, the Basel Committee was an exclusive group of central bankers and bank supervisors from 13 developed economies.[67] Nevertheless, their standards have affected people in many countries, because of the integrated nature of financial markets.

To the extent that financial regulation remained subject to the discretion of national legislatures and regulators, it enabled them to produce negative externalities for actors outside their jurisdiction, thereby opening market participants the opportunity for regulatory arbitrage. For example, Lehman Brothers channelled most of its non-retail products through its Swiss subsidiary Lehman International Finance AG, a multibillion company with only 14 employees. Under Swiss law, Lehman was not subject to any capital requirements because it did not engage in retail business in Switzerland.[68] This enabled higher leverage and increased the risks for all market participants, including the retail investors who eventually bought the securities. This shows that fragmented regulators might take decisions which are not well reasoned because they exclude the views of those who might be affected.

Mutual acceptance regimes constitute a similar case of deficient public reasoning through fragmented structures. They enable a regulator to create externalities in another jurisdiction which serve its own self-interest, and without having to ask anyone, or give them reasons, or being in any other way accountable to the affected people. Examples from within the European Union abound. Lehman Brothers preferred the Irish supervisor for its light touch approach, but once the securities

66. On the Canadian approach to regulation, see S. Konzelmann, M. Fovargue-Davies and G. Schnyder, "Varieties of Liberalism: Anglo-Saxon Capitalism in Crisis?" Centre for Business Research Working Paper No. 403 (2010); on Canada's performance due to better quality capital see L. Ratnovski and R. Huang, "Why Are Canadian Banks More Resilient?" IMF Working Paper WP/09/152 (2009), 16.
67. Until 2009, only Belgium, Canada, France, Germany, Italy, Japan, Luxembourg, the Netherlands, Spain, Sweden Switzerland, the UK and the US were members of the Basel Committe.
68. C. Severin "Lehman's langes Begräbnis", Neue Züricher Zeitung, 09/07/2010, http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/lehmans_langes_begraebnis_1.6472110.html.

thus approved had received a "European passport",[69] they were marketable throughout the union. And the freedom of establishment required European supervisors to accept on their territory branches of banks sitting in other member states, even if they were insufficiently supervised, as in the case of Icelandic banks.[70] With respect to non-member states, the European Union eventually decided to require that home states make a consolidated supervision of financial conglomerates in a way that is "equivalent" to EU supervision.[71] However, the "light-touch" approach of the Securities and Exchange Commission, which granted capital relief in exchange for voluntary supervision, transformed unregulated investment banks into "consolidated supervised entity".[72] This sufficed to meet the "equivalence" standard of the European directive. Mutual acceptance regimes thus impoverished the information available to supervisors.

Apart from regulatory arbitrage, the supervision of integrated global financial markets by a large number of dispersed, non-inclusive supervisors with limited competencies also led to a situation in which no-one had an overview of the entire system. It is by now well understood that the lack of systemic (or macroprudential) oversight, on the domestic as well as the global level, facilitated the breakout of the crisis. Supervisors focused on the microprudential supervision of individual firms, but they were neither required to take the perspective of the financial system as a whole and worry about its stability, nor did they have the requisite information.[73] In addition, the composition of pre-crisis supervisors was probably not inclusive enough to allow for successful systemic supervision and to avoid regulatory arbitrage and turf protection.

3.3. Public reasoning and the sovereign debt crisis since 2010

On the one hand, the sovereign debt crisis which has struck European states since the about 2010 was a direct consequence of the preceding banking crisis. On the other hand, however, in some states like Greece, the sovereign debt crisis cannot be blamed on the financial crisis alone. Rather, it was fuelled by a preexisting high level of sovereign debt.[74] As in the case of the banking crisis, there are a number of

69. Art. 17 (1), Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 04/11/2003 OJ L 345/64, 31/12/2003.
70. Financial Services Authority, "The Turner Review", March 2009, 36 *et seq.*
71. Art. 18 (1), Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council of 16/12/2002, OJ L 35/1, 11 February 2003.
72. "Alternative Net Capital Requirements for Broker-Dealers That Are Part of Consolidated Supervised Entities", SEC Release No. 34-49830, 20/08/2004.
73. See only Squam Lake Working Group, "A Systemic Regulator for Financial Markets", Working Paper 4 (2008); H. S. Scott, "Reducing Systemic Risk Through the Reform of Capital Regulation", 13 Journal of International Economic Law (2010) 763-778. This criticism is all but new. Cf. H. Tietmeyer, "International Cooperation and Coordination in the Area of Financial Market Supervision and Surveillance", *Report to the G7 Finance Ministers and Central Bank Governors* (1999), 4.
74. The situation is different for Ireland and Spain, which had relatively low levels of sovereign debt before the crisis, but had to come to the rescue of banks at a time when their real economy was ailing.

indications that deficits in public reasoning may have contributed to the buildup of such debt.

a) Misleading Indicators for Sovereign Debt Management

Since the European Monetary Union (EMU) was established on the premise that member states would not be liable for the debt of each other (Art. 125 TFEU), and given that exchange rates and interest rates as mechanisms for the absorption of macroeconomic imbalances are unavailable in a monetary union, the EMU presupposed (1) macroeconomic and fiscal convergence as an entry requirement,[75] and (2) effective mechanisms for the prevention and correction of imbalances arising after the introduction of, or accession to, the single currency.[76] However, the attainment of both these goals was hampered, amongst other causes, by a lack of public reasoning due to misleading indicators. This contributed to the accumulation of debt of an eventually unsustainable level in some European states.

Regarding the convergence criteria, it appears that some prospective member states of the EMU trimmed their figures with methods which could be characterized as doubtful. For example, among other measures, Italy introduced a special tax in 1997 in order to reduce its government debt. However, the tax merely advanced tax receipts from future years to 1997 and therefore did not substantially alleviate its debt burden. The effective functioning of the preventive and corrective mechanisms in the frame of the Growth and Stability Pact suffered from similar data problems. After the 2009 Greek elections, it turned out that the outgoing Greek government had dramatically understated its budget deficit, which eventually amounted to 15.4% instead of 6-8% as initially revealed.[77] But even so, markets were slow at reacting to this news. It took Moody's until December 2009 to downgrade Greek government debt from A1, the fourth highest rating which classifies short-term debt into prime-1 tier, to grade A2.[78] Those examples are not trivial and reveal a structural transparency problem. As Reinhart and Rogoff observe, the intransparency of government debt or guarantees has been a serious epidemic since long.[79] It is questionable whether government interventions such as prohibitions of covered short sales of sovereign debt fight speculation more effectively than they hamper price discovery.[80]

75. Art. 140 TFEU; Protocol No 13 on the Convergence Criteria, OJ C 115/281, 9.5.2008.
76. Arts. 121, 126 TFEU.
77. For a description of the statistical difficulties, see Eurostat, "Information Note on Greek Fiscal Data", 15/11/2010, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/documents/Report_EDP%20GR%20-%20final.pdf.
78. Moody's, "Moody's downgrades Greece to A2 from A1", 22/12/2009, http://www.moodys.com/research/Moodys-downgrades-Greece-to-A2-from-A1–PR_192460.
79. C.M. Reinhart and K.S. Rogoff, *This Time is Different* (2009), xxxi *et seq.*
80. Cf. M. Brenner and M.G. Subrahmanyam, "Short selling", in V.V. Acharya and Matthew Richardson (eds.), *Restoring Financial Stability* (2009) 269-275.

b) Non-inclusive decision-making

Apart from misleading indicators, the European sovereign debt crisis was spurred by non-inclusive decision-making. One aspect of this the fact that the economic policy coordination envisaged by Art. 121 TFEU, according to which governments should coordinate their economic policy through broad guidelines, did not work. For example, after the introduction of the Euro, Germany froze or even reduced the cost of labor, while it increased in other, less competitive states. In this way, domestic politics caused externalities for the entire Euro area; decisions were taken without effective involvement of, and regard for, all those affected.

More serious is the intergenerational problem. It plays a role not only in the European Union, but in literally every state with a significant level of public debt. The problem consists in the fact that decisions on the assumption of public debt affect not only current tax payers, creditors, and recipients of government funds, but also future generations which need to pay it back. There is thus an intergenerational issue of inclusiveness. Metaphorically speaking, the assumption of sovereign debt amounts to a contract at the expense of a third party.

4. Final remarks

The above considerations reveal that deficits in public reasoning seen to have played a role in the emergence of the 2007 banking crisis and the subsequent European sovereign debt crisis. The analysis provided in this paper is too limited to arrive at definitive results. It would be necessary to extend the analysis and to examine, for example, the South American debt crises of the 1980s and 1990s, taking especially into account the fact that the affected states had sometimes accumulated considerable debt before they turned into democracies. Nevertheless, the identified deficits in public reasoning concern some widely recognized causes of the crisis since 2007. Tentatively, one might therefore argue that the crisis was not caused by the conflict between the irreconcilable rationalities of democracy and market economies, but by a lack of democracy understood as public reasoning.

Moreover, the concept of public reasoning casts doubt on Lipscy's assumptions about the alleged correlation of financial crises and democratic government. The two explanatory hypotheses for which he finds empirical confirmation, liberalization and open markets, are not necessarily outstanding examples for advances in public reasoning. Rather, the liberalization and opening of markets in the 1980s and 1990s occurred in a rather undemocratic fashion. Lipscy rightly points to the pressure for liberalization exercised by Western states through, e.g., the Washington Consensus.[81] Interestingly, a full-scale democracy like Canada could resist this pressure better than some autocratic regimes. Also, the opening of financial markets led to regulatory

81. Lipscy (note 43), 23.

and supervisory fragmentation, which gave regulators, supervisors and market participants the opportunity to produce negative externalities for those outside their respective jurisdiction. On the other hand, Lipscy's finding that increased transparency through democratic governance does not lead to a higher propensity for banking crises[82] is fully in line with the theory of public reasoning.

This tentative conclusion, if confirmed by further research, has immediate normative implications for the design and application of the regulatory framework to be adopted in order to confront the causes of the crisis. For example, it could be taken as a guideline for the regulation of credit rating agencies. Indeed, the European regulation on rating agencies follows already the idea of transparency.[83] Also, supervisors should carefully examine the Canadian model and might be well-advised to adopt similar practices. Most importantly, however, the current regulatory and supervisory fragmentation needs to be overcome. The G20 has tried to function as an umbrella institution, but it is neither inclusive nor particularly transparent, and its success seems moderate so far.

Regarding the issue of sovereign debt, the above considerations emphasize the urgent need for greater transparency. Decisions to incur debt or extend credit should be taken on the basis of sound fiscal data, and by institutions representing the views of all those affected. The Unctad Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing emphasize the significance of transparency in the process of lending and the management of debt.[84] A number of states, especially in South America, have adopted fiscal responsibility laws for exactly this purpose.[85] Beyond transparency, governments need to tackle the difficult issue of the inclusion of future generations. Since they cannot speak for themselves, one option is to implement substantive limits on sovereign borrowing. The Unctad Principles urge governments to weight the costs and benefits of borrowing.[86] On the domestic level, the debt crisis has spurred a lot of creativity regarding the design of deficit brakes which are strict enough to prevent excessive borrowing, and flexible enough to ensure that sudden shocks can be absorbed.[87] Should bad come to worse and a government need to

82. Ibidem, 21.
83. Regulation (EC) No. 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16/09/2009 on Credit Rating Agencies, OJ L 302/1, 17/11/2009.
84. Principles 10, 11, and 13, Unctad Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing (2012), http://www.unctad.info/upload/Debt%20Portal/Principles%20drafts/SLB_Principles_English_Doha_22/04/2012.pdf.
85. Cf. I. Lienert, "Should Advanced Countries Adopt a Fiscal Responsibility Law?", IMF Working Paper WP/10/254.
86. Principle 14, Unctad Principles (note 84).
87. M. Goldmann, "Responsible Sovereign Lending and Borrowing: The View from Domestic Jurisdictions". Comparative Survey Written for the United Nations Conference on Trade and Development (2012), 25 *et seq.*, available at http://www.unctad.info/upload/Debt%20Portal/RSLB_MGoldmann_02-2012.pdf.

reschedule its debt, this should be done in a fair and inclusive setting involving all those affected.[88]

Certainly, all these measures provide little reassurance as to whether crises will actually be prevented or their consequences mitigated. But there is even less reason to believe that non-public, self-interested, intransparent reasoning will yield better results, at least if measured by the extent to which capabilities are realized.

88. Cf. Principles 7 and 15, Unctad Principles (note 84); see also A. v. Bogdandy and M. Goldmann, "Sovereign Debt Restructurings as Exercises of Public Authority: Towards a Decentralized Sovereign Insolvency law", in C. Esposito, Y. Li, J.P. Bohoslavsky (eds.), *Sovereign Debt Restructurings as Exercises of Public Authority: Towards a Decentralized Sovereign Insolvency Law*, forthcoming.

5

Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado: el papel de los principios generales del derecho en la emergencia de un nuevo derecho público global

STEPHAN SCHILL*

Introducción. 1. El derecho internacional de inversiones y sus decepciones. 2. ¿Reforma institucional o adaptación intrasistema? 3. El derecho internacional de inversiones como derecho público. 4. Arbitraje basado en tratados de inversiones como gobernanza global. 5. Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado. 6. Derecho internacional de inversiones y principios generales del derecho público comparado. 7. Consideraciones finales.

Introducción**

El derecho público comparado y los principios generales del derecho público no solo son importantes en el marco de los derechos humanos, de la democracia y de la integración jurídica regional. También importan en el contexto de gobernar las relaciones entre estados y actores privados en el derecho internacional económico, sobre todo en el derecho internacional de inversiones que goza de una creciente atención tanto en el ámbito práctico como académico. Debido al aumento en la cantidad de tratados de inversiones y de arbitrajes al amparo de estos tratados, los académicos del derecho internacional, los abogados, la sociedad civil, los encargados de diseñar políticas públicas en materia de derecho de inversiones, las organizaciones internacionales y los negociadores de tratados de inversiones se enfocan y critican cada vez más

* Investigador Senior en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania); LL.M. en Derecho Económico Europeo e Internacional (Universität Augsburg, 2002); LL.M. en Estudios Legales Internacionales (New York University, 2006); doctorado / Dr. iur. (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, 2008).

** Este capítulo es una version adaptada de un artículo que ha sido elaborado sobre la base de los contenidos de Stephan Schill, International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction, en Stephan Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) p. 3, y traducido al castellano para su publicación bajo el titulo 'Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público Comparado' en Res Publica Argentina. El autor desea agradecer a Marcos D. Garcia Dominguez y Daniela Arrese Ortiz por su trabajo a cargo de la traducción.

este campo del derecho internacional. Al mismo tiempo, el derecho internacional de inversiones no ha recibido aún suficiente atención teórica y, por lo tanto, a menudo no está en condiciones de rebatir las críticas que recibe. Pese a la creciente cantidad de arts. académicos en la materia, su estudio teórico sigue incompleto. Sobre todo, lo que todavía falta es un marco comprensivo para el análisis actual del derecho internacional de inversiones entendido como un todo, así como una explicación convincente de cada una de sus partes. En particular, lo que complica la situación es el enfrentamiento en el derecho de inversiones entre los enfoques provenientes del arbitraje comercial, por un lado, y del derecho internacional público, por el otro.

Como parte del esfuerzo por proveer un marco conceptual para el derecho internacional de inversiones, el presente capítulo conecta el derecho internacional de inversiones con el derecho público comparado como método de desarrollar principios generales del derecho público. Este enfoque se basa en la premisa de que en lugar de sólo estar centrado en fundamentar un orden privado entre los inversores y los Estados receptores de inversiones, el derecho internacional de inversiones tiene una función más amplia, que es proveer un marco legal para un orden económico internacional en el cual las relaciones de inversiones tengan lugar a través del establecimiento de principios de protección de inversiones bajo el derecho internacional que avalen los estándares del estado de derecho en el trato a los inversores extranjeros. A su vez, el arbitraje de inversiones es visto como un mecanismo no sólo para resolver controversias individuales entre los inversores y el Estado, sino también para implementar esos principios del derecho internacional de inversiones, al revisar la legalidad de las conductas estatales. El arbitraje de inversiones es visto, entonces, más como emparentado con la revisión administrativa o judicial que con el arbitraje comercial, pese a que el derecho de inversiones hace uso de los procedimientos arbitrales para resolver las controversias.

Basado en esta premisa, la idea central de este capítulo es abordar los problemas que surgen bajo los tratados de inversiones a través de un método de comparación que se enfoca en el derecho comparado público a nivel nacional, es decir, administrativo y constitucional, y también a nivel internacional. El objetivo es enfatizar, a diferencia de otras tendencias en la disciplina, los aspectos de derecho público en el derecho internacional de inversiones. Esto debería ayudar a hacer el derecho de inversiones más predecible y finalmente contribuye a hacer que esta disciplina de derecho sea más legítima y aceptable para los Estados, los inversores y la sociedad civil. En suma, el método comparado puede ayudar a desarrollar principios generales del derecho público y así contribuir a la emergencia de un nuevo derecho público global.

El presente capítulo ofrece una introducción a los fundamentos conceptuales de la idea de vincular el derecho internacional de inversiones y el derecho público comparado. En primer lugar, se centra en las razones por las cuales son necesarios nuevos enfoques conceptuales para remediar las decepciones que han nacido en relación al

derecho internacional de inversiones y al arbitraje de inversiones (apartado 1). Luego, este capítulo sugiere que dado que una reforma institucional es improbable, la forma más prometedora de aumentar la aceptación, responsabilidad y legitimidad en las relaciones de inversiones es a través de enfoques intrasistema (apartado 2). Estos enfoques deberían resaltar la naturaleza del derecho internacional de inversiones como una disciplina genuina de derecho público, reconociendo las diferencias con el derecho internacional clásico y el arbitraje comercial (apartado 3). Esto es así, especialmente porque las dimensiones de derecho público del derecho internacional de inversiones no están limitadas a un Estado receptor específico, sino que involucran a inversores y Estados en general. El arbitraje al amparo de tratados de inversiones, de esta forma, se convierte crecientemente en un mecanismo de gobernanza global con tribunales arbitrales que moldean y concretizan estándares generales de protección de inversiones, con efectos potenciales en Estados receptores e inversores a nivel global (apartado 4). Finalmente, el derecho público comparado es introducido como un método para guiar y legitimar la interpretación de tratados de inversiones y como una fuente de reforma (apartado 5). Sobre todo, el derecho público comparado puede ser utilizado para desarrollar principios generales del derecho público (capítulo 6).

1. El derecho internacional de inversiones y sus decepciones

Las opiniones sobre el derecho internacional de inversiones están divididas. Desde un punto de vista, es un caso de éxito sin paralelos. Hoy, cerca de cincuenta años después de que Alemania y Pakistán firmaran el primer tratado bilateral de inversiones (TBI),[1] más de 2.700 TBIs, numerosos capítulos de inversiones en acuerdos de libre comercio, al igual que algunos tratados regionales y sectoriales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Tratado sobre la Carta de la Energía, ofrecen una amplia protección a los inversores extranjeros.[2] Al reconocer a los inversores extranjeros derechos sustantivos, incluyendo el trato nacional y la cláusula de nación más favorecida (NMF), el trato justo y equitativo y la protección contra la expropiación sin compensación, y al permitir que esos derechos se puedan hacer valer en procedimientos arbitrales contra los Estados receptores de la inversión,[3]

1. Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 25/11/1959, entrada en vigencia el 28/04/1962.
2. Véase UNCTAD, 'World Investment Report 2010 – Investing in a Low-Carbon Economy' (2010), pp. 81-82, disponible en: <http://unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf>, registrando un total de 2.750 TBIs a finales de 2009. Sobre la historia del derecho internacional de las inversiones véase KJ Vandevelde, 'A Brief History of International Investment Agreements' (2005) 12 UC Davis JLP 157; R Dattu, 'A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment' (2000) 24 Ford ILJ 275.
3. Sobre el contenido de los tratados de inversiones véase, por ejemplo, el libro clásico de R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995). Las controversias son resueltas bajo una variedad de reglas arbitrales, principalmente bajo la Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, firmada el 18/03/1965, 575 UNTS 159 (Convenio CIADI), pero también bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), así también como bajo otros arbitrajes institucionales o ad hoc (véase UNCTAD (nº 2 supra) p. 2).

los tratados de inversiones aspiran a establecer las instituciones necesarias para el funcionamiento de economías de mercado y prometen flujos crecientes de inversiones extranjeras, crecimiento económico y desarrollo tanto en países importadores como exportadores de capital.[4]

Además, a diferencia de las décadas del 1970 y 1980 cuando los países exportadores e importadores de capital estaban irreconciliablemente divididos en cuanto al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, las diferencias ideológicas fundamentales acerca de la conveniencia de la protección a la propiedad bajo el derecho internacional han desaparecido en gran medida.[5] Para atraer inversiones extranjeras, los tratados de inversiones ahora cubren un gran flujo de inversiones no sólo entre el Norte y el Sur, el Este y el Oeste, sino que también entre países desarrollados y entre países en desarrollo. La protección de los tratados de inversiones, en consecuencia, se ha convertido en un fenómeno verdaderamente global que limita las conductas del gobierno *vis-à-vis* inversores extranjeros tanto en los países industrializados como en aquellos en desarrollo.[6]

Al mismo tiempo, el aumento de los tratados de inversiones y de los arbitrajes de inversiones, la interpretación amplia de ciertos derechos de los inversores por parte de algunos tribunales arbitrales y ciertas condenas significativas en contra de Estados han atraído la atención crítica de varios Estados así como de varios grupos de interés público. Aunque estas voces críticas varían en los puntos específicos que señalan y en el tono en que lo hacen, ellas han estimulado una cantidad considerable de literatura que insinúa que el derecho internacional de inversiones puede estar enfrentando una importante "crisis de legitimidad".[7] Señales de esta crisis se ven

4. Sobre la relación entre la inversión extranjera y el crecimiento económico véase por ejemplo H Hansen y J Rand, 'On the Causal Links between FDI and Growth in Developing Countries' (2006) 29 *World Economy* 21; A Chowdhury y G Mavrotas, 'FDI and Growth: What Causes What?' (2006) 29 *World Economy* 9 (sugiriendo la existencia de una causalidad bidireccional entre la inversión extranjera directa y el crecimiento económico).
5. Algunos, sin embargo, ven los recientes desarrollos en ciertos países latinoamericanos como una continuación de las discrepancias fundamentales (véase nº 7 infra). Esas discrepancias, sin embargo, parecen ser en su mayoría la excepción más que la regla.
6. Véase UNCTAD, *South-South Cooperation in International Investment Arrangements* (2005), disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf>. Es controvertido, sin embargo, si los TBIs realmente tienen el efecto de atraer inversiones extranjeras. Compare, por ejemplo, J Tobin y S Rose-Ackerman, 'When BITs Have Some Bite' en RP Alford and C Rogers (eds), *The Future of Investment Arbitration* (2009) p. 131 y T Büthe y HV Milner, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment' en KP Sauvant y L Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (2009) p. 171 (encontrando ambos una correlación positiva entre los TBIs y los flujos de inversiones) con E Aisbett, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation and Causation' en Sauvant and Sachs (nº 6 supra) p. 395 (con la opinion contraria).
7. Véase M Sornarajah, 'A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration' en KP Sauvant (ed), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (2008) pp. 39–45; A Afilalo, 'Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)construction of NAFTA Chapter 11' (2005) 25 Nw JILB 279, 282; SD Franck, 'The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions' (2005) 73 Ford LR 1521; A Afilalo, 'Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis' (2004) 17 Geo IELR 51; CH Brower, 'Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter' (2003) 36 Van JTL 37 (2003); CN

en la reciente denuncia por parte de algunos países latinoamericanos de tratados de inversiones y de la Convención CIADI,[8] en lo que puede ser visto como una reticencia creciente por parte de los Estados a cumplir con órdenes y laudos de los tribunales arbitrales,[9] o en la redefinición de disposiciones substanciales y procedimentales de los tratados de inversiones en formas que reflejan las preocupaciones acerca de las tendencias jurisprudenciales del arbitraje de inversiones, incluyendo pero no limitado a los Estados Unidos.[10] En conjunto, estos acontecimientos indican una cierta reacción adversa contra el derecho y el arbitraje internacional de inversiones,[11] y posiblemente el surgimiento de una crisis latente.

Los países receptores de inversiones están particularmente preocupados por la restricción del espacio para su política doméstica efectuada, a base de estándares vagos de protección de inversiones, por árbitros internacionales que ejercen poderes de interpretación sobre el contenido de las obligaciones bajo tratados de inversiones y que son, *de facto*, capaces de restringir incluso decisiones de política pública tomadas por legisladores elegidos democráticamente. Del mismo modo, algunas organizaciones no gubernamentales critican la falta de control democrático y de responsabilidad de los arbitrajes de inversiones, la inhabilidad de terceras partes de influir en el procedimiento arbitral y el riesgo de que se otorgue preferencia a la protección de inversiones por sobre otros intereses públicos. Los inversores, finalmente, se ven afectados por la falta de una jurisprudencia previsible que resulta, por sobre todo, de la naturaleza del arbitraje como procedimiento de resolución de controversias de única instancia, que no tiene mecanismos institucionales que puedan asegurar consistencia.

Las decepciones relacionadas con el actual sistema internacional de protección de inversiones involucran distintos factores:

Brower *et al.*, 'The Coming Crisis in the Global Adjudication System' (2003) 19 Arb Int 415; CN Brower, 'A Crisis of Legitimacy' Nat'l L. J, 7 October 2002, B9; véase también CN Brower y S Schill, 'Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?' (2009) 9 Chi JIL 471.

8. Bolivia denunció el Convenio CIADI con efecto desde el 03/11/2007. Véase 'Bolivia Denounces ICSID Convention' 46 ILM 973 (2007). El 12/06/2009, el Congreso de Ecuador votó a favor de denunciar el Convenio CIADI. Discusiones acerca de la denuncia al Convenio CIADI también fueron informadas con relación a Nicaragua, Venezuela, y Cuba. Véase ME Schnabl y J Bédard, 'The Wrong Kind of "Interesting"' Nat'l L. J., 30/07/2007. El 30/04/2008, Venezuela comunicó a los Países Bajos su intención de terminar el TBI entre ambos países con efecto desde el 01/11/2008, véase LE Peterson (ed), *Investment Arbitration Reporter* (16/05/2008), disponible en: <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>.

9. Sobre el incumplimiento con laudos arbitrales véase L Mistelis y C Baltag, 'Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices' (2009) 19 Am Rev Int Arb 319, 354–61; véase también C Baltag, 'Enforcement of Arbitral Awards against States' (2009) 19 Am Rev Int Arb 391. A veces los Estados también ignoran otras órdenes de tribunales arbitrales, por ejemplo, con relación a las medidas provisorias. *International Arbitration Reporter* (16 de mayo de 2008), disponible en: <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>.

10. Véase G. Gagné y J-F Morin, 'The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model TBI' (2006) 9 JI Econ L 357, 363; S Schwebel, 'The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law' (2006) 3(2) Trans Disp Man 1, 3–7; M Kantor, 'The New Draft Model U.S. TBI: Noteworthy Developments' (2004) 21 JI Arb 383, 385.

11. Véase M. Waibel *et al.* (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration* (2010).

1. la vaguedad e ambigüedad de los tratados de inversiones que, en base a principios de protección de inversiones formulados en forma muy amplia, restringen la soberanía estatal sin dar a los tribunales arbitrales una guía clara acerca del alcance de las obligaciones asumidas bajo los tratados;
2. el creciente número de interpretaciones contradictorias e inconsistentes de tribunales arbitrales de los principios comunes de protección de inversiones, no sólo bajo diferentes tratados sino también con respecto a casos virtualmente idénticos sometidos a arbitraje bajo el mismo tratado;
3. la fragmentación del derecho internacional de inversiones en diversas decisiones arbitrales y, en consecuencia, la falta de estabilidad y predictibilidad de las decisiones de los tribunales arbitrales tanto para los inversores como para los Estados;
4. la percepción de un sesgo inmanente a favor de los inversores extranjeros y de las inversiones extranjeras por sobre las decisiones legítimas de política pública, tales como la protección de la salud pública, la herencia cultural, estándares laborales o el medioambiente; y
5. las máximas en materia de procedimiento arbitral, particularmente la confidencialidad de los procedimientos y la idea de que la resolución de controversias bajo los tratados de inversiones constituye un proceso dominado por las partes, en el que terceros no parte, aun si son afectados, no tienen voz.

2. ¿Reforma institucional o adaptación intrasistema?

Las soluciones a estas decepciones son diversas. Se centran, sobre todo, en cambios institucionales al arbitraje de inversiones por ser éste el factor más problemático. Aparte de la opción más radical que constituye la salida completa del sistema internacional de protección de inversiones,[12] sugerencias de reformas institucionales abundan y van desde el retorno al arbitraje Estado-Estado, a través de la introducción de un cuerpo de apelaciones común para la revisión de los laudos en materia de arbitraje de inversiones, al establecimiento de una corte internacional permanente para cuestiones de inversiones.

El retorno a un mecanismo de resolución de controversias entre Estados les permitiría a estos no sólo controlar de forma conjunta la composición de los tribunales arbitrales, sino que también filtrar las controversias que se someten a estos tribunales. Aunque este esquema permitiría a los Estados excluir demandas espurias o frívolas, les permitiría igualmente descartar demandas por razones de política exterior. Los inversores extranjeros, en consecuencia, quedarían privados del derecho más importante que les es reconocido bajo los tratados de inversiones, a saber, el derecho a iniciar arbitrajes de inversiones y declarar a los Estados responsables por incumplimientos

12. Véase nº 8 supra.

de los compromisos asumidos bajo los tratados de inversiones sin la intervención del Estado de origen.[13] Un retorno a la protección diplomática podría también re-politizar las relaciones de inversiones internacionales y deshacer un avance crucial por el que el arbitraje internacional de inversiones fue altamente valorado en la década del 1960 cuando se concluyó la Convención CIADI: la despolitización de las controversias de inversiones.[14]

Otra solución consiste en el establecimiento de una corte internacional permanente para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras.[15] Por esta vía se permitiría a los Estados determinar por su cuenta la composición del tribunal y dar, supuestamente, mayor legitimidad a dicha institución. Se sostiene también que la titularidad permanente de los jueces de una corte llevaría a un aumento en la independencia e imparcialidad de los encargados de resolver las controversias, habida cuenta que dichos jueces no necesitarían atender los intereses de potenciales futuras partes que pudieran designarlos. Los árbitros en cambio, sostienen algunos, no serían percibidos de este modo.[16] Finalmente, una corte permanente tendría la ventaja de centralizar el control sobre la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones en una sola institución, reduciendo en consecuencia las inconsistencias y la fragmentación e incrementando la predictibilidad de la jurisprudencia en materia de inversiones.[17] Por la misma razón, en particular para asegurar consistencia, la introducción de un mecanismo de apelación ha sido prevista en algunos TBIs recientes de los Estados Unidos y en una propuesta de la Secretaría del CIADI presentada en 2004.[18]

La propuesta del CIADI, sin embargo, no obtuvo el apoyo de la mayoría de los Estados. Del mismo modo, ninguno de los TBIs recientes de los Estados Unidos ha introducido hasta el momento un mecanismo de apelación. Por consiguiente, la posibilidad de que una corte internacional de inversiones o de que un cuerpo de apelación remplace el sistema actual de arbitraje Estado-inversor parece remota en este momento. Independientemente de los beneficios que una alternativa de este tipo tendría en términos de consistencia, predictibilidad y legitimidad para los mecanismos

13. Véase S. Schill, 'Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in TBI Dispute Settlement' en Waibel *et al.* (nº 11 supra) p. 29.
14. Consúltese IFI Shihata, 'Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA' (1986) 1 ICSID Rev–FILJ 1.
15. Véase, por ejemplo, G Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (2007) pp. 180–4.
16. Véase G Van Harten, 'Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law' en S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010) p. 627. Menos critico en este respecto Brower y Schill (nº 7 supra).
17. Véase Franck (nº 7 supra) pp. 1617-25 (discutiendo la introducción de una corte de apelaciones en materia de arbitraje de inversiones).
18. Véase DA Gantz, 'An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes' (2006) 39 Van JTL 39; CJ Tams, 'An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Mechanism' (2006) 57 *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, disponible en: <http://www.telc.uni-halle.de/Heft57.pdf>.

de resolución de controversias entre Estados e inversores, es improbable que se den reformas institucionales fundamentales en un futuro próximo.

Sin embargo, el sistema de derecho internacional de inversiones muy probablemente continúe enfrentando demandas de mayor transparencia y apertura. Adicionalmente, la aceptación por parte de los Estados de las disposiciones sustantivas de los tratados de inversiones dependerá del alcance con que estos sean aplicados para restringir el espacio de la política gubernamental para regular en nombre del interés público y para fomentar políticas no relacionadas con inversiones. De hecho, el grado en que los tratados de inversiones limitan los poderes regulatorios de un Estado y sujetan el ejercicio de dichos poderes a las demandas por responsabilidad interpuestas por inversores extranjeros puede convertirse en la prueba de fuego para la viabilidad futura del sistema. Asimismo, el derecho internacional de inversiones se verá presionado por demandas de respeto a obligaciones de los Estados en materias no relacionadas con inversiones, como por ejemplo, obligaciones bajo tratados de derechos humanos o tratados de protección del medioambiente. La apertura hacia esos subsistemas del derecho internacional será un criterio igualmente importante en la evaluación crítica del derecho internacional de inversiones.

A diferencia de lo que sugieren las críticas más radicales del derecho internacional de inversiones, aquí se sostiene que un balance adecuado entre la soberanía estatal y la protección de inversiones, entre tribunales domésticos y arbitrales, y entre intereses relacionados a inversiones y aquellos que no lo están, puede ser implementado dentro del sistema actual de protección internacional de inversiones. La razón por la cual las soluciones intrasistema no han sido suficientemente sólidas hasta el momento, está directamente relacionada con la disonancia entre el modelo de arbitraje comercial, que se enfoca en la función del arbitraje de inversiones como método de resolución de controversias individuales entre inversores y Estados, y las funciones de gobernanza que los tribunales arbitrales ejercen más allá de las controversias individuales.

Más aún, a pesar de la creciente atención académica dada al derecho internacional de inversiones, el desarrollo de un marco comprensivo para conceptualizar esta rama del derecho en su relación con otros regímenes del derecho internacional, así como de sus implicancias en los poderes regulatorios del gobierno en materia de políticas públicas, está todavía en una etapa inicial. Esto es así no sólo en un nivel general respecto a la relación entre el derecho internacional de inversiones e intereses no relacionados a inversiones, y el derecho internacional que protege estos últimos, sino que también con respecto al contenido sustantivo del derecho de inversiones, incluyendo muchos de los derechos de los inversores. Después de todo, las decisiones arbitrales conflictivas se deben, nada menos, que al desacuerdo acerca de la correcta interpretación de los conceptos estándar en materia de protección internacional de inversiones.

Así, lo que actualmente es quizá más necesario para poder reaccionar a las críticas es un enfoque teórico que ayude a las partes, a los tribunales y a los comentaristas a clasificar, evaluar y desarrollar la jurisprudencia arbitral en modos que sean sostenibles para el sistema y aceptables para el ambiente en el que ese sistema se desenvuelve. Dicho enfoque intra-sistema dejaría intacta, por sobre todo, la confianza que los inversores han desarrollado *vis-à-vis* el arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias independiente e imparcial y, al mismo tiempo, haría las concesiones necesarias hacia las demandas que vienen desde fuera del derecho internacional de inversiones en términos de transparencia y apertura en cuanto se refiere al respeto por intereses no relacionados con inversiones.

Este capítulo y otros trabajos ya publicados[19] argumentan e ilustran que alcanzar el balance necesario entre la protección de inversiones y otros intereses públicos y atender las demandas de transparencia y apertura en el arbitraje de inversiones es posible si se comprende las significativas implicancias de derecho público presentes en el derecho internacional de inversiones y se lo conceptualiza como una disciplina de derecho público dentro del derecho internacional. Esto no cambia la naturaleza del derecho internacional de inversiones como derecho internacional público, ni remplaza otros enfoques doctrinarios, como los que subrayan la aplicación comprensiva de métodos de derecho internacional general en cuanto a la interpretación de tratados, el análisis y el uso más profundo del derecho internacional consuetudinario que sirve de base o complementa las provisiones de los tratados de inversiones, o el uso de principios de integración sistémica y técnicas de desfragmentación. Se trata, en todo caso, de complementar estos enfoques haciendo al derecho internacional de inversiones más receptivo a la visión del derecho público comparado.

3. El derecho internacional de inversiones como derecho público

Desarrollar un marco conceptual para el derecho internacional de inversiones es una tarea complicada debido a que este campo del derecho combina el derecho internacional como derecho aplicable a las controversias entre Estados e inversores[20] con el arbitraje que, aunque no es desconocido por el derecho internacional para la resolución de controversias entre Estados, es principalmente entendido como mecanismo de resolución de controversias entre privados en el contexto de transacciones comerciales internacionales. Este híbrido tiene por efecto que el derecho internacional de inversiones esté poblado de abogados y académicos con experiencias formativas, profesionales e 'ideológicas' muy diversas: un grupo viene del derecho comercial y

19. Véase S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010).
20. Sin embargo, la ley aplicable no está necesariamente limitada al derecho internacional. Por el contrario, la ley del Estado con frecuencia juega un rol importante en muchos arbitrajes basados en tratados de inversiones. Consúltese Convenio CIADI, Art. 42(1). En general véase O. Spiermann, 'Applicable Law' en P. Muchlinski *et al.* (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008) p. 89.

del arbitraje entre privados, el otro viene del derecho internacional público y de los mecanismos de resolución de controversias entre Estados. Si bien esta combinación ha resultado ser mayoritariamente fructífera en la resolución de controversias de inversiones que son a menudo fáctica y jurídicamente complejas, también ha resultado en un choque cultural entre comunidades epistemológicas diferentes, ya que los abogados que se dedican al derecho comercial y al derecho internacional público suelen tener perspectivas y filosofías diferentes acerca del rol del derecho, del Estado y de la función de los mecanismos de resolución de controversias.

Aunque la realidad es más sutil, pintar en blanco y negro el cuadro permite poner de relieve las diferencias entre los dos grupos. Desde la perspectiva del arbitraje comercial, los árbitros son responsables solamente frente a las partes al momento de resolver una controversia específica y están sujetos únicamente a los límites acordados por las partes. Este pensamiento se basa en lógicas de derecho privado como la autonomía de las partes, la igualdad de las mismas, y la regulación de los negocios mediante contratos comerciales acordados libremente entre las partes. Para los abogados comerciales, el hecho de que una parte de la controversia sea un Estado importa poco.[21] El pensamiento de los abogados especializados en derecho internacional público, por el contrario, se centra más en la característica específica de los Estados soberanos y las responsabilidades específicas que estos tienen hacia su población. Más aún, los abogados de derecho internacional público usualmente verán la resolución de controversias entre inversores y Estados como parte del marco más amplio del derecho internacional, que está más allá del control de las partes. Mientras que aquellos que vienen del arbitraje comercial internacional tienden a subrayar la naturaleza *privada* de la resolución de controversias entre dos partes basada en la autonomía de las partes y apoyada por la confidencialidad, los abogados de derecho internacional público enfatizan la inserción del arbitraje de inversiones en un orden *público* mundial que impone restricciones legales a la conducta de los Estados. Desde esta perspectiva, el arbitraje basado en tratados de inversiones contribuye a los objetivos *públicos* de toda la comunidad internacional.[22]

21. Véase B. Legum, 'Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration' (2005) 60(3) Dispute Resolution Journal 71, 73 (señalando que 'para la mayoría de los abogados internacionales hoy, el arbitraje internacional comercial privado es la única especie del género que ellos han conocido hasta ahora. El modelo de arbitraje privado, de esta forma, se ha convertido naturalmente en el modelo para todo tipo de arbitraje internacional hoy – incluyendo el arbitraje basado en los tratados de inversiones.').
22. Véase por ejemplo TW Wälde, 'The Specific Nature of Investment Arbitration' en P. Kahn y TW Wälde (eds), *Les Aspects Nouveaux du Droit des Investissements Internationaux/New Aspects of International Investment Law* (2007) pp. 43, 112 *et seq.*; Van Harten (nº 15 supra) pp. 58 *et seq.*; G. Van Harten and M. Loughlin, 'Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law' (2006) 17 EJIL 121, 145–50 (subrayando la naturaleza pública del arbitraje basado en los tratados de inversiones). Véase también *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina* Caso CIADI Nº ARB/04/14, Laudo, 08/12/2008, para 160: 'El Convenio CIADI… combina un sistema de derecho público de responsabilidad del Estado con el arbitraje privado'; *Glamis Gold Ltd c. Estados Unidos* CNUDMI/TLCAN, Laudo, 08/06/2009, paras 3–9, señalando en el para 5 que el 'Capítulo 11 del TLCAN contiene un sistema público importante de protección a la inversión privada'.

La solución de las tensiones resultantes de la interacción entre abogados de derecho privado y abogados de derecho internacional público en los arbitrajes de inversiones, sin embargo, no deberían derivar en batallas ideológicas. Ambos grupos contribuyen con su experiencia específica al derecho internacional de inversiones y a la resolución de controversias entre inversores y Estados: conocimiento del derecho internacional y experiencia en ciertos aspectos de las relaciones internacionales y en la resolución de controversias que involucran a Estados soberanos en el caso de los abogados de derecho internacional público; un entendimiento de las transacciones comerciales internacionales y de las prácticas en el mundo de los negocios y una íntima familiaridad con el procedimiento arbitral, incluyendo experiencia en complejas determinaciones fácticas, en el caso de los abogados especialistas en arbitraje comercial.[23]

Más aún, ni una comprensión pura de derecho internacional de la resolución de controversias entre inversores y Estados ni una comprensión pura de derecho comercial son suficientes en si mismas para entender las características específicas del derecho internacional de inversiones. Al contrario, existen diferencias fundamentales tanto con el derecho internacional público tradicional en tanto ley aplicable a la resolución de controversias entre Estados, como con el derecho y el arbitraje comercial.

El derecho internacional de inversiones difiere del derecho internacional público tradicional en relación a su función. Aunque el derecho internacional tradicional tenía reglas sobre la protección a las inversiones extranjeras como parte del estándar mínimo de protección del derecho consuetudinario internacional y de la protección diplomática,[24] éste continuó siendo la ley aplicable a las relaciones entre Estados.[25] Las controversias acerca de los límites del poder estatal sobre los inversores extranjeros fueron primero competencia de las cortes domésticas de cada Estado y sólo posteriormente pasaron a ser controversias entre Estados, ya sea ante un tribunal internacional o por medio de arbitraje interestatal.[26] El derecho internacional clásico,

23. Véase CN Brower, 'W(h)ither International Commercial Arbitration? – The Goff Lecture 2007' (2008) 24. Arb Int 181, 191–4 (2008).
24. Exhaustivamente sobre la protección diplomática, véase CF Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008).
25. El *locus classicus* es el caso *The Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Gran Bretaña)* Sentencia, 30/08/1924, PCIJ Series A, Nº 2 (1924) 12: 'En el caso de las concesiones de Mavrommatis es verdad que la controversia en el comienzo fue entre un sujeto de derecho privado y un Estado – específicamente entre M. Mavrommatis y Gran Bretaña. Posteriormente, el gobierno griego tomó el caso. La controversia entró así en una nueva fase, entró en el domino del derecho internacional, y se convirtió en una controversia entre dos Estados. … Es un principio elemental del derecho internacional que un Estado tiene derecho a proteger a sus ciudadanos, cuando ellos son dañados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción a través de los canales ordinarios. Al tomar el caso de uno de sus ciudadanos y recurrir a los canales diplomáticos o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, un Estado en realidad está haciendo valer sus propios derechos – su derecho a asegurar, en la persona de sus súbditos, el respecto por las normas del derecho internacional.'
26. Véase CH Brower, 'The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law' (2008) 18 Duke JICL 259, 265–91 (2008); C Grey and B Kingsbury, 'Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945' (1992) 63 BYBIL 97.

por tanto, no afectaba directamente las relaciones entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de inversiones.

El derecho internacional de inversiones moderno, en cambio, se caracteriza por otorgar a los inversores extranjeros un derecho privado a accionar, permitiéndoles iniciar arbitrajes, principalmente por daños,[27] directamente contra el Estado receptor en un foro internacional, resultando, de ser exitoso, en un laudo ampliamente ejecutable bajo el Convenio CIADI[28] o bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la 'Convención de Nueva York').[29] Este derecho a accionar está basado en el consentimiento estatal futuro y generalizado de someter a arbitraje cualquier asunto comprendido dentro del ámbito de aplicación de un tratado de inversiones.

En comparación al derecho internacional público tradicional y su sistema de protección diplomática, actualmente los Estados conservan mucho menos control sobre la resolución de controversias y la ejecución de obligaciones adquiridas bajo los tratados de inversiones. Mientras que bajo el sistema de protección diplomática los Estados podían, en mayor medida, controlar los tipos de controversias que eran litigadas, la introducción de un derecho de naturaleza privada de los inversores extranjeros para someter cuestiones a arbitraje ha traído un cambio fundamental en esta materia. La ejecución privada del derecho internacional de inversiones, junto con la limitada influencia de los Estados en el proceso arbitral, sus limitados poderes para revisar los laudos arbitrales y el amplio poder de los inversores para ejecutar laudos en todo el mundo, ha resultado en lo que apropiadamente ha sido llamado un 'cambio de paradigma en el derecho internacional de inversiones'.[30] Asimismo, ha transferido un considerable poder de los Estados hacia los inversores extranjeros y los tribunales arbitrales.

Como señaló Thomas Wälde en su Opinión Individual en *International Thunderbird Gaming c. México*:

> … mientras que el derecho internacional público todavía provee los principales principios... uno necesita tener presente que los tratados de inversiones… tratan con un contexto significativamente diferente de aquel concebido por el derecho internacional público tradicional: en su centro yace el derecho de un actor privado a someterse a arbitraje

27. El principal remedio buscado por los inversores extranjeros es el pago de compensación por daños derivados de la violación de las obligaciones basadas en tratados de inversiones, aunque otros remedios, incluyendo la restitución de bienes, o la cesación de conductas ilegales, son posibles. Véase C. Schreuer, 'Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration' (2005) 20 Arb Int 325.
28. Véase Convenio CIADI, Art. 54(1): '*Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado*'.
29. Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York el 10/06/1958, 330 UNTS 38.
30. C. Schreuer, 'Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht' en W. Hummer (ed.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende* (2002) p. 237.

> contra un gobierno (extranjero) respecto a una conducta gubernamental que afecta al inversor. Esa es una diferencia fundamental respecto al derecho internacional público, que está basado en la resolución de controversias entre Estados soberanos y donde los sujetos privados no tienen legitimación activa. Por tanto, las analogías con el derecho internacional interestatal tienen que ser tratadas con precaución.[31]

Si bien el derecho internacional de inversiones permanece firmemente inserto en el derecho internacional público, la introducción de un derecho del inversor a iniciar un arbitraje transforma el derecho internacional de inversiones de un conjunto de normas subsidiarias en un marco legal fundamental que gobierna directamente las relaciones entre inversores y Estados. Funcionalmente, por tanto, el derecho internacional de inversiones y el arbitraje difieren de los mecanismos del derecho internacional público tradicional al regir las relaciones entre inversores privados y Estados.

El arbitraje internacional de inversiones también difiere fundamentalmente del arbitraje comercial. Ciertamente, el arbitraje basado en tratados de inversiones se asemeja al arbitraje comercial internacional en varios aspectos:[32] se inicia, al igual que el arbitraje comercial internacional, con la demanda que una parte privada presenta ante un tribunal arbitral; utiliza reglas procedimentales que están hechas ya sea directamente para el arbitraje comercial o que fueron diseñadas tomando como base el modelo del arbitraje comercial, con relación a, entre otros, la constitución del tribunal, las reglas aplicables al procedimiento, la producción de prueba, la emisión del laudo, etc.; y, finalmente, los laudos emitidos en el marco de arbitrajes basados en tratados de inversiones pueden ser ejecutados en forma similar a aquellos dictados en el marco de un arbitraje comercial.[33] Las características procesales esenciales del arbitraje basado en tratados de inversiones y el arbitraje comercial internacional, por tanto, coinciden.

Sin perjuicio de ello, el arbitraje basado en tratados de inversiones difiere del arbitraje comercial en varios aspectos, principalmente, en el objeto de las controversias, la relación entre las partes, la naturaleza de las obligaciones en juego y la naturaleza y alcance del consentimiento del Estado receptor al arbitraje.[34] En primer lugar, a diferencia de las controversias comerciales, el arbitraje basado en tratados de inversiones regularmente involucra cuestiones acerca del alcance y límites del poder regulatorio del Estado receptor, incluyendo, por ejemplo, controversias concernientes a los límites de los poderes de emergencia,[35] la supervisión en materia regulatoria de

31. *International Thunderbird Gaming Corp c. Estados Unidos Mexicanos* CNUDMI/TLCAN, Laudo Arbitral, 26/01/2006, Opinión Individual de Thomas Wälde, para 13.
32. Véase Van Harten y Loughlin (nº 22 supra) pp. 139–40.
33. Véase nº 28 y 29 supra.
34. Véase Van Harten y Loughlin (nº 22 supra) pp. 140–5.
35. Véase por ejemplo *CMS Gas Transmission Co c. República Argentina* Caso CIADI Nº ARB/01/8, Laudo, 12/05/2005; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc c. República Argentina* Caso CIADI Nº ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 03/10/2006; *Sempra Energy International c. República Argentina* Caso CIADI Nº ARB/02/16, Laudo, 28/09/2007; *Enron Corp and Ponderosa Assets, LP c. República*

las compañías de servicios públicos y las tarifas que cobran,[36] el control y prohibición de sustancias dañinas,[37] la protección de bienes culturales,[38] o la implementación de políticas antidiscriminatorias.[39] Dado que una de las partes en la controversia no es un sujeto comercial privado, los laudos basados en tratados de inversiones, por tanto, son más propensos a afectar directamente a la población del Estado receptor, porque éste, en orden a cumplir con sus obligaciones internacionales, debe adaptar su comportamiento para evitar asumir la responsabilidad. Ejemplos de esta situación es la autorización de mayores tarifas por servicios públicos básicos aunque aquello signifique cortar el acceso de parte de su población a ese servicio,[40] o el control y prohibición del uso de sustancias nocivas, dejando sin efecto políticas regulatorias generales, etc. Las obligaciones basadas en tratados de inversiones y las decisiones de los tribunales arbitrales en esta materia podrían, en consecuencia, afectar directamente las características socioeconómicas del Estado receptor. En relación a la materia de los arbitrajes, las controversias basadas en tratados de inversiones, en otras palabras, con frecuencia involucran al derecho público en lugar de cuestiones de derecho privado. Esto también explica las repetidas demandas por un aumento en la responsabilidad de los tribunales arbitrales y por más legitimación democrática en el arbitraje sobre inversiones,[41] así como por más accesibilidad y transparencia en los procedimientos, para que así la población del Estado receptor esté informada sobre la conducta de su gobierno y la de los tribunales arbitrales.

En segundo lugar, el arbitraje basado en tratados de inversiones involucra obligaciones de diferente naturaleza en comparación a aquellas tratadas por arbitrajes

Argentina Caso CIADI Nº ARB/01/3, Laudo, 22/05/2007; *BG Group plc c. República Argentina* CNUDMI, Laudo Final, 24/12/2007; *Continental Casualty Co c. República Argentina* Caso CIADI NºARB/03/9, Laudo, 05/09/2008; *National Grid plc c. República Argentina* CNUDMI, Laudo, 03/11/2008.

36. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. República Unida de Tanzania* Caso CIADI Nº ARB/05/22, Laudo, 24/07/2004; *Aguas del Tunari SA c. República de Bolivia* Caso CIADI Nº ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 21/10/2005.

37. *Methanex Corp c. US* CNUDMI/TLCAN, Laudo final del Tribunal sobre la Jurisdicción y el Fondo, 03/08/2005; *Chemtura Corp (formely Crompton Corp) c. Canadá*, TLCAN, Laudo, 02/10/2010.

38. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. República Árabe de Egipto* Caso CIADI Nº ARB/84/3, Laudo sobre el fondo, 20/05/1992; *Glamis Gold c. Estados Unidos* (nº 22 supra).

39. *Piero Foresti, Laura de Carli and ors c. República de Sudáfrica* Caso CIADI Nº ARB(AF)/07/1, Laudo, 04/08/2010.

40. Sobre controversias relativas al agua en el marco del arbitraje internacional, véase J. Vinuales, 'Access to Water in Foreign Investment Disputes' (2009) 21 Geo IELR 733.

41. Consúltese B. Choudhury, 'Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?' (2008) 41 Van JTL 775; véase también D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (2008); GH Sampliner, 'Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties – A Threat to Democracy or the Dog that Didn't Bark?' (2003) 18 ICSID Rev–FILJ 1. Los cambios de 2006 a las reglas CIADI son una consecuencia de los repetidos reclamos por una mayor transparencia en el arbitraje inversor-Estado, *inter alia*, exigiendo al CIADI que publique 'extractos del razonamiento legal del tribunal', véase ICSID, r 48(4), y permitiendo a los tribunales hacer públicas las audiencias, véase CIADI, r 32(2), y admitir presentaciones de *amicus curiae*, véase ICSID, r 37(2). Sobre estos cambios, véase A. Antonietti, (The 2006 Amendments of the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules) (2007) 21 ICSID Rev–FILJ 427.

comerciales. Los derechos invocados por un inversor extranjero no se originan en un contrato libremente negociado, sino en obligaciones que el Estado receptor ha asumido bajo un tratado internacional con el Estado de origen del inversor extranjero. En tercer lugar, la relación entre las partes en el arbitraje basado en tratados de inversiones difiere de la relación entre las partes en casos comerciales. Mientras que las relaciones comerciales entre los actores privados se caracterizan por la igualdad de las partes, los inversores extranjeros y los Estados receptores están ubicados en una relación jerárquica. En principio, los Estados, a diferencia de los sujetos comerciales, son por tanto capaces de imponer unilateralmente decisiones vinculantes sobre un inversor extranjero por medio de resoluciones administrativas o legislativas.

Finalmente, el consentimiento del Estado receptor al arbitraje en las controversias basadas en tratados de inversiones es de distinta naturaleza a aquel otorgado en un contexto comercial. La jurisdicción arbitral en los arbitrajes basados en tratados de inversiones no tiene fundamento en un contrato, sino que involucra una oferta unilateral de un Estado receptor, efectuada en un tratado de inversiones en forma generalizada y prospectiva,[42] que cualquier inversor cubierto por las disposiciones del tratado puede iniciar el arbitraje. Debido a esta 'oferta pública de arbitraje' efectuada por el Estado,[43] el arbitraje basado en tratados de inversiones ha sido célebremente denominado '*arbitration without privity*' (arbitraje sin contrato).[44] Así entendido, el arbitraje de inversiones es esencialmente un proceso de adjudicación para resolver controversias entre inversores y Estados que sigue un procedimiento predeterminado e involucra la aplicación de reglas sustantivas preexistentes, similares a aquellas involucradas en el caso del sometimiento de un Estado a la jurisdicción de un tribunal internacional de derechos humanos o a la revisión judicial administrativa o constitucional a nivel interno.[45] El arbitraje basado en tratados de inversiones, en otras palabras, no es un arbitraje clásico donde las partes tienen control total sobre la resolución de la controversia, por ejemplo, al elegir la ley aplicable, al elegir que no se aplique derecho alguno, o al establecer los estándares de prueba, etc.[46] Por el contrario, este tipo de arbitraje involucra un control de legalidad de la conducta estatal bajo el tratado de inversiones aplicable.

42. Sobre los aspectos específicos del consentimiento estatal en los tratados de inversiones modernos, véase B. Legum, 'The Innovation of Investor-State Arbitration under NAFTA' (2002) 43 Harv ILJ 531.
43. Véase B. Cremades, 'Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment--Protection Treaties' en R. Briner (ed), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century* (2001) p. 149; A. Bjorklund, 'Contract without Privity: Sovereign Offer and Investor Acceptance' (2001) 2 Chi JIL 183.
44. J. Paulsson, 'Arbitration Without Privity' (1995) 10 ICSID Rev–FILJ 232.
45. Véase SD Franck, 'International Arbitrators: Civil Servants? Sub Rosa Advocates? Men of Affairs?: The Role of International Arbitrators' (2006) 12 ILSA JICL 499, 503–4.
46. En general véase J. Paulsson, 'International Arbitration Is Not Arbitration' (2008) Stockholm International Arbitration Review 1.

Thomas Wälde en su Opinión Individual en *International Thunderbird Gaming c. México* observó lo siguiente:

> Aunque se utilizan las formalidades y procedimientos del arbitraje internacional comercial, para la aplicación de esas reglas, uno necesita tener presente que su propósito es gobernar el procedimiento, pero no inyectar principios sustantivos, reglas y conceptos legales utilizados en el arbitraje comercial internacional a las cualitativamente diferentes controversias de inversiones entre un inversor extranjero y un Estado receptor. El arbitraje comercial internacional asume que hay partes aproximadamente iguales que se involucran en sofisticadas transacciones comerciales transnacionales. El arbitraje de inversiones es fundamentalmente diferente del arbitraje comercial internacional. Éste rige la situación de un inversor extranjero expuesto a la soberanía y a los poderes regulatorios, administrativos y otros del Estado. El inversor se encuentra frecuente, o casi mayoritariamente, en una posición de debilidad estructural, con frecuencia exacerbada por la inexperiencia (en particular en el caso de pequeños empresarios que invierten). El arbitraje de inversiones por tanto no establece un sistema de resolución de controversias entre partes que se presumen iguales como en un arbitraje comercial, sino que un sistema de protección de inversores extranjeros que están en desventaja al estar expuestos a riesgos políticos, al no estar familiarizados ni integrados en un sistema político, social, cultural, comercial, institucional y legal extranjero. Los principios legales y las aproximaciones metodológicas para examinar la situación de hecho, hábitos, instintos naturales y estilos del arbitraje comercial, por tanto, no son guías adecuadas para el arbitraje de inversiones.[47]

En cambio, en vista del consentimiento prospectivo al arbitraje por parte de los Estados receptores en beneficio de los actores privados y del tipo de materias en juego, por ejemplo determinar la conformidad de la conducta estatal con los estándares establecidos en un acuerdo internacional, la resolución de controversias bajo los tratados de inversiones puede ser comparada analógicamente de mejor forma con la revisión judicial de la conducta estatal bajo el derecho administrativo (y constitucional) a nivel nacional o con la revisión judicial internacional. Nuevamente, en palabras de Thomas Wälde en su Opinión Individual en *International Thunderbird Gaming c. México*:

> … más apropiado para el arbitraje entre un inversor y un Estado son las analogías con la revisión judicial de la conducta estatal – ya sea revisión judicial internacional (como la practican los paneles y el Órgano de Apelación de la OMC, o las Cortes Europea o Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) o las cortes administrativas nacionales que juzgan las controversias de ciudadanos individuales sobre supuestos abusos por parte de entes públicos de sus facultades gubernamentales. En todas esas situaciones, está en discusión el abuso del poder gubernamental hacia un sujeto de derecho privado que confió y pudo confiar legítimamente en las garantías gubernamentales que recibió; en el arbitraje comercial, por otro lado, lo que está en juego

47. *International Thunderbird Gaming c. Mexico*, Opinión Individual de Thomas Wälde (nº 31 supra) para 12.

> es más bien la interpretación de buena fe de las disposiciones contractuales. El abuso de los poderes gubernamentales no está en juego en el arbitraje comercial, pero está en el centro de los estándares de buen gobierno materializados en los tratados de protección de inversiones. La cuestión es evitar que el gobierno abuse de su rol de soberano y regulador después de haber contraído compromisos.[48]

Desde esta perspectiva, el derecho internacional de inversiones constituye una disciplina de derecho público, porque impone restricciones al ejercicio de poderes estatales *vis-à-vis* los inversores extranjeros. El arbitraje basado en tratados de inversiones, a su vez, es funcionalmente análogo a la revisión judicial administrativa o constitucional. En un cierto sentido, escapa a las clasificaciones en categorías puras de derecho internacional clásico, derecho público interno, o derecho y arbitraje comercial: es derecho internacional en lo que respecta a sus fuentes, comparable al derecho administrativo o constitucional en su función limitadora de la conducta gubernamental *vis-à-vis* los inversores privados, y está relacionado con el arbitraje comercial en lo que respecta a la forma de resolución de las controversias y a la comunidad profesional en la que se apoya.

4. Arbitraje basado en tratados de inversiones como gobernanza global

Las dimensiones públicas del derecho internacional de inversiones no están limitadas al aspecto restrictivo de la acción gubernamental en pos de los derechos individuales. Las dimensiones públicas emergen también en relación con la segunda función principal del derecho público, a saber su función de otorgar legitimidad y responsabilidad al ejercicio del poder público.[49] Esta dimensión pública se torna visible si el foco se mueve hacia los tribunales arbitrales y el efecto que su actividad tiene más allá de la resolución de una controversia específica entre un inversor y un Estado. En particular, las decisiones arbitrales no sólo tienen efectos para el Estado receptor, esto es, al generar inquietudes acerca de la responsabilidad y legitimidad en relación con la población del Estado receptor; el arbitraje basado en tratados de inversiones produce también efectos para inversores y Estados que no son parte ni de los procedimientos específicos ni del tratado de inversiones en cuestión. Esta perspectiva demuestra que las preocupaciones sobre responsabilidad y legitimidad en el arbitraje basado en tratados de inversiones son mucho más amplias y conciernen al arbitraje basado en tratados de inversiones considerado como un mecanismo de gobernanza global.

A primera vista, entender al arbitraje basado en tratados de inversiones como un mecanismo de gobernanza global parece sorprendente, pues inversores y Estados que

48. Ibidem para 13.
49. Véase A. von Bogdandy *et al*., 'Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities' (2008) 9 German Law Journal 1375, 1380.

no son parte del juicio y que no son afectados por el no deberían estar interesados, menos aún preocupados, por procedimientos arbitrales entre partes totalmente no relacionadas. De hecho, el derecho de inversiones sustantivo y procesal está estructurado para evitar efectos sobre terceros: el derecho internacional de inversiones no sólo está consagrado en tratados *bilaterales*, sino que varios tratados categóricamente deniegan toda importancia a los laudos arbitrales como precedentes en futuros arbitrajes.[50] Sin embargo, la realidad es diferente y exhibe numerosas maneras en las cuales inversores y Estados que no forman parte de una controversia son afectados por arbitrajes entre partes totalmente no relacionadas, precisamente porque el arbitraje basado en tratados de inversiones ha desarrollado un sistema fuerte de precedentes, aunque éste no sea vinculante.

Partiendo de la base que los laudos basados en tratados de inversiones, a diferencia de sus contrapartes en el arbitraje comercial, se hacen con frecuencia conocidos públicamente y rápidamente accesibles vía Internet y en revistas de derecho,[51] estos se transforman en un punto central alrededor del cual las expectativas normativas de los inversores y los Estados, así como también de aquellos que actúan como abogados y árbitros, emergen con relación a la futura elaboración de las decisiones de los tribunales arbitrales. Aquellos involucrados en arbitrajes basados en tratados de inversiones, en otras palabras, tienen expectativas, acerca de cómo los tratados de inversiones serán y deberían ser aplicados e interpretados en el futuro, que están basadas en cómo estos han sido aplicados e interpretados en el pasado.[52] Significativamente, este proceso de

50. Véase TLCAN, Art. 1136(1), que dispone que: 'El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.' De igual forma, Convenio CIADI, Art. 53(1) dispone que: 'El laudo será obligatorio para las partes', lo que quiere decir que *sólo* es obligatorio para ellas. Véase *AES Corp c. República Argentina* Caso CIADI N.º ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción, 26/04/2005, para 23; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de las Filipinas* Caso CIADI Nº ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 29/01/2004, para 97, todos ellos sosteniendo que el Convenio CIADI no impone la autoridad vinculante de los precedentes CIADI anteriores. Véase también C. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary* (2. ed, 2009) Art. 53, para 16, señalando que en los trabajos preparatorios del Convenio CIADI no hay nada que sugiera la aplicación de la regla del *stare decisis*.

51. Los laudos emitidos en una controversia basada en un tratado de inversiones se hacen públicos ya sea porque las partes lo acuerdan, porque el CIADI publica extractos del razonamiento del laudo bajo la regla CIADI, r. 48(4), que requiere que el Centro en el caso de ausencia de consentimiento de las partes incluya 'prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal', porque los laudos que no son del CIADI se hacen públicos al pedir una de las partes del arbitraje la nulidad o al oponerse a su ejecución, o porque se filtran al conocimiento público. Los laudos de arbitraje comercial, por el contrario, permanecen en su mayoría confidenciales y por tanto puramente privados, aunque el razonamiento de los laudos también es publicado a veces en los informes de arbitraje comercial. Pese a ello, esas publicaciones son mucho menos sistemáticas que las de los laudos arbitrales bajo tratados de inversiones.

52. Consúltese también sobre el surgimiento de expectativas en referencia a la aplicación de y no aplicación justificada de precedentes, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, 04/10/1996, 14, observando que: 'Los informes de los paneles son una parte importante del *acquis* del GATT. Ellos son frecuentemente considerados por paneles posteriores. Ellos crean expectativas legitimas entre los miembros de la OMC, y, por tanto, deberían ser considerados cuando son relevantes para resolver una controversia. Sin embargo, no son vinculantes, excepto en lo que respecta a la resolución particular del caso entre las partes de esa controversia.'

generación de expectativas normativas ocurre, en cierta medida, independientemente de si los laudos anteriores involucraban al mismo o a otros tratados de inversiones.

Los inversores y los Estados, a su vez, incorporan estas expectativas a los procedimientos arbitrales al citar activa y comprensivamente decisiones arbitrales previas. Las partes, en otras palabras, tiene la expectativa que los tribunales decidan los casos no mediante una interpretación abstracta del TBI aplicable, sino mediante la integración de sus interpretaciones dentro del marco discursivo creado por laudos previos basados en tratados de inversiones en general.[53] Los tribunales arbitrales, finalmente, reaccionan ante estas expectativas[54] y, al elaborar sus decisiones en sentido concordante, participan activamente en la construcción de un sistema de precedentes que excede a cada tratado. Esto tiene como efecto que las decisiones arbitrales crecientemente elaboran reglas de derecho internacional de inversiones que exceden a cada tratado y, por tanto, funcionan como mecanismos de gobernanza global.[55] Esto es significativamente diferente al arbitraje comercial, donde el punto central en la elaboración de decisiones arbitrales alrededor del cual se unen las expectativas normativas es usualmente la ley nacional de un Estado tal como es entendida en las interpretaciones de las cortes nacionales.[56] En el arbitraje basado en tratados de inversiones, en cambio, las expectativas normativas están basadas en la jurisprudencia arbitral misma.

El impacto de los laudos arbitrales también se puede ver en ciertas reacciones de terceros Estados que no forman parte de una controversia. En la medida en que estos están en desacuerdo con ciertas líneas de jurisprudencia arbitral, ocasionalmente responden a las decisiones arbitrales rediseñando sus tratados de inversiones, aunque la decisión con la que están en desacuerdo concierne un tratado no relacionado.[57]

53. Véase por ejemplo *AES c. Argentina* (nº 50 supra) para 18 (observando que el inversor se basó en laudos anteriores 'en mayor o menor medida como si fueran precedentes vinculantes [tendiendo] a decir que las objeciones de Argentina a la jurisdicción de este Tribunal son puramente académicas e incluso inútiles dado que esos tribunales ya han determinado la repuesta a idénticas o similares objeciones a la jurisdicción').
54. Véase por ejemplo *El Paso Energy International Co c. República Argentina* Caso CIADI Nº ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27/04/2006, para 39 (sosteniendo que el Tribunal 'seguiría la misma línea [que en laudos anteriores], especialmente desde que ambas partes, en sus alegatos escritos y orales, se han apoyado fuertemente en precedentes').
55. Véase B. Kingsbury y S. Schill, 'Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality, and the Emerging Global Administrative Law', IILJ Working Paper 2009/6 (Global Administrative Law Series), disponible en: <http://www.iilj.org/publications/documents/2009-6.KingsburySchill.pdf>.
56. La *lex mercatoria* como un cuerpo de derecho no nacional que se aplica en el comercio internacional, por supuesto, es una excepción en este respecto. Aquí, al igual que en el caso del arbitraje basado en tratados de inversiones, las expectativas que parten de un análisis normativo se desarrollan a base de decisiones de tribunales arbitrales que no tienen el apoyo comprensivo en el derecho nacional de los Estados.
57. La interpretación de las cláusulas de NMF por el Tribunal en *Emilio Agustín Maffezini c. España* Caso CIADI Nº ARB/97/7, Decisión del Tribunal respecto a las Objeciones a la Jurisdicción, 25/01/2000, paras 38-64, por ejemplo, ha ocasionado que Estados que no tienen relación con el caso incluyan cláusulas 'anti-Maffezini' en sus tratados de inversiones. Véase Draft of the Central America-United States Free Trade Agreement, Art. 10.4(2), nota 1, de fecha 28/01/2004, disponible en: <http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/Chap10_e.pdf>. En sentido similar, las interpretaciones amplias del trato justo e equitativo, o del concepto de expropiación indirecta, han conducido a varios Estados, incluyendo a los Estados Unidos, a introducir redacciones más restrictivas de las respectivas disposiciones en sus TBIs más recientes. El

Esta es tan solo otra faceta de las expectativas de los Estados sobre el funcionamiento del arbitraje basado en tratados de inversiones como un sistema integral que tiene efectos de gobernanza más allá de la controversia individual.

El principal medio para crear estándares generales de derecho internacional de inversiones, independientes de tratados individuales, es el precedente arbitral. Aunque no existe un sistema de precedentes vinculantes en el arbitraje basado en tratados de inversiones,[58] uno puede encontrar referencias a jurisprudencia anterior sobre tratados de inversiones en prácticamente todos los laudos o decisiones posteriores.[59] En efecto, las 'citas a fuentes supuestamente subsidiarias, como las decisiones judiciales, incluyendo los laudos arbitrales, predominan'[60] no solo en términos cuantitativos; ellas también reflejan el impacto cualitativo de los precedentes en los laudos posteriores, en particular cuando se trata de interpretar y aplicar los derechos sustantivos estándar de los inversores contenidos en prácticamente todos los TBIs.[61]

Por ejemplo, al interpretar el estándar de trato justo y equitativo, los tribunales arbitrales con frecuencia se apoyan más en la discusión de la aplicación de este estándar en la jurisprudencia anterior que en una interpretación independiente del tratado aplicable. El laudo del TLCAN en *Waste Management c. México* es representativo,

Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – Centro América-Estados Unidos, Art. 10.5(2)(a), disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>, por ejemplo, estipula – distanciándose del lenguaje más amplio de tratados anteriores – que 'trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en derecho penal, civil, o procedimientos administrativos de adjudicación de acuerdo con el principio de debido proceso plasmado en los principales sistemas jurídicos del mundo'. De igual forma, Panamá y Argentina intercambiaron notas diplomáticas después de *Siemens AG c. Argentina* Caso CIADO Nº ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 03/08/2004, a los fines de aclarar que la cláusula de NMF en su TBI no se extiende a cuestiones relativas a la resolución de controversias, véase *National Grid Plc c. República Argentina* CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20/06/2006, para 85. Acerca de la interacción entre el arbitraje basado en tratados de inversiones y la celebración de tratados de inversiones véase también UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (2007), disponible en: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf>. Alternativamente, los Estados podrían emitir declaraciones interpretativas vinculantes a los fines de canalizar la futura jurisprudencia arbitral en línea con sus intereses. Véase por ejemplo TLCAN Comisión de Libre Comercio, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31/07/2001, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en>.

58. Véase S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (2009) pp. 288–92 (con más referencias).

59. J. Commission, 'Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence' (2007) 24 JI Arb. 129; OK Fauchald, 'The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis' (2008) 19 EJIL 301. Las excepciones, naturalmente, son casos o materias no tratados anteriormente. Véase por ejemplo *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán* Caso CIADI Nº ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones la Jurisdicción, 06/08/2003, para 164: 'Parece que este es el primer tribunal arbitral internacional que ha tenido que examinar el efecto legal de una cláusula como el artículo 11 del TBI. No ha sido puesto en nuestro conocimiento la existencia de un laudo de un tribunal CIADI o de otro tribunal en esta materia y, por tanto, parece que tenemos ante nosotros un caso no tratado anteriormente'.

60. Commission (nº 59 supra) p. 148.

61. Véase también G. Kaufmann-Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?' (2007) 23 Arb. Int. 357.

porque el Tribunal describió extensamente los laudos arbitrales anteriores que versaron sobre el trato justo y equitativo para así extrapolar una definición de este estándar:

> Tomados en conjunto, los casos *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el estándar mínimo de trato justo y equitativo se ve infringido por una conducta atribuida al Estado y que es perjudicial para el actor si la conducta es arbitraria, groseramente injusta, inequitativa o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios sectoriales o raciales, o involucra la falta de debido proceso llevando a un resultado que ofende la corrección judicial – como podría ser el caso de una manifiesta falta de justicia natural en procedimientos judiciales o una completa falta de transparencia e imparcialidad en el proceso administrativo.[62]

Lo que es notable, es que el tribunal fundamentalmente no interpretó el trato justo y equitativo de forma independiente a través de la utilización de métodos de interpretación de tratados bajo el derecho internacional, sino que formuló el alcance del estándar refiriéndose a precedentes arbitrales.

Si bien los casos considerados en *Waste Management* fueron exclusivamente laudos del TLCAN, la mayoría de los tribunales arbitrales deducen el significado de trato justo y equitativo y lo aplican al caso en cuestión, apoyándose en cualquier jurisprudencia arbitral sin prestar mucha atención al tratado de inversiones aplicable al caso. De esta forma, para interpretar el estándar de trato justo y equitativo, la definición de ese estándar dada por el tribunal de *Tecmed c. México*, que concernía una controversia bajo el TBI entre España y México,[63] ya se ha convertido en el *locus classicus* que otros tribunales han adoptado y perfeccionado, por ejemplo, en la aplicación de las disposiciones de trato justo y equitativo en los TBIs entre Chile y Malasia,[64] Ecuador y los Estados Unidos,[65] o Alemania y Argentina.[66] Esta dinámica de generar una jurisprudencia arbitral general que es independiente del tratado en cuestión, sin embargo, no está limitada a la jurisprudencia sobre el trato justo y equitativo. Puede observarse en relación a todos los otros estándares de trato, incluyendo la prohibición de expropiación directa o indirecta sin compensación, la protección y seguridad plenas, el trato de NMF, y el trato nacional.[67]

62. *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos* Caso CIADI Nº ARB(AF)/00/3 (TLCAN), Laudo, 30/04/2004, para 98.
63. *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos* Caso CIADI Nº ARB(AF)/00/2, Laudo, 29/05/2003, para 154.
64. *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA c. República de Chile* Caso CIADI Nº ARB/01/7, Laudo, 25/05/2004, paras 113 *et seq.*
65. *Occidental Exploration and Production Co c. República de Ecuador* Caso LCIA Nº UN3467 (CNUDMI), Laudo final, 01/06/2004, para 185.
66. *Siemens AG c. República Argentina* Caso CIADI Nº ARB/02/8, Laudo, 06/02/2007, paras 298–9.
67. Típicamente, los libros de texto sobre el derecho internacional de inversiones, por tanto, discuten los estándares de protección de inversiones internacionales principalmente a base de la respectiva jurisprudencia, véase C. McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration – Substantive Principles* (2007); R. Dolzer

Notablemente, la autoridad del precedente está en juego incluso en los laudos arbitrales inconsistentes y los laudos que estan en conflicto con laudos anteriores. Hasta esas decisiones, con frecuencia de forma extensiva, tratan decisiones previas contrarias, ya sea mediante la diferenciación del caso basándose en los hechos o reduciendo una decisión anterior sobre un punto de derecho, de una regla a un principio, o de un principio a una excepción.[68] Más aún, incluso en casos de conflictos abiertos, los tribunales de inversiones presuponen la existencia de un marco general de derecho internacional de inversiones que excede un tratado específico, dado que ellos enmarcan su desacuerdo en términos sistémicos, sosteniendo no que ellos divergen porque su función está restringida a la resolución de una controversia específica,[69] sino que una determinada interpretación del derecho internacional de inversiones no es persuasiva como proposición general.[70] Los casos disidentes, por tanto, demuestran que, sin perjuicio de la falta de acuerdo acerca de la interpretación de cuestiones específicas, los tribunales de inversiones tienen una idea profundamente arraigada de la unidad del derecho internacional de inversiones y la necesidad de consistencia, y perciben su propia función como apuntando a desarrollar un sistema coherente de protección de inversiones internacionales. La Decisión sobre Jurisdicción en *Saipem c. Bangladesh* es representativa a este respecto:

> El Tribunal considera que no está vinculado por decisiones previas. Al mismo tiempo, es de la opinión de que debe prestar adecuada consideración a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. Considera que, sujeto a que haya razones convincentes por el contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. También cree que, sujeto a las características específicas de un determinado tratado y de las circunstancias del caso en cuestión, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversiones y, de ese modo, satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores respecto de la certeza del estado de derecho.[71]

y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008); A. Newcombe y L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Investment Protection* (2009).

68. Véase Schill (nº 58 supra) pp. 347–52.

69. A este respecto y con una posición diferente véase *RosInvestCo UK Ltd c. Federación Rusa* Caso SCC Nº V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, octubre de 2007, para 137, observando en un caso que se aparta abiertamente de una decisión anterior con respecto a la interpretación de las cláusulas de NMF: 'El tribunal siente que no hay necesidad de entrar en una discusión detallada de [anteriores] decisiones. El Tribunal coincide con las Partes en que diferentes conclusiones pueden ser extraídas de ellos, dependiendo en cómo uno evalué sus variadas redacciones tanto de las cláusulas arbitrales y de las cláusulas de la nación más favorecida, y sus similitudes en permitir las generalizaciones. Sin perjuicio de ello, dado que la función principal de este Tribunal es resolver el caso a su cargo en vez de desarrollar mayor discusión general sobre la aplicación de las cláusulas de NMF a las disposiciones sobre la resolución de controversias, el Tribunal señala que la redacción combinada de [la cláusula de NMF] y [la cláusula de arbitraje] del TBI [aplicable] no es idéntica a la de cualquiera de los otros tratados considerados en otras decisiones.'

70. Schill (nº 58 supra) pp. 341–7.

71. *Saipem SpA c. República Popular de Bangladesh* Caso CIADI Nº ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisorias, 21/03/2007, para 67. Véase también *International Thunderbird*

En resumen, uno puede observar que el arbitraje basado en tratados de inversiones repercute intensamente en terceras partes y en su comportamiento, dado que en el resultado de los arbitrajes, en particular el razonamiento y la interpretación de los principios del derecho internacional de inversiones, afectan no sólo futuras interpretaciones de estándares similares y dan forma a las expectativas de los inversores y los Estados acerca de las decisiones de los tribunales, sino que también impactan la elaboración de los tratados de inversiones. A este respecto, el arbitraje basado en tratados de inversiones ejerce funciones de gobernanza a nivel internacional con efectos en todo el sistema de protección a las inversiones extranjeras. Dado que la jurisprudencia arbitral enmarca el discurso y los argumentos de litigantes y árbitros posteriores, y constituye un punto central hacia el cual se dirigen las expectativas normativas de los usuarios del sistema, pone a los árbitros en una posición de desarrollar y a los inversores en una posición de ejecutar, un cuerpo legal 'de responsabilidad del Estado para inversores extranjeros'[72] que tiene un profundo impacto en el ejercicio de los poderes regulatorios de los Estados. Este cuerpo de derecho, sin embargo, no sólo determina el comportamiento de inversores extranjeros y de Estados receptores, sino que también genera concomitantes inquietudes sobre la legitimidad del sistema. Una perspectiva de derecho público sobre el derecho internacional de inversiones podría mitigar estas inquietudes y hacer una valiosa contribución.

5. Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado

El presente capítulo no solo sugiere la conveniencia de conceptualizar el derecho internacional de inversiones como una disciplina del derecho público, sino que también propone un método específico que parece útil para atender los decepciones de los Estados, de los inversores, y de la sociedad civil. El método que propone es de derecho público comparado, que traza paralelos entre el derecho internacional de inversiones y el derecho público nacional y también con otros regímenes de derecho internacional público.

Esta propuesta descansa en la presunción de que el derecho internacional de inversiones y el arbitraje, al establecer un marco legal para la cooperación entre inversor

Gaming c. México, Opinión Individual de Thomas Wälde (nº 31 supra) para 16: 'aunque los laudos arbitrales individuales por sí mismos no constituyen aún un precedente vinculante, una línea consistente de razonamiento desarrollando un principio y una interpretación particular de obligaciones específicas bajo un tratado debería respectarse; si se desarrolla una jurisprudencia con autoridad, ésta adquirirá el carácter de una costumbre internacional obligatoria y debe ser respetada.' Además véase Ibidem paras 129–30. Véase también *MCI Power Group LC and New Turbine Inc c. República de Ecuador* Caso CIADI Nº ARB/03/6, Decisión sobre Anulación, 19/10/2009, para 24, observando que 'la responsabilidad de asegurar consistencia en la jurisprudencia y de construir un cuerpo de leyes coherente pesa principalmente sobre los tribunales arbitrales. Ellos son asistidos en su tarea por el desarrollo de una opinión legal común y el progresivo surgimiento de '*une jurisprudence constante*', como declaró el Tribunal en *SGS c. Filipinas*.'

72. A. van Aaken, 'Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View' en Schill (nº 19 supra) pp. 721, 722.

y Estado y al restringir el abuso del poder estatal, es funcionalmente comparable a las garantías constitucionales y a los principios del derecho administrativo a nivel doméstico que aseguran la no discriminación, el principio de estado de derecho, y el respeto por los derechos de propiedad. En consecuencia, se sugiere que existe una semejanza estrecha entre los problemas que se presentan en el arbitraje basado en tratados de inversiones y aquellos que surgen a nivel doméstico, a saber, cuando los particulares se enfrentan con el abuso de los poderes estatales. Sin embargo, también existen paralelos con respecto a otros regímenes internacionales, donde cuestiones relativas a la relación entre los Estados y los órganos de resoluión de controversias internacionales, al impacto de la toma de decisiones, y al alcance de la creación del derecho por parte de los órganos de resolución de controversias internacionales son considerados con frecuencia como parte del creciente ámbito de la gobernanza global.

En consecuencia, bajo un enfoque de derecho público comparado aplicado al derecho internacional de inversiones las problemáticas paralelas del derecho público nacional y de otros regímenes legales internacionales deberían ser estudiadas para elaborar soluciones, en el marco del arbitraje internacional de inversiones, que sean aceptables para los inversores, los Estados, y la sociedad civil. El derecho público comparado (administrativo, constitutional, e internacional), por tanto, debería convertirse en parte de la metodología estándar para pensar sobre los problemas del derecho internacional de inversiones, tanto en lo que concierne a la interpretación de los a menudo vagos estándares de protección de inversiones y también al tratar las preocupaciones sobre la estructura institucional y procesal de la resolución de controversias entre inversores y Estados.

Thomas Wälde abogó prominentemente por este enfoque en su Opinión Individual en *International Thunderbird Gaming c. México*, cuando, para aclarar el antecedente normativo de la protección a las expectativas legítimas como parte del trato justo y equitativo bajo el Art. 1105 del TLCAN,[73] recurrió a un amplio rango de conceptos relacionados tanto bajo el derecho nacional como el derecho internacional. Los antecedentes normativos de la protección a las expectativas legítimas podrían ser elucidados y concretizados, sostuvo el, mediante el recurso a conceptos comparables de derecho contractual, como el *estoppel* y el *venire contra factum proprium*,[74] pero sobre todo, a través de un análisis de derecho público comparado de conceptos similares aplicados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH),[75] y la Organización Mundial de Comercio (OMC),[76] y reconocidos en los 'sistemas desarrollados del derecho administrativo.'[77] Para Wälde,

73. *International Thunderbird Gaming c. México*, Opinión Individual de Thomas Wälde (nº 31 supra) para 24.
74. Ibidem para 27; véase también H. Mairal, 'Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations' en Schill (nº 19 supra) pp. 413, 421-425.
75. *International Thunderbird Gaming c. México*, Opinión Individual de Thomas Wälde (nº 31 supra) para 27.
76. Ibidem para 29.
77. Ibidem para 28.

> los principios comunes de los principales sistemas de derecho administrativo son ... un importante punto de referencia para la interpretación de los tratados de inversiones en la medida en que la jurisprudencia sobre los tratados de inversiones aún no está firmemente establecida.[78]

El derecho público comparado es particularmente útil dado que los métodos tradicionales de interpretación de tratados que se centran en el significado de las disposiciones del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin, y los enfoques que resaltan la importancia del derecho consuetudinario internacional, si bien son inmensamente importantes, encuentran limitaciones significativas al aplicar los principios ambiguos del derecho internacional de inversiones en el contexto del Estado regulatorio moderno.[79]

Un enfoque de derecho público comparado consiste en conceptualizar y aplicar conceptos estándar del derecho de inversiones, incluyendo el trato nacional, el trato justo y equitativo, la prohibición de expropiación directa e indirecta sin compensación, y la protección y seguridad plenas, mediante la comparación de estos con conceptos de derecho público utilizados en el derecho nacional y otros regímenes de derecho internacional. La idea es, por tanto, abordar los problemas que surgen bajo los tratados de inversiones por medio de una metodología comparada, enfocándose en el derecho administrativo y constitucional comparado, así como también en un análisis interdisciplinario, recurriendo, por ejemplo, al régimen de la OMC o al de los derechos humanos. De igual forma, esto puede ayudar a abordar problemas procesales en el arbitraje entre inversores y Estados, incluyendo las preocupaciones respecto a la apertura, la transparencia, y el acceso de terceros que no son parte. En resumen, el enfoque de ver al derecho internacional de inversiones a través de los lentes del derecho público comparado propone recurrir, desde una perspectiva comparada, a las funciones del derecho público para limitar pero también para legitimar el accionar estatal *vis-à-vis* los actores privados.

Un análisis de derecho público comparado sirve varios propósitos. Ayuda: (1) a concretizar y clarificar la interpretación de los frecuentemente vagos estándares de protección de inversiones y a determinar el alcance de la responsabilidad del Estado

78. Ibidem.

79. Mientras que las controversias relativas a la interferencia estatal sobre las inversiones extranjeras forman parte del portafolio tradicional del derecho internacional con numerosas comisiones de reclamos interestatales establecidas en el siglo XIX y a principios del siglo XX, la jurisprudencia de estos órganos, aunque es todavía relevante hoy en día, concierne frecuentemente cuestiones no necesariamente comparables a aquellas que enfrentan los Estados modernos. De igual forma, los métodos tradicionales de interpretación de tratados con frecuencia son demasiado vagos para servir de guía en la aplicación de los tratados de inversiones. Al interpretar, por ejemplo, las disposiciones sobre el trato justo y equitativo, una interpretación del sentido corriente podría remplazar los términos 'justo y equitativo' con frases vacías y de igual vaguedad como 'justo', 'imparcial', 'objetivo', o 'legítimo', pero no tiene éxito en aclarar el contenido normativo o en aclarar qué se requiere de un Estado en circunstancias específicas. Del mismo modo, el objeto y fin de los tratados de inversiones de promover y proteger inversiones extranjeras es igualmente vago y difícilmente capaz de definir con claridad el significado de estándares como 'trato justo y equitativo'.

en contextos específicos; (2) a balancear la protección de inversiones e intereses no relacionados a las inversiones; (3) a asegurar la consistencia en la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones, porque el método interpretativo sería uniforme para todos los tratados de inversiones; (4) a asegurar la consistencia entre regímenes distintos y a mitigar los efectos negativos de la fragmentación al poner énfasis en los aspectos comunes y en la apertura del derecho internacional de inversiones hacia otros regímenes internacionales, tales como los derechos humanos y el derecho medioambiental; (5) a legitimar la jurisprudencia arbitral existente al mostrar que las soluciones adoptadas en el arbitraje basado en tratados de inversiones son análogas a las adoptadas por los tribunales locales y otras cortes o tribunales internacionales; y (6) a proponer una reforma legal de tratados internacionales de inversiones o cambios a la práctica arbitral en vista de soluciones diferentes o más matizadas, adoptadas en otros sistemas de derecho público.

Una perspectiva de derecho público comparado sobre el derecho internacional de inversiones no sólo tiene propósitos diferentes, sino también un impacto variable en la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones. Primero, no puede sino tener una función política al sugerir cambios al sistema actual de protección de inversiones internacionales. Gus Van Harten, por ejemplo, fundamenta su llamado a una reforma estructural del mecanismo de resolución de controversias y la creación de una corte permanente para resolver las controversias entre inversores y Estados, en una compresión de derecho público comparado de las nociones de independencia e imparcialidad de los jueces en controversias de derecho público.[80]

En segundo lugar, una perspectiva de derecho público comparado puede ayudar a los árbitros a estar 'más conscientes del espectro de soluciones disponibles para tratar los problemas comunes a varios sistemas jurídicos' y a sugerir 'mejores opciones que las ya probadas en el tiempo y espacio propio del observador.[81] El derecho público comparado, por lo tanto, puede ser una revelación al generar conciencia respecto de posibles interpretaciones de los tratados de inversiones, sin controlar esa interpretación.[82]

En tercer lugar, el derecho público comparado puede tener efectos directos en la interpretación de los tratados de inversiones. En particular, puede ser relevante para determinar el sentido corriente que los Estados atribuyen a ciertos conceptos del

80. Véase Van Harten (nº 16 supra).
81. WW Park and TW Walsh, 'Review Essay: The Uses of Comparative Arbitration Law' (2008) 24 Arb Int 615.
82. Véase por ejemplo *Mondev International Ltd c. Estados Unidos* Caso CIADI Nº ARB(AF)/99/2 (TLCAN), Laudo, 11/10/2002, para 144, comentando con respecto al valor de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para la interpretación de los tratados de inversiones, que: 'como máximo, ellos proveen una guía por analogía respecto al posible alcance de la garantía del TLCAN respecto al "trato en conformidad con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas."'

derecho de inversiones, por ejemplo, al determinar el significado de 'expropiación' o de 'trato justo y equitativo' y, por tanto, servir como una ayuda para la interpretación.[83]

Finalmente, el derecho público comparado puede ser utilizado para desarrollar principios generales de derecho que constituyen, en conformidad al Art. 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto CIJ), una fuente de derecho internacional que debe ser considerada en la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones según el Art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como parte integrante de 'toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.'

En última instancia, el punto hasta el cual el derecho público comparado puede producir un impacto en la interpretación de los tratados de inversiones depende de la libertad interpretativa que dejen los tratados. El derecho público comparado y los regímenes nacionales e internacionales a los que se podría recurrir no controlan la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones. No puede utilizarse para reescribir los requisitos jurisdiccionales, el derecho procesal aplicable a los arbitrajes, u obligaciones sustantivas bajo los tratados. En tanto las obligaciones bajo los tratados no dejen espacio para dudas, el ámbito del derecho público comparado estará limitado a una perspectiva *de lege ferenda*. Sin embargo, en tanto que haya libertad interpretativa, el derecho público comparado puede ser utilizado ampliamente.

6. Derecho internacional de inversiones y principios generales del derecho público comparado

Dependiendo de la finalidad del análisis comparado, la elección de sistemas jurídicos a ser considerados variará. Para proponer una reforma legal, por ejemplo, un solo sistema jurídico podría ser suficiente. Sin embargo, cuando se sugiere que ciertos principios constituyen principios generales del derecho, debería seguirse una metodología más precisa. Los principios generales del derecho en el sentido del Art. 38(1)(c) del Estatuto CIJ comprenden principios generales reconocidos en el derecho interno, principios generales derivados de las relaciones internacionales y principios generales inherentes a cada tipo de sistema jurídico.[84] Esos principios generales del derecho, por tanto, pueden ser desarrollados a través de sofisticados métodos de

83. Consúltese M. Perkams, 'The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark' en Schill (nº 19 supra) pp. 107, 111, 147.

84. S. Kadelbach y T. Kleinlein, 'International Law – A Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles' (2007) 50 GYBIL 303, 340, con mayores referencias. Sobre los principios generales del derecho, véase también W. Weiss, 'Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts' (2001) 39 Archiv des Völkerrechts 394; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953); JG Lammers, 'General Principles of Law Recognized by Civilized Nations' en F. Kalshoven *et al*. (eds), *Essays on the Development of the International Legal Order* (1980) p. 53; R. Kolb, *La bonne foi an droit international. Contribution à l'étude des principes généraux de droit international public* (2000) pp. 24–81; FO Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (2008) pp. 7–72.

derecho comparado, considerando tanto el derecho interno como otros regímenes legales internacionales.[85]

De hecho, los principios generales, si bien son usualmente percibidos como una fuente subsidiaria del derecho internacional,[86] con frecuencia han sido utilizados por las cortes y tribunales internacionales en diferentes contextos: para desarrollar el derecho procesal de la adjudicación internacional;[87] como fuente de derechos y obligaciones sustantivos;[88] para integrar lagunas en la ley aplicable; y para ayudar a la interpretación y mayor desarrollo del derecho internacional.[89] Aunque las cortes y tribunales internacionales con frecuencia no explican la metodología que aplican al extraer principios generales y a menudo proclaman la existencia de un principio general en lugar de brindar un análisis estructurado de derecho comparado,[90] numerosos órganos de resolución de controversia han recurrido a esos principios, incluyendo, pero no limitado a, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (CIJ),[91] el Órgano de Apelación de la OMC,[92] diversos tribunales penales internacionales,[93] el Tribunal de Justicia de la Unión Europea,[94] y la CEDH.[95] De igual forma, en el contexto de las controversias sobre inversiones extranjeras tanto bajo los tratados de inversiones como bajo acuerdos o contratos de concesión entre un inversor y un Estado, los tribunales arbitrales frecuentemente recurren a los principios generales del derecho para diversos propósitos, en particular para integrar lagunas en la ley aplicable y como ayuda para la interpretación de tratados.[96]

85. En particular, hoy los principios generales no necesitan estar restringidos a los principios desarrollados en el ámbito local. Por el contrario, a la luz de la evolución del derecho internacional de una simple herramienta de coordinación de la conducta estatal a un instrumento de cooperación a través de múltiples organizaciones internacionales y la celebración de numerosos tratados internacionales, es ampliamente reconocido que los principios generales pueden igualmente ser desarrollados a partir de los principios que gobiernan las relaciones internacionales en sí mismas. Kadelbach y Kleinlein (nº 84 supra) p. 340.

86. Originalmente los principios generales fueron incluidos en Art. 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como una fuente del derecho para evitar un fallo de *non liquet* por la Corte. See A. Pellet, 'Article 38', in A. Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2006) para 245, con más referencias.

87. See Cheng (nº 84 supra) pp. 257 *et seq.*; C. Brown, *A Common Law of International Adjudication* (2007) pp. 53–5.

88. Consúltese *Petroleum Development Ltd c. Sheikh of Abu Dhabi*, Laudo, 28/08/1951 (1961) 18 Int'l L. Rep. 144, 149–50. Véase también Cheng (nº 84 supra) pp. 29 *et seq.*

89. Véase Weiss (nº 84 supra) pp. 411–14.

90. Véase M. Bothe, 'Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte' (1976) 36 Zeitschrift f. ausl. öff. Recht u. Völkerrecht 280.

91. Raimondo (nº 84 supra) pp. 17–35. Sin embargo, la CIJ es más bien reticente a utilizar los principios generales. Véase H. Mosler, 'Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten' in R. Marcic *et al.* (eds.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross* (1971) pp. 381, 400–5; Weiss (nº 84 supra) pp. 417–18.

92. Véase Weiss (nº 84 supra) pp. 418–20.

93. Raimondo (nº 84 supra) pp. 73–163.

94. Véase A. von Bogdandy, 'Founding Principles' en A. von Bogdandy y J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law* (2010) p. 11; X. Groussot, *General Principles of Community Law* (2006); T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2006).

95. Véase Mosler (nº 91 supra) pp. 391–400.

96. Véase A. von Walter, 'Oil Concession Disputes' en R. Wolfrum (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, edición online, disponible en: <http://www.mpepil.com>, paras 24–34, analizando el uso de los

Los principios generales del derecho público, en particular, se están haciendo más y más relevantes, dado que el derecho internacional ya no está restringido a regular las relaciones entre Estados, sino que crecientemente comprende, incluido el derecho internacional de inversiones, reglas que gobiernan las relaciones entre Estados y sujetos de derecho privado. Aunque Hersch Lauterpacht en su estudio de 1927 sobre *Private Law Sources and Analogies of International Law* ('fuentes de derecho privado y analogías de derecho internacional') pudo todavía sostener que 'los principios generales del derecho son para la mayoría de los fines prácticos idénticos a los principios generales del derecho privado,'[97] dado que el derecho internacional era principalmente un derecho de coordinación de las interaciones entre soberanos iguales, la situación hoy ha cambiado radicalmente.[98] Hoy más que nunca es verdad lo que Wolfgang Friedmann sostuvo en 1963:

> La ciencia del derecho internacional ya no puede contentarse con la aplicación análoga de las categorías de derecho privado. Debe buscar en el cuerpo completo de los 'principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas' por analogías adecuadas. Con la creciente importancia de las relaciones legales internacionales entre las autoridades públicas y los sujetos privados, el derecho público será una fuente crecientemente fértil de derecho internacional.[99]

Una cuestión central al determinar la existencia de principios generales es qué sistemas jurídicos incluir en un estudio comparado. El Art. 38(1)(c) del Estatuto CIJ, en este contexto, habla de 'los principios generales de derecho reconocidos por las naciones *civilizadas*'. Aunque connote ciertas nociones hegemónicas del derecho internacional, actualmente esta disposición es generalmente entendida como que ciertos principios deben existir en los *principales* sistemas jurídicos del mundo.[100]

principios generales en los arbitrajes sobre concesiones petroleras entre los '50 y los '80; T. Gazzini, 'General Principles of Law in the Field of Foreign Investment' (2009) 10 Journal of World Investment and Trade 103, sobre el uso de los principios generales en el arbitraje de inversiones moderno. Véase también Schreuer *et al.* (nº 50 supra) Art. 42, paras 178–82, respecto al uso de los principios generales por los tribunales CIADI.

97. H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927) p. 7.

98. Nótese, sin embargo, el argumento de G. della Cananea, 'Minimum Standards of Procedural Justice in Administrative Adjudication' en Schill (nº 19 supra) p. 39, respecto a que el derecho público comparado ha sido el método clásico de los abogados de derecho público remontándose desde al menos la primera mitad del siglo XIX, cuando las bases para el derecho constitucional y administrativo modernos fueron desarrolladas.

99. W. Friedmann, 'The Uses of "General Principles" in the Development of International Law' (1963) 57 AJIL 279, 295.

100. La reserva en el Art. 38(1)(c) del Estatuto CIJ de que un principio debe ser reconocido por las 'naciones civilizadas' hoy ya no tiene una función discriminatoria de excluir los ordenamientos legales nacionales de ciertos países. Por el contrario, como el Art. 2(1) de la Carta de la ONU clarifica, todos los miembros de la ONU son igualmente soberanos y por lo tanto reconocidos como naciones civilizadas. Sin perjuicio de ello, la limitación a los principales sistemas jurídicos del mundo puede ser justificada, por ejemplo, a la luz de Art. 9 del Estatuto CIJ que respecto a la composición de la Corte establece que 'en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo'. Esto siguiere una equiparación entre 'naciones civilizadas' en el Art. 38(1)(c) del Estatuto CIJ y los 'principales sistemas jurídicos del mundo' mencionados en el Art. 9 der Estatuto CIJ. See Weiss (nº 84 supra) pp. 405–6; G. Schwarzenberger, *International Law* (3. ed, 1957) V. I, p. 44.

En un sistema jurídico internacional pluralista, esto permite recurrir a una amplia variedad de sistemas jurídicos domésticos sin restricciones previas. Como mínimo, sin embargo, la búsqueda comparativa dirigida a identificar un principio general tendrá que comprender sistemas jurídicos representativos del *common law* y del derecho continental.[101] Aunque también existen otras concepciones del derecho y distintas tradiciones legales, el *common law* y el derecho continental cubren un amplio espectro de sistemas jurídicos internos en todos los continentes, ya que estas tradiciones legales se han diseminado de sus raíces europeas hacia muchos otros países, en parte porque ellas fueron dictadas bajo dependencia o en antiguas colonias, pero también porque en los procesos de reforma legal muchos países alrededor del mundo adoptaron sistemas de derecho público ya desarrollados de uno de los países más importantes del derecho continental o del *common law*.[102]

Sin embargo, por una cuestión de convención práctica, y en vista a las dificultades que enfrentan los abogados dedicados al derecho comparado en términos de disponibilidad de fuentes de derecho y doctrina extranjera, los sistemas jurídicos analizados con más frecuencia son el derecho alemán, francés, inglés y estadounidense. La razón para esta elección no es de hegemonía legal, sino que el hecho de que estos sistemas jurídicos son de fácil acceso y, sobre todo, han influido los sistemas de derecho público de muchos otros países. Sin embargo, nada en principio impide que uno recurra a sistemas jurídicos fuera de este canon comparativo clásico. Por el contrario, incluir otros sistemas jurídicos enriquece y refuerza un razonamiento de derecho público comparado.

Extraer un principio general del derecho no requiere un estudio cuantitativo de todos, o casi todos, los sistemas jurídicos internos. Más bien, un análisis de derecho comparado puede restringirse a un estudio cualitativo de los principios legales de los principales sistemas jurídicos internos y/o de relaciones internacionales. Asimismo, no es necesario que la misma norma exista en los principales sistemas jurídicos internos, sino que cierto principio subyacente a una norma jurídica en cuestión sea ampliamente reconocido. En consecuencia, el derecho comparado no es un proceso cuantitativo mecánico, sino uno de abstracción, balance y evaluación cualitativa. Aunque un análisis comparado debe mantenerse crítico de las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales, éste debe analizarlos desde una perspectiva funcional y con un nivel de abstracción suficientemente elevado.[103] Adicionalmente, el objeto y fin de los tratados de inversiones invita a recurrir a sistemas jurídicos que partan con

101. Véase Raimondo (nº 84 supra) pp. 50–7.
102. Véase también Pellet (nº 86 supra) para 258, nota 699, observando que la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales basan sus reglas en los sistemas del derecho civil o del *common law*.
103. En este sentido, como della Cananea (nº 98 supra) p. 41, con razón señala que: 'la idea de principios generales de derecho no necesariamente contrasta con el reconocimiento de particularidades'.

un enfoque basado en derechos respecto a la relación entre Estado y sociedad, basado en el estado de derecho y el respeto por los derechos económicos individuales.[104]

Otro aspecto relativo a la elección del sistema jurídico a examinar en el contexto de las inversiones extranjeras, en particular cuando se trata de determinar la existencia de principios generales del derecho, se relaciona con la pregunta de si debe mirarse ante todo los sistemas jurídicos internos de las partes contratantes del tratado de inversiones en cuestión o si se debe realizar un estudio comparado más amplio. La estructura de los tratados de inversiones como tratados en su mayoría bilaterales, sugiere que sólo se mire los sistemas de derecho público de las partes contratantes.[105] Sin embargo, a diferencia de los tratados genuinamente bilaterales, los TBIs no gobiernan aisladamente las relaciones entre sólo dos Estados, sino que generan múltiples superposiciones e interconexiones estructurales que crean un régimen internacional de protección de inversiones relativamente uniforme y que excede el marco de un solo tratado.[106] Esto es particularmente cierto con respecto a los principios de protección de inversiones internacionales que son más bien uniformes en los diferentes tratados bilaterales, como por ejemplo, la protección contra la expropiación directa o indirecta sin compensación, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, el trato nacional, etc.[107] Esta uniformidad conceptual subyacente debería estar reflejada en un recurso más amplio a conceptos de derecho público, sin limitaciones al derecho de las partes contratantes del TBI aplicable.

Existen varios factores que sugieren que los tratados de inversiones no son tratados bilaterales en el sentido puro del término, es decir, tratados que consagran

104. Véase K. J. Vandevelde, 'The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty' (1998) 92 AJIL 621, 627, sosteniendo que los 'TBIs se presentan como documentos liberales por excelencia'; véase también K. J. Vandevelde, 'Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties' (1998) 36 Col JTL 501, enfatizando que los TBIs forman parte de un movimiento para liberalizar la economía internacional al mismo tiempo que se deja una considerable libertad a los Estados para su intervención; KJ Vandevelde, 'Sustainable Liberalism and the International Investment Regime' (1998) 19 Mich JIL 373, sosteniendo que los TBIs representan por lo menos un consenso temporal con respecto a un orden liberal para las relaciones de inversiones internacionales.

105. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, por ejemplo, se ha apoyado principalmente en los ordenamientos legales de los Estados Unidos e Irán cuando desarrolló principios generales. Véase G. Hanessian, '"General Principles of Law" in the Iran-U.S. Claims Tribunal' (1989) 27 Col JTL 309, 318, con referencias a la jurisprudencia relevante del Tribunal. Véase también M. Akehurst, 'Equity and General Principles of Law' (1976) 25 ICLQ 801, 824–5, señalando las conexiones entre la elección de ordenamientos aplicables para determinar los principios y la distinción entre bilateralismo/multilateralismo.

106. Sobre la tesis de que el derecho internacional de inversiones constituye un sistema esencialmente multilateral de derecho aunque sea preservado en tratados bilaterales véase Schill (nº 58 supra).

107. Para ser claro, el argumento no es que los TBIs sean equivalentes a un tratado multilateral; el argumento es más bien que los tratados de inversiones que existen, sean bilaterales, regionales, o sectoriales, pueden ser entendidos como parte de un marco jurídico general que es independiente de tratados individuales, y que da respaldo a un espacio de inversiones internacionales que forma parte de la economía global. El argumento tampoco es que existe completa uniformidad, sino que existe suficiente convergencia a los fines de poder hablarse del derecho internacional de inversiones como una disciplina del derecho internacional, que está formado de principios bastante uniformes del derecho de inversiones, que son implementados a través de mecanismos institucionales más bien uniformes, y que siguen razonamientos más bien uniformes.

negociaciones preferentes *quid pro quo* entre dos países, sino que más bien forman parte de un sistema de protección de inversiones que excede a un solo tratado y que crea un marco legal que es multilateral por naturaleza aun cuando ha tomado la forma de tratados bilaterales.

En primer lugar, los tratados de inversiones generalmente se ajustan a un arquetipo. Ellos convergen en su redacción y han desarrollado una estructura, alcance, y contenido sorprendentemente uniformes.[108] En particular, la mayoría de los tratados de inversiones establece el mismo set de derechos sustantivos para los inversores. Esta convergencia no es una coincidencia. Al contrario, las similitudes de los TBIs derivan de varios procesos internacionales que integran a los TBIs dentro de un marco multilateral. Así, los TBIs con frecuencia se basan en tratados nacionales modelo, los cuales, a su vez, comparten una historia en común: la mayoría de los tratados modelo actuales están inspirados en esfuerzos concertados de los países exportadores de capital en los '60 para establecer un tratado multilateral de inversiones dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Aunque, existieron modelos de tratados alternativos, el modelo de la OCDE se hizo predominante tanto para la negociación de los tratados entre países exportadores y países importadores de capital y después para la negociación de TBIs entre países en vías de desarrollo. Puede sostenerse que la razón para la convergencia de los TBIs es que reglas uniformes en principio responden al interés de todos los Estados, porque éstas son necesarias para crear un campo de juego nivelado que permita que las inversiones fluyan a donde sea que el capital es asignado en forma más eficiente.

En segundo lugar, los TBIs regularmente contienen cláusulas de NMF que requieren que los Estados traten a los inversores y a sus inversiones de igual forma, independientemente de la nacionalidad.[109] Las cláusulas de NMF, por lo tanto, multilateralizan los beneficios de un TBI particular y armonizan la protección de inversiones extranjeras en un Estado receptor específico. Aunque existe controversia en la jurisprudencia arbitral respecto a si las cláusulas de NMF abarcan, aparte de los estándares sustantivos otorgados a los inversores extranjeros, requisitos de acceso más favorables a la resolución de controversias entre un inversor y un Estado y un consentimiento al arbitraje más amplio, es claro que las cláusulas de NMF, en principio, nivelan las relaciones interestatales entre el Estado receptor y terceros Estados y empujan el sistema de protección de inversiones internacionales hacia el multilateralismo.

En tercer lugar, los mismos inversores tienen amplias opciones para evadir las restricciones que pueden existir en un tratado de inversiones específico independientemente de la aplicación de las cláusulas de NMF.[110] Si bien los TBIs se limitan *ratione*

108. Sobre este punto, véase Schill (nº 58 supra) pp. 65–120.
109. Sobre el alcance, efectos y función de las cláusulas de NMF, véase ibidem pp. 121–96.
110. Sobre este tema y el siguiente, véase ibidem pp. 197–240.

personae a los nacionales de la otra parte contratante, los inversores con frecuencia pueden llevar sus inversiones al ámbito de aplicación de un tratado más favorable simplemente canalizándolas a través de una empresa subsidiaria en un tercer Estado. Este *treaty shopping* es posible porque los TBIs regularmente protegen las estructuras corporativas independientemente de la nacionalidad de los accionistas detrás de ellas. Las amplias opciones para la elección de un tratado de conveniencia debilitan la visión de los tratados como expresiones de las negociaciones bilaterales, porque los inversores con frecuencia pueden sortear las limitaciones de un TBI específico.

Finalmente, la práctica arbitral y en particular la forma en que los tribunales interpretan los tratados de inversiones, sugieren que los TBIs forman parte de un marco de protección uniforme de inversiones que excede a un tratado en particular, y que está basado en principios uniformes.[111] Esto se ve confirmado sobre todo por el uso omnipresente de precedentes en el arbitraje de inversiones.[112] Asimismo, los tribunales arbitrales hacen uso de otros métodos de interpretación de tratados, lo que indica la existencia de un marco de derecho internacional de inversiones que excede a un tratado en particular, a saber, la interpretación *in pari materia*. Este método de interpretación de tratados implica interpretar el tratado aplicable a la luz de otros tratados que tienen una materia similar, incluyendo potencialmente tratados de inversiones entre partes absolutamente no relacionadas. El uso de este método de interpretación de tratados indica que los tribunales arbitrales perciben que la práctica de los TBIs en general, no sólo la práctica de una de las partes contratantes, forma parte de las fuentes que pueden ser utilizadas como guía en la interpretación de un tratado de inversiones específico.

Por estas razones, parece inapropiado limitar el método del derecho público comparado a los sistemas jurídicos internos de las partes contratantes de un tratado de inversiones. Por el contrario, el método comparado también debe considerar otros sistemas jurídicos de derecho público internos e internacionales que sean relevantes, con el propósito, en última instancia, de determinar la existencia de principios generales del derecho internacional de inversiones que puedan ser aplicados en el arbitraje entre inversores y Estados.

Como fuente de derecho internacional, los principios generales del derecho público pueden influir la interpretación de los tratados de inversiones al igual que la del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, aun en casos donde los conceptos de los tratados de inversiones están estrechamente unidos al mínimo estándar del derecho internacional consuetudinario, como sucede en el caso del trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas bajo el Art. 1105 del TLCAN,[113] el derecho público comparado y el desarrollo de los principios generales de derecho internacional

111. Sobre este tema y el siguiente, véase ibidem pp. 278–361.
112. Véase nº 51–71 supra, y el texto acompañando.
113. Véase TLCAN Comisión de Libre Comercio (nº 57 supra).

de inversiones son herramientas relevantes y apropiadas para resolver los arbitrajes basados en tratados de inversiones. Después de todo, la violación del mínimo estándar internacional mismo requiere, como fue explicado en el caso *Neer*, 'una acción gubernamental insuficiente tan alejada de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente tal insuficiencia.'[114] El estándar mínimo internacional en cuestión, como explica Edwin Borchard:

> ... también se compone de prácticas uniformes de los Estados civilizados del mundo occidental que crearon y sustentaron el derecho internacional. Mucho antes de que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional convirtiera a 'los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas' en una fuente común de derecho internacional, diplomáticos y tribunales arbitrales se basaban en esos principios generales para elaborar un mínimo holgado que aplicaron constantemente en la práctica interestatal.[115]

Un análisis comparado puede concretizar la interpretación de los derechos de los inversores principalmente de dos maneras. Puede permitir que los tribunales de inversiones deduzcan requisitos institucionales y procesales de estándares comparables domésticos e internacionales para una interpretación específica y contextualizada de los derechos del inversor. Un análisis comparado de los sistemas jurídicos internos y su comprensión del concepto de estado de derecho, por ejemplo, puede ser utilizado para desarrollar estándares a los cuales deben ajustarse los procedimientos administrativos bajo la regla de trato justo y equitativo,[116] o para desarrollar métodos y umbrales para determinar cuándo la regulación sin compensación se convierte en una expropiación regulatoria que requiere compensación.[117]

Alternativamente, un análisis de derecho público comparado también puede ser utilizado para justificar la conducta de un Estado *vis-à-vis* un inversor extranjero. Si una conducta similar, por ejemplo el repudio de un contrato entre un inversor y un Estado en una situación de emergencia, es generalmente aceptada por los sistemas jurídicos internos,[118] los tribunales de inversión podrían y probablemente necesitarían, traspasar esos resultados a nivel internacional como expresión de un principio general. En este contexto, el derecho público comparado puede servir como un criterio no

114. *LFH Neer and Pauline E. Neer (US) c. México*, Opinión, 15/10/1926, 4 UNRIAA 61–2.
115. E. Borchard, 'The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens' (1940) 38 Mich LR 445, 448–9. Véase también American Law Institute, *Restatement of the Law (Second) – Foreign Relations Law of the United States* (1965), 501, § 165(2), estableciendo que: 'El estándar internacional de justicia . . . es el estándar requerido para el tratamiento de extranjeros por (a) los principios de derecho internacional aplicables de acuerdo a la costumbre internacional, decisiones judiciales y arbitrales, y otras fuentes reconocidas o, en la ausencia de esos principios aplicables, (b) principios análogos de justicia reconocidos por los Estados que tienen sistemas jurídicos razonablemente desarrollados.'
116. Véase della Cananea (nº 98 supra).
117. Véase Perkams (nº 83 supra).
118. Consúltese S. Schill, 'Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective' en Schill (nº 19 supra) pp. 317, 336-340.

sólo para desarrollar estándares mínimos de protección de inversiones sino también estándares máximos que no impongan limitaciones a los legisladores, administradores y al poder judicial interno que sean más onerosas que aquellas impuestas, en una perspectiva comparada, por los respectivos principios de derecho público interno.[119] En forma similar, los enfoques y conceptos de derecho público ilustran cómo aquellos intereses no relacionados con inversiones y las tensiones que ellos generan con la protección de las mismas son tratados y resueltos a nivel interno, por ejemplo, al aplicar el concepto de proporcionalidad para balancear la protección de inversiones y otros intereses públicos.[120]

Un enfoque de derecho público comparado también puede dedicarse a hacer comparaciones con otros regímenes internacionales. Un campo particularmente prometedor para ese enfoque es la evaluación comparativa de la jurisprudencia desarrollada por las cortes internacionales en el contexto de los derechos humanos.[121] Un ejemplo en este contexto es la jurisprudencia de la CEDH con relación al Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La rica jurisprudencia de la CEDH podría ser utilizada para concretizar más aún el trato justo y equitativo, por ejemplo, con respecto a la debida administración de justicia o al derecho a un proceso imparcial.[122] De igual forma, podría recurrirse comparativamente a los principios emergentes del derecho administrativo europeo,[123] o a la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC para así concretizar los estándares de buen gobierno que los Estados receptores tienen que respetar bajo los tratados de inversiones.[124] Más aún, esa comparación entre regímenes puede ser una fuente fructífera en el desarrollo de conceptos para la relación entre las partes de un arbitraje de inversiones y el tribunal, al igual que para determinar las máximas procesales aplicables,[125] por ejemplo, el

119. Véase S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration* (2009) pp. 21-3, pp. 74-82, resumiendo el reclamo normativo respecto a que los estándares de los tratados de inversiones no deberían ir más allá de los límites que los países desarrollados establecen a la conducta de los gobiernos es sus propios sistemas jurídicos domésticos.
120. Véase B. Kingsbury y S. Schill, 'Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality' en Schill (nº 19 supra) p. 75.
121. Véase exhaustivamente sobre el tema U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht – Eine vergleichende Untersuchung zum internationalen Investitionsrecht sowie zum Menschenrechtsschutz* (2009).
122. Véase A. Ehsassi, 'Cain and Abel: Congruence and Conflict in the Application of the Denial of Justice Principle' en Schill (nº 19 supra) pp. 213, 227-229.
123. Véase por ejemplo J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht* (2. ed., 2005); P. Craig, *EU Administrative Law* (2006); J.-B. Auby y J. Dutheil de la Rochère (eds.), *Droit administratif européen* (2007); MP Chiti, *Diritto amministrativo europeo* (3. ed., 2008); T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht* (2008).
124. Véase J. Kurtz, 'The Merits and Limits of Comparativism: National Treatment in International Investment Law and the WTO' en Schill (nº 19 supra) p. 243. Véase también G. della Cananea, 'Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law' (2003) 9 Eur Pub Law 563, 575.
125. Véase C. Brown, 'Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law' en Schill (nº 19 supra) p. 659.

estándar de revisión,[126] problemas de apertura y transparencia,[127] o cuestiones relativas a los recursos legales.[128] Sin embargo, las diferencias relevantes entre los diferentes regímenes no deberían ser olvidadas.[129]

En conclusión, el derecho público comparado puede, por lo tanto, producir un impacto en el derecho y el arbitraje internacional de inversiones a través de varios medios y en diversos aspectos, tanto con relación a la resolución de controversias entre inversores y Estados y al derecho sustantivo de inversiones.

7. Consideraciones finales

El presente capítulo invita a tomar un enfoque de derecho público para conceptualizar y entender el derecho internacional de inversiones. Este enfoque se basa en la idea de que el derecho internacional de inversiones difiere del arbitraje comercial internacional y del derecho internacional público clásico (entre Estados). La diferencia radica que en el centro del derecho de inversiones está el derecho de actores económicos privados a solicitar protección ante las violaciones por parte de los Estados receptores a los estándares de trato previstos en los tratados de inversiones. El derecho internacional de inversiones, por tanto, comparte funciones centrales similares a la revisión de la conducta estatal bajo el derecho administrativo y constitucional interno, así como a nivel internacional, en particular bajo varios instrumentos de derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos. En cuanto a la metodología, el presente capítulo sugiere que el derecho internacional de inversiones debería ser analizado desde una perspectiva de derecho público comparado que vea los problemas de responsabilidad estatal y de resolución de controversias entre inversores y Estados no como un fenómeno aislado del derecho internacional de inversiones, sino que en contexto con problemas análogos existentes a nivel interno e internacional.

En este contexto, el presente capítulo conceptualiza los estándares de trato en los tratados de inversiones como conceptos de derecho público que aparecen, frecuentemente, como estándares constitucionales en los sistemas jurídicos internos de los países que adhieren a las economías de libre mercado: de este modo, el trato nacional y el trato de NMF apuntan a asegurar un campo de juego nivelado para la actividad económica de los actores económicos nacionales y extranjeros como prerrequisito

126. Véase W. Burke-White y A. von Staden, 'The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations' en Schill (nº 19 supra) p. 689, argumentando a favor de la adopción de la doctrina del margen de apreciación de la CEDH como estándar de revision en los arbitrajes de inversiones.
127. Véase A. Asteriti y C. J. Tams, 'Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration' en Schill (nº 19 supra) p. 787, con relación a cuestiones de transparencia y participación de terceros.
128. Véase van Aaken (nº 72 supra); B. Sabahi y N. Birch, 'Comparative Compensation for Expropriation' en Schill (nº 19 supra) p. 755; I. Marboe, 'State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests' en Schill (nº 19 supra) p. 375.
129. Consúltese Kurtz (nº 214 supra), sosteniendo que el derecho de la OMC es frecuentemente utilizada en forma abusiva y acríticamente reflejada en la jurisprudencia arbitral de inversiones con relación al concepto de trato nacional.

para la competencia; la protección contra la expropiación sin compensación garantiza el respeto por los derechos de propiedad como una institución esencial para las transacciones de mercado; las garantías a la transferencia de capital aseguran el libre flujo de capital y contribuyen a la asignación eficiente de recursos en un mercado de capitales global; el trato justo y equitativo asegura un debido proceso básico para los inversores extranjeros y exige la adhesión al concepto de estado de derecho; la garantía de la protección y seguridad plenas impone una obligación positiva en los Estados receptores de establecer un sistema jurídico interno que tenga ciertos instrumentos necesarios para que los inversores protejan sus inversiones frente a interferencias de terceros. Finalmente, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional representa un mecanismo que permite a los inversores extranjeros hacer que los Estados receptores cumplan con los estándares de derecho público contenidos en los tratados de inversiones.

Una vez que los estándares de los tratados de inversiones son identificados como conceptos específicos del derecho público, un análisis de derecho público comparado más refinado puede concretizar el significado de esos conceptos en contextos específicos. Esto incluye, por ejemplo, evaluar como los sistemas jurídicos internos y el derecho internacional manejan la responsabilidad por representaciones efectuadas por funcionarios gubernamentales,[130] qué tipo de límites impone la protección de la propiedad sobre el legislador tributario,[131] o cómo se resuelven las tensiones entre la protección de la herencia cultural y el derecho de propiedad bajo otros sistemas de derecho público.[132] Idealmente, este enfoque de derecho público comparado resulta en la determinación de principios generales reconocidos en los principales sistemas de derecho público que pueden ser usados como fuente de derecho internacional para interpretar los estándares previstos en los tratados de inversiones.

La perspectiva que se presenta en este capítulo subraya los aspectos de derecho público de los tratados de inversiones y del arbitraje de inversiones. Ofrece una perspectiva teórica y metodológica consistente y, dentro de su alcance, nueva del derecho internacional de inversiones. La búsqueda de los principios generales del derecho y un análisis de derecho público comparado ayudan a que el derecho internacional de inversiones se beneficie de la experiencia que han desarrollado esos sistemas jurídicos no sólo limitando el ejercicio de los poderes estatales, sino que también empoderando al Estado al clarificar su ámbito de regulación. Esto puede ayudar a canalizar la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones en formas que estén en concordancia con las soluciones probadas y aceptadas en sistemas jurídicos y de resolución de controversias más maduros. Tal enfoque conlleva la ventaja de ser

130. Véase Mairal (nº 74 supra).
131. C. Tietje y K. Kampermann, 'Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context' en Schill (nº 19 supra) p. 569.
132. F. Lenzerini, 'Property Protection and Protection of Cultural Heritage' en Schill (nº 19 supra) p. 541.

menos subjetivo que aquellos que se centran solamente en la interpretación de los tratados como un medio de concretizar los amplios principios del derecho de inversiones y plausiblemente puede ayudar a hacer al derecho de inversiones no sólo más previsible sino que también a darle más legitimidad al alinear la responsabilidad del Estado bajo los tratados de inversiones con conceptos generales de responsabilidad del Estado bajo otros sistemas de derecho público.

En suma, un enfoque de derecho comparado respecto al derecho internacional de inversiones y al arbitraje de inversiones puede ayudar a tratar, como un enfoque intrasistema, varias de las decepciones de los Estados, de los inversores extranjeros, y de la sociedad civil con el derecho internacional de inversiones. Puede ayudar a concretizar los amplios estándares de protección de inversiones y a lograr un balance apropiado entre la protección de inversiones y otros intereses públicos, basado en un método de derecho comparado uniforme y bien fundando, a reducir las inconsistencias, y a hacer al derecho de inversiones más previsible. Más aún, el derecho público comparado puede proponer métodos para que los procesos arbitrales manejen cuestiones de interés público procesalmente y, por tanto, puede ayudar a mitigar las críticas que el arbitraje entre inversores y Estados es un mecanismo inapropiado para la resolución de controversias relativas al gobierno. En el fondo, esto podría contribuir a hacer que esta área del derecho internacional, como parte de un nuevo derecho público global, sea más legítima y aceptable para los Estados, los inversores, y la sociedad civil.

6

Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales

Roberto Niembro Ortega*

1. Planteamiento. 2. La concepción de los derechos y los criterios de legitimidad del proceso de interpretación según la democracia deliberativa. 3. ¿Qué entendemos por diálogo? y ¿sobre qué se dialoga? 4. Sobre la legitimidad del <diálogo> entre la CoIDH y la SCJN: crónica de un monólogo anunciado. 5. El control de convencionalidad ejercido por la CoIDH: Fuente y contenido de la decisión. 6. ¿Cómo institucionalizar un diálogo y un control judicial democrático? 7. Consideraciones finales.

1. Planteamiento

La idea del diálogo judicial tratándose de derechos fundamentales debe llamar nuestra atención no sólo por lo sugestivo que puede ser esta metáfora para describir o propiciar que los jueces constitucionales ejerzan su función de una determinada manera,[1] sino sobre todo por los problemas de legitimidad democrática que conlleva que sea un grupo de élite no electo el que esté *definiendo* lo que significan nuestros derechos. Este trabajo tiene como objetivo explorar algunas de las justificaciones que se han dado al respecto y sugerir alguna vía alternativa para democratizar el diálogo judicial. Este tema – el de la legitimidad – parece no haber preocupado mucho a la doctrina ni a los tribunales latinoamericanos, y en las ocasiones que lo ha hecho se han limitado a resaltar los beneficios que en términos generales nos brinda la deliberación sobre temas constitucionales, sin ahondar en sus eventuales insuficiencias.[2]

* Investigador de la Escuela Libre de Derecho (Cd. de México). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Diploma en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid y en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Agradezco a Micaela Alterio los comentarios y críticas que hizo a este artículo.
1. En este trabajo con jueces constitucionales me referiré tanto a los jueces nacionales como internacionales que interpretan y utilizan como parámetro de control los derechos fundamentales, sea que estén previstos en una constitución nacional o en un tratado internacional.
2. Dicha justificación es insuficiente porque sólo se enfoca en el valor epistémico de la deliberación y deja de lado la pregunta sobre quién delibera, así como la importancia de la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos, es decir, la igualdad formal de influencia política en la toma

Desde mi perspectiva, la idea del diálogo judicial no debe analizarse como un fenómeno aislado sino como una manifestación más del diálogo constitucional que se presenta todos los días en distintas sedes y en el que participan e interactúan una pluralidad de actores. Es decir, concibo a los tribunales como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas.[3] Así, a diferencia de las teorías que se enfocan sólo en la interacción que se da entre los jueces nacionales e internacionales, propongo adoptar una perspectiva más amplia del diálogo constitucional que no pierda de vista el papel que juegan y deben jugar los otros participantes, sea que su interpretación tenga o no efectos jurídicos. Esto porque me parece de un "elitismo epistémico inaceptable, presuponer que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de discusión pública".[4] Pero sobre todo porque de lo que se trata es de la interpretación de una o varias constituciones[5] hechas "en nombre del pueblo", cuyo proceso de interpretación para ser legítimo debe contar con nuestra participación y deliberación.[6] Con mayor razón cuando lo que se interpreta es un texto constitucional antiguo (como sería el caso de la Constitución Mexicana de 1917) o que no ha sido adoptado directamente por el pueblo (como sería la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH), que sólo puede reconocerse como propio a través de la participación de todos los implicados y comprometidos en el mantenimiento de esta meta-regla del juego político y del orden social.[7]

En efecto, si sólo nos enfocamos en el diálogo judicial corremos el riesgo de reforzar lo que Häberle denominó como una "sociedad cerrada" de los intérpretes jurídicos de la constitución, en la que el juez constitucional es el único intérprete. Este enfoque, según el autor alemán, resulta muy estrecho para la realidad constitucional pues en la medida en que cualquiera que vive la norma también puede interpretarla, es necesario dar paso a una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, en la

de decisiones colectivas. J. Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 78, 79 y 209. Entre los beneficios que la deliberación nos brinda tenemos: a) obtener información y b) llevar a cabo una reflexión crítica sobre nuestras opiniones y puntos de vista. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *Constellations*, v. 1, n. 1, 1994, p. 32.

3. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008, 5.ed., trad. Manuel Jiménez Redondo, p. 67.

4. Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685.

5. Al analizar el caso del "diálogo americano" debemos tomar en cuenta que estamos ante un escenario de pluralismo constitucional en el que se interpretan las constitucionales nacionales de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y la propia Convención, sin que entre ellas haya una relación de validez o superioridad, sino de mutuo reconocimiento. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 104.

6. Erik Oddvar Eriksen, "An Emerging European Public Sphere", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. II, Ashgate, Cornwall, 2011, p. 287.

7. José Luis Cascajo, "Constitución e interpretación constitucional", *Claves de la razón práctica*, n. 138, 2003, p. 21.

que todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y todos los grupos participen en esta tarea.[8] Así, si sólo nos enfocamos en el diálogo judicial (ya sea que incluya o no a la academia) lo que estamos defendiendo es un gobierno autocrático de los jueces.[9]

Debo precisar que utilizaré como caso de análisis al sistema interamericano, específicamente, la relación que se produce entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH). En mi opinión, el contexto americano es muy útil para reflexionar sobre el tema por dos razones. Por un lado, porque los países bajo jurisdicción de la CoIDH son democracias más o menos estables pero con un fuerte problema de desigualdad social, que en algunas ocasiones orillan a depositar fuertes esperanzas en los jueces. Por otro lado, porque con el apoyo de un sector de la doctrina la CoIDH se ha convertido en una corte soberana.

A mayor abundamiento, al analizar el sistema interamericano no debemos olvidar que la CoIDH ejerce y ha ordenado a los jueces nacionales realizar *ex officio* una especie de control de convencionalidad de la ley[10] y, en algunos casos, a los propios legisladores nacionales que reformen, anulen o modifiquen una ley.[11] Así, pensar sobre la legitimidad del diálogo judicial también implica hacerlo sobre las decisiones en que se plasma el intercambio de razones, en tanto involucran discursos de justificación de normas[12] en los que resulta determinante saber quién tiene el poder definitivo

8. Peter Häberle, "Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional.", en *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1. reimp., 2003, pp. 149-161.

9. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 491.

10. CoIDH. Caso de Almonacid-Arellano *et. al. vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26/09/2006, Serie C, n. 154, párr. 124. Caso Radilla Pacheco *vs*. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23/11/2009. Serie C, núm. 209, párr. 339. Véase también la Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, párrs. 23 y ss., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4/10/2011.

11. Manuel Eduardo Góngora Mera, "Diálogos jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Constitucional, T. II, México, 2010, p. 404. Cuando no es que las ha declarado "sin efectos" desde un inicio como si se tratara de un tribunal constitucional. Lo que según Cassese es la primera vez que lo hace un tribunal internacional. Antonio Cassese, "Y-a-t-il un conflict insurmountable entre souveranité des États et justice pénale international?" en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Crimes internationaux et jurisdictions* internationals, 2002, citado por Christina Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, *op. cit.*, nota al pie 56, pp. 307.

12. Desde la teoría del discurso pueden distinguirse entre discursos de justificación y de aplicación o identificación. El primero corresponde paradigmáticamente al legislador mientras que el segundo a los tribunales. Sin embargo, estos también llevan a cabo discursos de justificación cuando se cuestionan la validez de una norma. Por el contrario, el discurso de aplicación presupone que hay una norma válida y que

sobre la decisión.[13] Con este paso – establecimiento del control de convencionalidad – la CoIDH ha superado aquella descripción tradicional de su función como órgano encargado de garantizar el goce del derecho o libertad conculcado, disponer la reparación de las consecuencias y el pago de una justa indemnización.[14] La CoIDH ha pasado a ser una corte supranacional que actúa como un tribunal constitucional que ejerce un control judicial fuerte.[15] Este control de convencionalidad se ha justificado en la muy trillada idea de que los derechos son triunfos frente a la mayoría,[16] que como veremos no se compadece con el desacuerdo que existe en nuestras sociedades plurales sobre lo que los derechos implican y, por tanto, sobre si una determinada ley los violenta o no.[17]

Podría decirse incluso que el control que ejerce la CoIDH es aún más fuerte que el de los tribunales nacionales, pues las posibilidades de respuesta o desafío por parte del legislador nacional son más limitadas, hay una brecha mayor entre quienes deciden y

la tarea sólo es identificarla correctamente, pues ya está ahí. El discurso de aplicación va acompañado de la idea de que la norma válida sirve como justificación para satisfacer demandas jurídicas. Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, *op. cit.,* pp. 366, 370, 381 y 382. En este sentido, Zurn nos recuerda que uno de las fallas que tuvo Habermas al pensar sobre el control judicial es haber considerado que el tipo de discurso que llevan a cabo los jueces es uno de aplicación, en el que se busca la aplicación imparcial de normas de rango superior ya justificadas. El problema, nos dice Zurn, es que el discurso del control judicial de la ley no es análogo al discurso de los jueces ordinarios, pues las disposiciones constitucionales son abiertas y su interpretación está sujeta a desacuerdos razonables y profundos, por lo que tiene que desarrollarlas a través de su interpretación. Es decir, se trata de un discurso de justificación en el cual deben participar todos los afectados, lo que en principio torna ilegitimo al control judicial. Digo en principio, pues como veremos más adelante, bajo un determinado diseño institucional, la justicia constitucional puede estar justificada si sirve para reforzar la democracia deliberativa. Christopher F. Zurn, "A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. I, *op. cit.,* pp. 432, 435, 438, 439, 440 y 442.

13. Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. II, *op. cit.,* p. 314.

14. Véase el art. 63 CADH y Hernán Salgado Pesantes, "Justicia constitucional transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad *vs*. control de convencionalidad", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, *op. cit.,* p. 479.

15. Lo que caracteriza al control judicial fuerte es, según Waldron, que los tribunales tienen la autoridad para negarse a aplicar una ley en un caso particular (a pesar de que la ley en sus términos sea claramente aplicable al caso) o para modificar los efectos de esa ley para que su aplicación sea conforme con los derechos individuales (en un modo en que la ley misma no prevé). Además, los tribunales en estos sistemas tienen la autoridad de establecer que una ley o disposición legislativa dada no sea aplicada, lo que gracias al *stare decisis* se convierte en letra muerta. Una forma aún más fuerte de control judicial otorga poder a los tribunales para expulsar una ley del ordenamiento. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, v. 115, 2008, p. 1354.

16. Ronald Dworkin, "Rights as Trumps", en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights,* Oxford University Press, New York, 1984, pp. 153-167.

17. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* p. 1371. Así, como señala Martí la formulación generalmente abstracta de los derechos hace que necesitemos de algún intérprete constitucional que determine el concreto significado y alcance de cada principio y que resuelve los potenciales conflictos entre los mismos. De ahí que no pueda hablarse de "cartas de triunfo" frente a la decisiones de las mayorías democráticas. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.,* pp. 287 y 291.

quienes se benefician o perjudican de esas decisiones,[18] el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte es sumamente complicado[19] y tiene costos políticos muy altos,[20] así como el incumplimiento de sus sentencias conlleva la responsabilidad internacional del Estado y una merma en su reputación.[21]

Como se ha dicho en varias ocasiones, este tipo de control tiene el problema de privilegiar el voto de una mayoría de jueces sobre una mayoría de representantes, mientras que los primeros no son electos y no tienen que responder ante la ciudadanía por sus decisiones. De tal manera, se resta sentido a la representación e igualdad política en la toma de decisiones finales sobre los conflictos que presentan los derechos.[22] En efecto, un sistema en el que los tribunales tienen la decisión final sobre la constitucionalidad (léase también convencionalidad) o no de la ley, en tanto sus decisiones sólo pueden ser revertidas a través de una reforma constitucional con un proceso agravado, vulnera la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos. Esto, en tanto privilegia un procedimiento de toma de decisiones que no reconoce la igualdad efectiva de influencia política, lo que implica dominación de un parte de la población sobre otra.[23] En este caso, de un muy reducido grupo de jueces sobre la población en general.

Las características antes dichas, esto es, la supremacía de la CoIDH y el control de convencionalidad, le dan a sus decisiones un impacto similar o superior a las de los jueces nacionales. Con la agravante de que en la esfera internacional no existe y es muy difícil concebir una institución que incluya a todos los afectados en la formación

18. Siguiendo a Gargarella, esta brecha se traduce en que la ciudadanía no participa en los debates sobre derechos, se desconoce la existencia, la misión, las funciones o la composición de la CoIDH; sus miembros no son electos popularmente y tampoco son removibles por la ciudadanía; no hay forma de desafiar sus decisiones, y las decisiones del tribunal suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que también tienen problemas de legitimidad democrática, como los tribunales constitucionales nacionales. "Justicia Penal Internacional y deliberación democrática: Algunas notas sobre el caso Gelman", Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, pp. 11 y 12. Disponible en: http://www.scribd.com/doc/102274883/Justicia-Penal-Internacional-y-Deliberacion-Democratica-Gargarella

19. Así, por ejemplo, para von Bogdandy y Venzke los acuerdos alcanzados a escala internacional se sustraen del alcance de sus autores. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, *op. cit.,* pp. 20 y 22. En este sentido, es muy llamativa la opinión de uno de los ex presidentes de la CoIDH cuando señala que: "la aceptación de su competencia (de la Corte) constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en la Convención". Hernán Salgado Pesantes, "Justicia constitucional transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad *vs*. control de convencionalidad", *op. cit.,* p. 481.

20. Como dicen von Bogdandy y Venzke justificar la legitimidad de los tribunales internacionales basados en que siempre se puede salir de un tratado internacional es un argumento tan insatisfactorio como aquél que se utiliza para justificar la autoridad de la autoridad nacional, en el sentido de que siempre se puede emigrar a otro lugar. Ibidem, p. 23.

21. Eyal Benvenisti y George W. Downs, "Prospects for the Increased Independence of International Tribunals", en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, *op. cit.,* p. 120.

22. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* p. 1353.

23. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.,* pp. 209, 210, 262, 292, 294.

colectiva de la voluntad[24] – como son los parlamentos nacionales – que sirva como su contrapunto.[25] Esta asimetría de los poderes a escala internacional y la ausencia de un sistema político[26] y de una esfera pública,[27] convierte a ese *derecho transnacional de juristas*, que trabajan con conceptos indefinidos y disputados, en un producto ilegítimo,[28] por lo menos bajo las condiciones descritas.

2. La concepción de los derechos y los criterios de legitimidad del proceso de interpretación según la democracia deliberativa

Como se sabe, hay diversas formas de concebir la democracia, por ejemplo, democracia como mercado, democracia pluralista, democracia agonista etc.,[29] por lo que desde ahora hago explícito mi punto de partida. Mi análisis sobre la legitimidad del diálogo judicial estará basado en la teoría de la democracia deliberativa. Si bien es cierto que las definiciones sobre la democracia deliberativa difieren ampliamente unas de otras, en todas ellas existe un sólo núcleo de fenómenos que las caracterizan.[30] Así, todas concuerdan en que el concepto incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes (parte democrática), y que han de ser tomadas por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad (parte deliberativa).[31] Como veremos más adelante, el principal problema que aqueja a los estudios sobre el diálogo judicial es el descuido del elemento democrático que los lleva a defender deliberaciones no democráticas.[32]

24. Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.,* pp. 319 y 320.
25. De hecho la disputa entre Estados hace que la posibilidad de respuesta a través de una declaración interpretativa o de la modificación de un tratado sean muy bajas. Armin von Bogdandy y Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.,* pp. 9 y 24.
26. Ibidem, pp. 5, 20, 22 y 23. De los mismo autores "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* p. 476.
27. Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.,* pp. 316. Sobre la necesidad de una esfera pública en una democracia deliberativa véase Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.,* pp. 26, 27, 35 y 39.
28. Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.,* pp. 307, 319 y 320. En este sentido, von Bogdandy y Venzke señalan que uno de los aspectos de la gobernanza global es su aislamiento frente al proceso político legislativo y a la crítica de la opinión pública. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.,* p. 5.
29. Para una descripción sucinta de estas teorías véase J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.,* pp. 65-73.
30. John Elster, "Introducción", en John Elster (compilador), *La democracia deliberativa*, trad. José María Lebrón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 21. Cabe precisar que Elster se refiere a las definiciones de democracia deliberativa planteadas en los trabajos que conforman el libro citado, sin embargo, me parece que su descripción nos es útil.
31. Idem.
32. Como ha explicado Martí, este autoritarismo epistémico se basa en la desconfianza que se tiene hacia las capacidades de los ciudadanos para determinar sus propias decisiones colectivas y en la creencia de que un pequeño cuerpo institucional formado por personas destacadas puede alcanzar respuestas correctas. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.,* pp. 253 y 254.

En relación con los derechos fundamentales la teoría de la democracia deliberativa reconoce que tienen una textura intencionalmente abierta y que su contenido específico está sujeto a desacuerdos profundos y razonables.[33] Estos desacuerdos no son vistos como algo que haya que erradicar sino que son la base misma de la democracia y de la necesidad de diálogo.[34] De hecho, si los derechos se encontraran ahí como hechos morales, respecto a los cuales no pudiera hacerse otra cosa que positivisarlos, los destinatarios no podrían sentirse como sus autores.[35] Sin embargo, en tanto principios no saturados, los derechos requieren de una ulterior interpretación, desarrollo y configuración;[36] por lo que su contenido y extensión son el resultado de procesos deliberativos[37] que en primer término corresponde llevar a cabo a la gente en su conjunto.[38] Esto es así, pues los desacuerdos sobre lo que implican los derechos en casos concretos no son sólo discrepancias interpretativas, sino que constituyen cuestiones morales y de principios muy profundas que tienen importantes consecuencias para la vida de mucha gente.[39]

Conforme a este punto de mira la autoridad de los tribunales no puede basarse en el argumento de que aplican correctamente las reglas establecidas, en tanto los derechos fundamentales son esencialmente controvertidos[40] y dejan un amplio espacio para diferentes valoraciones. Así, no es verdad que los derechos estén "fuera de la agenda", pues siempre estamos discutiendo su significado y alcance, lo que entra dentro del ámbito de la política.[41] Por ello es que ante el desacuerdo y el conflicto de valores e intereses que rigen a nuestras sociedades plurales, necesitamos de procedimientos que nos permitan seguir adelante a pesar de nuestros desacuerdos y que puedan reconocerse como legítimos por las partes involucradas.[42] Así:

33. Christopher F. Zurn, "A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review", *op. cit.,* p. 440.
34. Para esta visión el desacuerdo es visto como una fuerza creativa y no como un problema a erradicar. Cass Sunstein, *Designing Democracy What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 8. En el mismo sentido Habermas señala que el permanente riesgo que representa la contradicción, que representa el decir que no, queda institucionalizado en forma de discursos y convertido en la fuerza productiva de una formación de la opinión y la voluntad políticas presuntivamente racionales. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.,* p. 100.
35. Jürgen Habermas, "Epílogo a la cuarta edición", *Facticidad y validez*, *op. cit.,* p. 653.
36. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.,* p. 523.
37. Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, "Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, pp. 320 y 321.
38. Christopher F. Zurn, "Deliberative democracy and constitutional review", *Law and Philosophy*, núm. 21, 2002, p. 528.
39. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* p. 1367. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 61 y 62.
40. Aida Torres Pérez, "Conflict of Rights in the European Union. A. Theory of Supranational Adjudication", New York, Oxford University Press, 2009, p. 102.
41. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit*, p. 38 y 39.
42. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* p. 1373.

> […] el constitucionalismo no consistiría – como suele decirse – en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una *combinación de procedimientos,* ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. […] Toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser *estrictamente procedimenta*.[43]

Ahora bien, ¿cuáles son los requisitos que deben cumplir esta combinación de procedimientos para que el producto final sea legítimo? De acuerdo con la teoría discursiva del derecho tenemos los siguientes: (a) que sus destinatarios puedan entenderse como autores racionales de esas normas,[44] (b) que sean producto de una formación discursiva de la opinión y la voluntad común, es decir, no pueden basarse en decisiones arbitrarias y discrecionales sino que necesitan ser justificadas[45] y (c) que se acepte que las pretensiones de validez de las normas y valores son falibles y, por tanto, susceptibles de crítica y corrección.[46]

En otras palabras, la legitimidad de las decisiones que afectan a la colectividad no deriva de unos derechos o convicciones éticas que son consideradas como previas al proceso democrático,[47] sino de un proceso deliberativo entre seres humanos libres que son considerados iguales política y moralmente.[48]

3. ¿Qué entendemos por diálogo? y ¿sobre qué se dialoga?

De una revisión de la doctrina sobre el diálogo judicial es fácil advertir que existen muy diversas formas de describirlo, ya sea que nos refiramos a su forma,

43. Juan Carlos Bayón, "Derechos, Democracia y Constitución", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 217.
44. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.,* pp. 96, 169, 186, 202, 226 y 647. En este sentido Habermas señala que la cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública se muestra sólo cuando descifremos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la <autolegislación>, figura conforme a la cual los destinatarios de las normas son a la vez autores de sus derechos. Para Forst, esto implica que las razones que justifican las normas deben ser generales, es decir, que todos los sujetos deben tener las mismas oportunidades de presentar sus demandas y argumentos. Rainer Forst, "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *Ratio Juris*, V. 14, n. 4, diciembre 2001, p. 362. La participación en ese proceso de deliberación tiene que ser en condiciones iguales y simétricas; todos deben tener las mismas posibilidades de iniciar un discurso, preguntar, interrogar y abrir el debate; así como de cuestionar los temas de la conversación; reflexionar sobre las mismas reglas del procedimiento discursivo y la manera en que son aplicadas. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.,* p. 31.
45. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.,* pp. 91, 101, 136, 137, 202 y 224.
46. Ibidem, pp. 93, 95, 98, 100 101, 137, 247 y 646. Es verdad que Habermas cuando se refiere a estas condiciones está pensando en el procedimiento de producción legislativa, sin embargo, me parece que estos mismos requisitos pueden trasladarse al proceso de interpretación constitucional. En términos parecidos Forst se refiere al requisito de reciprocidad de las razones, según el cual quien presenta un alegato o argumento no puede hacer valer un derecho o recurso que deniega a otros, siendo que el alegato debe poder ser debatido y no determinado por una sola parte. Rainer Forst, "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *op. cit*, p. 362.
47. Jürgen Habermas, "Three normative models of democracy", *Constellations*, v. 1, n. 1, 1994, p. 4.
48. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.,* p. 27.

intensidad, estructura o perspectiva.[49] Por ello, es que una de las primeras tareas a las que debemos abocarnos es a definir qué entendemos por diálogo. Para los efectos de este trabajo la distinción que más me interesa resaltar es la que se da entre definiciones que describen una práctica determinada, por ejemplo, la cita recíproca de sentencias por parte de la CoIDH y la SCJN, y aquellas que pretenden establecer un ideal regulativo para el proceso de interpretación en el que participan jueces nacionales e internacionales.

En este último abordaje es en el que deseo enfocar mis esfuerzos, sin que por ello las definiciones descriptivas del diálogo dejen de ser útiles para otros efectos. De esta manera, propongo entender al diálogo constitucional[50] como un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces (pero no sólo ellos) escuchan y a la vez responden.[51] Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción.[52] En esa tesitura, el diálogo no sólo está enfocado en promover alternativamente la manifestación de ideas o afectos, sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva[53] en la que "las razones constituyen la moneda de

49. Para estas distinciones véase Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, mayo-agosto 2012, pp. 19-21. También puede ser de interése Allan Rosas, "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue", *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 2, 2007. Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994-1995.

50. Recuérdese que el diálogo judicial es sólo una manifestación del diálogo constitucional. La teoría del diálogo constitucional puede ser enmarcada dentro de la teoría de autores como Aarnio, quienes consideran que el discurso jurídico es un diálogo o, en general, un procedimiento discursivo. Aulis Aarnio, "La tesis de la única repuestas correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa*, n. 8, 1990, p. 33. No debemos perder de vista que no hay una sola teoría del diálogo, sino varias.

51. Owen M. Fiss, "The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, v. 93:1, 1979, p. 45. Esta es una definición propia y no sigue al pie de la letra la propuesta por Fiss.

52. Una distinción semejante la hace Tremblay al hablar de diálogo como conversación y diálogo como deliberación. En el primer caso, los participantes no tienen un objetivo específico más que el de explorar o crear un mundo y cuerpo común de significados, aprender de los otros o descubrir nuevas perspectivas. No hay un debate o argumentación fuerte. Es un intercambio informal de ideas, opiniones, sentimientos, etc. Por otro parte, el diálogo como deliberación tiene propósitos prácticos: tomar decisiones, llegar a un acuerdo, solucionar colectivamente problemas o conflictos, etc. El diálogo como deliberación implica que los participantes se reconozcan como iguales; todos deben tener las mismas oportunidades de adelantar tesis, hacer propuestas, defender determinadas opciones y de tomar parte en la decisión final. Nadie puede ser excluido o puede imponer el resultado por decreto, ni puede haber jerarquía que permita a alguno de los participantes poner fin al desacuerdo. Así, la deferencia o sumisión a las visiones de otros es incompatible con la idea de un diálogo entre iguales. Se trata de persuadir y no de ejercer coerción, por lo que debe haber disposición de los participantes a exponer sus opiniones a un análisis crítico y a cambiarlas. Luc. B. Tremblay, "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", Int, l J. Const. L., V. 3, n. 4, 2005, pp. 630-632 y 638.

53. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, New York, Cambridge, 2007, p. 70.

un intercambio discursivo, mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica".[54]

Varios son los elementos que se desprenden de esta definición y que más adelante nos servirán para analizar el <diálogo> que existe entre la CoIDH y la SCJN. (1) Según esta propuesta la mera cita de decisiones extranjeras no puede considerarse como un diálogo, ya que para que este exista deben valorarse y criticarse las razones que sustentan los fallos. (2) Los participantes del diálogo deben estar en pie de igualdad, de ahí que la referencia al diálogo vertical (utilizado normativamente) genera escepticismo. Esta verticalidad se traduce en que algunas de las partes del diálogo tiene la última palabra interpretativa, pudiendo cerrar la discusión con su sentencia.[55] En mi opinión, la verticalidad u horizontalidad del diálogo es determinante para el involucramiento recíproco entre tribunales,[56] pues cuando una de las partes tiene atribuida la última palabra interpretativa, el hecho de que el diálogo se convierta o no en un monólogo es una decisión unilateral. (3) El diálogo está enfocado a la toma de decisiones,[57] y (4) Cualquier proposición es susceptible de crítica, por lo que la única coerción posible es la del mejor argumento.[58]

Otra pregunta tiene que ver con el objeto del diálogo. La mayoría de la doctrina ha enfocado su atención en el diálogo sustantivo, es decir, en el contenido de los derechos. De hecho que sean los derechos fundamentales el objeto del diálogo – y de las decisiones – judicial(es) es lo que hace surgir nuestra preocupación democrática. Sin embargo, el diálogo versa también sobre las competencias de cada órgano involucrado. Así, por ejemplo, la CoIDH ha establecido un diálogo con cada uno de los tribunales nacionales sobre dos ámbitos distintos aunque interrelacionados: (a) su competencia

54. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.,* p. 98.
55. Es necesario distinguir entre la última palabra interpretativa y la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. La última palabra interpretativa se refiere a quién tiene institucionalmente atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional, lo que se traduce en que su interpretación es vinculante para los otros actores constitucionales. Así, por ejemplo, si un tribunal tiene atribuida la última palabra interpretativa, la doctrina que dicte en cualquier proceso de su conocimiento, cuyo objeto sea o no el control de la ley, es vinculante para los otros jueces, el legislador, el ejecutivo y en algunos sistemas, para la ciudadanía. Por su parte, la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley se refiere a quién tiene la facultad para decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución. Así, por ejemplo, en Alemania, España y México esta facultad la tienen los jueces. El punto es que no necesariamente quien tenga la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley tiene que ostentar la última palabra interpretativa.
56. Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", *op. cit.,* p. 112. Según Clérico la CoIDH no se muestra receptiva a las interpretaciones producidas por los tribunales locales. Hasta ahora, señala la profesora argentina, la CoIDH no ha hecho gala de una interacción interpretativa fluida, aunque considera que algo parece estar cambiando a partir del caso "Gelman c. República del Uruguay" del año 2011. Laura Clérico, "Tendencias argumentativas jurisprudenciales en materia de igualad en América Latine y el Caribe: más del principio antidiscriminatorio, la igualdad como no dominación desde la perspectiva de la redistribución y el reconocimiento", ponencia presentada en el Instituto Max Planck para Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado en el Seminario Justicia Constitucional y diálogo jurisdiccional, Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, celebrado el 24 y 25/11/2011.
57. De hecho en el diálogo judicial se entabla a través de sentencias.
58. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.,* pp. 86, 91, 101,136, 137, 168, 202 y 224.

interpretativa y (b) su competencia para controlar las leyes internas con base en la CADH.[59] La importancia de la respuesta que se dé a estas dos cuestiones radica en las implicaciones que tiene para la forma en que se desarrolla el diálogo judicial.

4. Sobre la legitimidad del <diálogo> entre la CoIDH y la SCJN: crónica de un monólogo anunciado

Si seguimos con el caso de la relación entre la CoIDH y la SCJN tenemos que la CADH y la Constitución Mexicana han establecido algún tipo de de comunicación *ex lege*, pues han sido los propios ordenamientos los que obligan a tener en cuenta la jurisprudencia ajena y a reconocerse como interlocutoras.[60] Por un lado, la Suprema Corte tiene la facultad de interpretar la Constitución y la CADH en el curso de los asuntos que le corresponde resolver, siendo que los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.[61] Por el otro lado, la CADH otorga a la CoIDH la facultad para interpretar la Convención,[62] que en tanto prevé derechos en términos similares o iguales a la Constitución provoca una superposición interpretativa.[63]

Así, la Constitución y la CADH no establecen una jerarquía en materia interpretativa entre ambas Cortes, más bien reconocen que – ambas – tienen algo que decir sobre los derechos fundamentales. Lo paradójico es que la relación de jerarquía fue establecida a través de un diálogo en el que la SCJN aceptó la vinculatoriedad para todos los jueces nacionales y para sí misma – cuando el Estado mexicano ha sido parte en un litigio – de la doctrina contenida en los fallos de la CoIDH.[64] En efecto, si bien la CADH prevé la facultad de la CoIDH para interpretarla, ésta no le otorga una posición privilegiada ni determina la fuerza vinculante de su jurisprudencia. Así, esta sujeción de los tribunales nacionales a la interpretación de la CoIDH no viene impuesta por la CADH, sino que atiende a la idea de que se trata de una jurisdicción

59. Esta distinción está inspirada en Rafael Bustos Gisbert "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.,* pp. 26 y 27.
60. Ibidem, pp. 19 y 32. Estas conexiones pueden implicar para los tribunales involucrados considerar a sus constituciones como parte de un cuerpo más amplio de documentos internacionales, lo que a su vez puede repercutir en el deseo o no de mirar hacia o entablar un diálogo con la jurisprudencia de otros tribunales. Tara Leigh Grove, "The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation", *Harvard Law* Review, v. 114, 2000-2001, pp. 2063 y 2072.
61. Arts. 1º, 103, f. I, 105, f. II, incisos b), c) y g) y 133.
62. Arts. 62 y 64.
63. Rafael Bustos Gisbert "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit*., p. 26. Bustos se refiere a la superposición entre las regulaciones de distintos ordenamientos sobre un mismo objeto.
64. Véase Caso Radilla Pacheco *vs*. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23/11/2009. Serie C, núm. 209, párr. 339. Y la Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, párrs. 15 y ss., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4/10/2011. En esta Resolución la Suprema Corte distingue entre la doctrina sostenida en los litigios en que el Estado Mexicano es parte, en cuyo caso es obligatoria para todos los poderes, mientras que en los casos en que no ha sido parte sólo tendrá el carácter de criterio orientador.

supranacional de mayor imparcialidad y calidad,[65] lo que convierte al otro participante del diálogo en un sujeto dispensable.[66]

De ahí que no basta con hacer referencia al texto de la CADH para sustentar dicha posición, pues en realidad se trata de una decisión que atiende más a la concepción que se tenga de la CoIDH y del papel que ésta debe jugar en el sistema interamericano.[67] Pues incluso aquellos que reconocen que ninguna norma del Pacto de San José de Costa Rica le da a la doctrina de la CoIDH carácter vinculante – salvo para el caso concreto – se esmeran en encontrar la respuesta en los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A cuyo tenor, según estos autores, se impone la vinculatoriedad moral y jurídica de la doctrina, en tanto el incumplimiento de los tratados y directivas de la CoIDH genera la responsabilidad internacional del Estado (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante CVDT). [68]

El problema con esta postura es que utiliza como fundamento el art. 27 CVDT que se refiere a la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados, en cuyo caso habrá responsabilidad del Estado, pero que no dice nada sobre la fuerza vinculante de la doctrina. Es decir, para que haya incumplimiento de una obligación lo primero que tenemos que definir es qué implica esa obligación. Así, lo que nos estamos preguntando es si existe la obligación o no de seguir la doctrina de la CoIDH más allá del caso concreto y quién está obligado a hacerlo. Sólo en caso de responderse afirmativamente a esta pregunta, es que no podría alegarse el derecho interno para no seguir la doctrina de la CoIDH (conforme

65. Gabriela Rodríguez Huerta, "Derechos humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos", en Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Secretaria de Relaciones Exteriores, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 213 y 214. El problema de esta postura es que no hace explícito qué entiende o cómo es que se logra esa mayor imparcialidad y calidad de las decisiones, más allá de que desconoce el hecho de que algunas cortes internacionales son agentes de Estados poderosos. Eyal Bevenisti y George W. Downs, "Prospects for the Increased Independence of International Tribunals", *op. cit.,* p. 101. Con ello no quiero decir que ese sea el caso de la CoIDH, sino que la conclusión a la que llega Rodríguez no puede alcanzarse tan rápidamente.

66. Como señala Bustos, en el diálogo judicial las razones esgrimidas por el resto de los tribunales involucrados en él son determinantes para la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables. Por tanto, requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. De esta manera, ningún tribunal puede tener el monopolio y compite a menudo con otras instituciones en su interpretación. Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.,* p. 31.

67. Como dice Prieto Sanchís, no debemos perder de vista que en el debate sobre la última palabra lo que se discute son problemas ideológicos y de poder, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica, no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral. Esto, porque junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 134 y 135.

68. Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 147, 148, 154 y 155.

al art. 27 CVDT). De ahí que para establecer si el seguimiento de la doctrina de la CoIDH es una de las obligaciones asumidas por los Estados en la CADH no basta con citar el art. 27 CVDT, sino que se necesita de otra disposición. Lo que en mi opinión tampoco se contesta con los arts. 1.1 y 2 de la CADH.[69]

Veamos ahora lo que dispone el art. 62.3 de la CADH. Este art. prevé que 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, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia. Como se puede apreciar, del texto de dicha disposición tampoco se desprende que la CoIDH tenga la última palabra interpretativa,[70] pues perfectamente podría entenderse que su facultad de interpretar la CADH no le permite cerrar el debate a través de sus sentencias. De ahí que, de nueva cuenta, la lectura que adoptemos depende más del papel que le queramos otorgar a la CoIDH en el entramado del sistema interamericano.

Ahora bien, la decisión de que sea la CoIDH la que tenga la última palabra tiene importantes implicaciones. En primer lugar agrava la objeción democrática del control judicial de la ley, en la medida en que no existe contrapeso legislativo a nivel internacional y que en el nombramiento de los jueces que la integran, no participa el poder legislativo nacional, lo que priva a dichos jueces de la muy discutida legitimidad indirecta que tienen los jueces nacionales.[71] Con ello no quiero decir que si estos últimos tuvieran la última palabra la objeción democrática desaparecería, sino que en términos comparativos, por el contexto en el que se desenvuelven los jueces internacionales, la objeción es mucho más intensa cuando son éstos los que ostentan la última palabra.

En segundo lugar, la primacía de la CoIDH rompe con la posición de igualdad que requiere un diálogo genuino, en el que la continuidad de la discusión no puede quedar al arbitrio de una de las partes. De hecho, no es difícil esperar que este diálogo se convierta en un monólogo en el que la CoIDH sea la que habla y la SCJN la que escucha, pues para que un diálogo pueda desarrollarse ninguno de los participantes debe tener una autoridad completa sobre el otro y deben tener la misma oportunidad de

69. Como lo señala Hitters, sin desarrollar argumento alguno. Idem.
70. En esta apartado con "última palabra" me estoy refiriendo a la última palabra interpretativa.
71. Como nos explica Gargarella, la objeción a la legitimidad indirecta no dice que el Poder Judicial esté en contradicción con, o sea enemigo de la democracia, sino que dado su menor grado de legitimidad democrática, debe mantenerse alejado de algunas tareas que reservamos para los órganos que cuentan con mayor legitimidad democrática. Roberto Gargarella, "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución", en Roberto Gargarella (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Colaboradores Lucas Arrimada, Federico Orlanco y Nadia Rzonscinsky, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p.154. En el mismo sentido Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* pp. 1391 y 1394. Sobre los distintos métodos de elección de los jueces internacionales véase Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* p. 496.

participar.[72] Lo primero significa que cada tribunal debe tener la capacidad de ejercer presión sobre el sistema del otro tribunal, pero sin que pueda imponer su voluntad. Esto es, hay un grado de autonomía en la interpretación de los derechos. Lo segundo se traduce en que todos los participantes deben poder presentar una interpretación y contradecir (desafiar) la interpretación de los otros.[73] Como hemos visto, ninguno de estos requisitos se cumple cuando es la CoIDH la que tiene la última palabra.

Para algunos, la última palabra de la CoIDH podría estar justificada con el fin de asegurar la eficacia de la CADH y del emergente proceso de integración. Sin embargo, lo cierto es que también podría darse el resultado contrario, esto es, desincentivar a los tribunales nacionales a cooperar e involucrarse en el diálogo, generando resistencias y reafirmación nacional.[74] Por eso es que, en mi opinión, lo que en el fondo reflejan estas posturas es una valoración distinta del desacuerdo; mientras que la primera lo ve como un problema y busca una interpretación totalmente coincidente, la segunda lo considera una fuerza creativa y le basta con que no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta.[75]

De esta forma, la relación jerárquica de la CoIDH hace caer por los suelos a las teorías que intentan legitimar al diálogo judicial basadas en la posibilidad de que todos los sujetos a una decisión colectiva puedan participar en una deliberación auténtica a través de la cual se tome esa decisión.[76] En efecto, partiendo de una aproximación constructivista de los derechos, estas teorías consideran que para su interpretación los tribunales supranacionales deben involucrarse en un diálogo *horizontal* con los tribunales nacionales intentando arribar a una interpretación en la que todos puedan coincidir, aunque en el momento no suceda así.[77] De esta manera, se demuestra la igual consideración que se tiene respecto a la identidad constitucional de cada uno de los miembros de la comunidad.[78]

Dicho diálogo, que se desarrolla en el tiempo y cuyo resultado interpretativo no debe considerarse como fijo, puede arrojar los siguientes beneficios: (a) la obtención de resultados más racionales para la comunidad en su conjunto, en tanto promueve el conocimiento y el entendimiento de los intereses y valores en conflicto, integrando diferentes voces y perspectivas; (b) la promoción de la participación de los miembros, lo que permite considerar a la interpretación como un resultado compartido; (c) el

72. Aida Torres Pérez, "Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication", *op. cit.,* p. 118.
73. Ibidem, pp. 124 y 126.
74. Ibidem, pp. 116,117 y 125.
75. En términos semejantes habla del pluralismo Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.,* pp. 22 y 39.
76. Aida Torres Pérez, "Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication", *op. cit.,* p. 105.
77. Ibidem, pp. 109 y 110. Como veremos más adelante, el problema de estas teorías es que sólo se enfocan y les es suficiente el diálogo entre tribunales, cuando el diálogo para ser legítimo requiere de la participación del pueblo y de sus representantes.
78. Ibidem, p. 111.

ayudar a la construcción de una identidad común y facilitación de la interacción en un contexto de pluralidad, y (d) el tomar el conflicto como una oportunidad para alcanzar interpretaciones a nivel supranacional que puedan acomodar de mejor manera los valores y sensibilidades de todos los participantes.[79]

Desde este punto de mira, el problema de la relación jerárquica es que no se toma en serio la pluralidad de voces, desincentiva la participación de los demás implicados y puede generar que la CoIDH desatienda las identidades de cada uno de los Estados miembros. Todo lo cual repercute en la calidad del proceso deliberativo, en tanto la pluralidad de voces incentiva el debate y la crítica de "verdades" hegemónicas.[80] Así, con el predominio de una de las dos jurisdicciones se desconoce el pluralismo y se vuelve a un monismo clásico,[81] que hace fútil el diálogo judicial;[82] pues una cosa es que la CADH y la Constitución prevean el reconocimiento de la CoIDH como un interlocutor cuya doctrina será atendida según la *auctoritas* reconocida por los tribunales nacionales y otra es que ésta deba obedecerse por un argumento de autoridad.[83]

Ahora bien, suponiendo que la CoIDH y la SCJN estuvieran en una posición horizontal y hubiera un diálogo fluido en pie de igualdad, ¿eso legitima al diálogo judicial? No, pues este argumento no hace frente a la necesidad democrática de que las decisiones sean tomadas en un proceso deliberativo que incluya a todos los afectados.[84] En este sentido, el error más grave que cometen las teorías del diálogo judicial y su pretensión de legitimidad es haberse enfocado sólo en el supuesto valor epistémico

79. Ibidem, pp. 112-117. No debe perderse de vista que las consideraciones de Torres Pérez se hacen con vista en el Tribunal de Justica de la Unión Europea. Sin embargo, considero que sus reflexiones también son de utilidad para el sistema interamericano en el que se propugna por una integración a través del derecho. En un sentido similar a Torres Pérez véase Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", *op. cit.,* pp. 133-135. Esta última autora agrega que el diálogo judicial sirve para difundir y elevar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, este argumento no toma en cuenta el descuerdo que tenemos sobre el contenido concreto de los derechos y no nos dice a qué se refiere con "elevar" la protección, pues eso depende de quién haga dicha valoración. Pero además, da por sentado – sin aportar mayor prueba – que los jueces hacen un mejor trabajo al interpretar los derechos Larry Kramer, Undercover Anti-Populism", *Fordham Law Review*, v. 73, 2005, p. 1352 y asume que los tribunales están libres de los grupos de presión, de ideología y de prejuicios. Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia,* trad. Jorge Urdánoz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, 2010, p. 115.

80. Erik Oddvar Eriksen, "An Emerging European Public Sphere", *op. cit.,* p. 358.

81. Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.,* p. 25. Para Bustos el predominio de alguna jurisdicción hace que no estemos ante una situación de pluralismo. Sin embargo, en mi opinión, más bien se desconoce sin que por ello deje de existir.

82. Así, me separo de la idea de MacCormick en el sentido de que en un contexto de pluralismo la máxima autoridad dentro de cada sistema debe tener el poder de decir la última palabra interpretativa, pues en mi opinión, el pluralismo se congenia mejor con un diálogo fluido en el que nadie tiene la última palabra, en el que los interlocutores deben prestar atención y tener consideración respecto a lo que dicen los otros. Pues sólo así, es que se logra que la pluralidad no se convierta por la fuerza en unidad. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty,* p. 118.

83. Bustos Gisbert distingue entre el reconocimiento del interlocutor, por un lado, y la intensidad de ese reconocimiento que depende de la *auctoritas*, por el otro. Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.,* p. 32.

84. Este punto lo hace Erik Oddvar en relación con la gobernanza europea, criticando las posturas a las que les basta la deliberación. Erik Oddvar Eriksen, "An Emerging European Public Sphere", *op. cit.,* pp. 296-298.

de la deliberación judicial, olvidando la importancia que tiene la igual autonomía política e igualdad dignidad.[85] Esto es así, pues no integran en posición de igualdad al proceso de interpretación a los otros actores constitucionales, en particular, al pueblo y a sus representantes.

5. El control de convencionalidad ejercido por la CoIDH. Fuente y contenido de la decisión

Como ya he apuntado *ut supra*, reflexionar sobre la legitimidad del diálogo judicial implica también hacerlo sobre el alcance de las sentencias en las cuales se plasma. Por ello es que debemos plantearnos cuál es la legitimidad democrática del control de convencionalidad ejercido por la CoIDH y sus alcances. Esto porque dicho control es el arma más fuerte que tiene la CoIDH para "hablar" con los jueces y legisladores nacionales.[86] Además, porque ha sido a través de las decisiones relacionadas con el control de convencionalidad que la CoIDH ha reclamado para sí la última palabra interpretativa sobre los derechos fundamentales previstos en la CADH y, por superposición, de los derechos previstos en las constituciones nacionales. Finalmente, porque si dicha superioridad alcanza a los legisladores nacionales, es decir, si también se encuentran vinculados a la doctrina establecida en la sentencias de la CoIDH y, por tanto, no pueden responder a las sentencias en las que declara la inconvencionalidad de una ley, el monólogo judicial de la CoIDH se vuelve ilegítimo.

Al pensar en la legitimidad del control de convencionalidad hay que empezar por distinguir entre su fuente y contenido, pues como dice Bayón no debemos confundir la naturaleza del contenido de una decisión con la de su fuente: que un diseño institucional que limita el autogobierno haya sido adoptado a través de un acto democrático no cambia el carácter de aquél.[87] En este sentido, la primera pregunta que debemos

85. El valor epistémico se refiere a que a través de la deliberación hay mayores probabilidades de obtener o hace presumir que los resultados son correctos (Martí) o racionales (Habermas); mientras que la igual autonomía y dignidad se traduce en la igualdad formal de influencia política. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.,* pp. 193-201, 206-210. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.,* p. 214. Aunque también el valor epistémico del diálogo judicial puede ponerse en duda, pues el aumento de la información disponible – una de las condiciones necesarias para que una decisión tenga valor epistémico – depende de la participación de los potencialmente afectados por la decisión (en este caso, la interpretación constitucional). Asimismo, resulta casi imposible establecer mecanismos fiables de selección de las personas que cuenta con una mayor competencia epistémica. Más allá, de que no tenemos forma ni siquiera aproximada de seleccionar a personas que sean suficientemente honestas como para asegurar que no se aprovecharán de su mayor capacidad de influencia política en su propio beneficio. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.* pp. 194, 196 y 263.

86. Más allá de que como veremos se trata de una expansión competencial con dudosa base legal. Christina Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *op. cit.,* pp. 297, 298 y 302.

87. Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 336 y 337. He utilizado los términos que Bayón emplea porque me parece que son muy ilustrativos, sin embargo, no hay que olvidar que esta distinción está basada en Waldron quien distingue entre el método democrático de una decisión y su carácter democrático. *Derecho y desacuerdos,* trad. José Luis Martí y Agueda Quiroga. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 305 y 306.

plantearnos es la de la legitimidad de la fuente del control de convencionalidad, es decir, quién otorgó a la CoIDH, y conforme a qué método, la facultad para declarar la contradicción entre los derechos humanos previstos en la CADH y una ley nacional, teniendo como consecuencia su eventual inaplicación por parte de los jueces nacionales.[88] Como veremos en seguida, esta primera pregunta suele dirigirse al fundamento legal de esa decisión, por ejemplo, señalando que es la Convención la que le otorga esa facultad. Pero es que cuando decimos que la CADH es su fundamento, implícitamente estamos afirmando que quien aprobó el tratado a través de un determinado método le dotó de legitimidad a la decisión. La segunda pregunta, por su parte, está enfocada a valorar la naturaleza (entiéndase democrática o no) del contenido de esa decisión, es decir, en los efectos de ese control de convencionalidad llevado a cabo por la CoIDH. En efecto, que la consecuencia del control sea la inaplicación de una ley nacional hace mucho más complicado justificarlo desde una perspectiva democrática.[89]

Empecemos por la *fuente* de la decisión. El argumento más común es que si la CoIDH ha establecido y algunos tribunales nacionales han aceptado el control de convencionalidad junto con la vinculatoriedad de su interpretación, es porque el propio Estado en ejercicio de su soberanía firmó la CADH y aceptó la competencia contenciosa de la CoIDH,[90] por lo que en caso de no estar de acuerdo deben denunciar el Pacto de San José de Costa Rica. Es decir, la decisión no ha sido de los tribunales sino de los propios Estados que firmaron la Convención, que la CoIDH y los tribunales sólo ejecutan.[91] En este sentido, la CoIDH considera que la fuente de su facultad está en el efecto útil de la Convención y al art. 27 CVDT.

88. Cuando no es que la propia CoIDH la declara "sin efectos" como si se tratara de una invalidez.

89. En el ámbito interno hay distintas experiencias que nos pueden ayudar a pensar sobre un control judicial que no sufra de la objeción democrática que a su vez nos sirva como instancia de enfriamiento. Así, por ejemplo, en determinados casos y por un tiempo determinado en Canadá las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo pueden revertirse por el parlamento; o en Nueva Zelanda donde el Tribunal sólo puede interpretar las leyes de conformidad con la Carta de derechos sin declarar su nulidad; o en Inglaterra donde los tribunales pueden hacer interpretaciones conformes de las leyes nacionales con la Convenio Europeo de Derechos Humanos o a lo sumo declarar su incompatibilidad – sin nulidad. Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, pp. 722, 728, 729 y 733. De estos tres casos el de Canadá es el que más dudas ha generado a la doctrina al no ejercerse en la práctica. Ibidem, pp. 724 a 727. En este mismo sentido Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* pp. 1356.

90. En este sentido, Grabriela Rodríguez señala que los Estados han adquirido soberanamente obligaciones en materia de derechos humanos, las cuales son interpretadas por órganos internacionales que han sido facultados por los tratados como legítimos intérpretes de dicho *corpus* normativo internacional. Los Estados son quienes confiaron a dichos órganos la vigilancia e interpretación de las obligaciones adquiridas por ellos de manera soberana; son ellos quienes crearon los sistemas de protección, y son ellos los responsables de la vigencia y protección de los derechos contemplados y protegidos por dichos sistemas. Gabriela Rodríguez Huerta, "Derechos humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos", *op. cit.,* p. 215.

91. Néstor Pedro Sagüés, "El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?, op. cit.,* pp. 452, 457 y 458.

El argumento del efecto útil, es decir, que "las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos"[92] es parecido a aquél que en su día haría el juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison*, en el sentido de que si la constitución es norma suprema cualquier norma inferior que se le opusiera debía ser declarada inválida, pues de lo contrario perdería sentido. Lo cierto es, como dice Prieto Sanchís, que el establecimiento del control judicial de la ley no puede verse como una necesidad lógica e inexorable de la mera existencia de una constitución,[93] como tampoco la necesidad de implementación de la CADH implica necesariamente que debe hacerse a través de la inaplicación judicial de las normas nacionales. Es más, como analizaremos en seguida, la CADH estableció otros medios para tal efecto.

¿Pero qué hay del art. 27 CVDT? En mi opinión, tampoco es fundamento suficiente, pues como ya he dicho, este art. sólo prohíbe alegar derecho interno para incumplir con las obligaciones previstas en el derecho internacional, pero nada dice sobre las consecuencias respecto a la validez de normas internas cuando contravengan una obligación internacional.[94] Así, de nueva cuenta, el fundamento del control de convencionalidad lo tendríamos que encontrar en otra fuente. Sin embargo, dicha consecuencia tampoco parece desprenderse de la CADH.[95] Por un lado, porque el art. 63, inciso 1, sólo establece que la CoIDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Por otro lado, porque el art. 64, inciso 2 sólo se refiere a la facultad de la CoIDH para dar, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Es decir, la propia CADH quiso limitar el alcance de las facultades de la CoIDH frente a los legisladores nacionales, muy lejos de declarar la invalidez de una ley y/o ordenar su inaplicación. Dicha interpretación se ve corroborada por el art. 2 CADH, pues como bien ha señalado Binder dicha disposición requiere la acción doméstica – y no la internacional – para ajustar su legislación a la Convención.[96]

Recapitulando. El control de convencionalidad no tiene como fuente a la CVDT ni a la CADH sino a los propios jueces de la CoIDH. Así, resulta imposible hablar de

92. CoIDH. Caso de Almonacid-Arellano *et. al. vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 124. Radilla Pacheco *vs.* México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23/11/2009. Serie C, n. 209, párr. 339.
93. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 155.
94. Christina Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *op. cit.,* pp. 311.
95. Ibidem, pp. 297, 298, 302, 311, 312 y 313.
96. Ibidem, p. 311.

una fuente democrática del control de convencionalidad. Ahora bien, aun suponiendo que la fuente de dicha facultad fuera la CADH eso no bastaría para legitimar dicho control, pues para ello es necesario preguntarnos sobre la naturaleza (democrática o no) del contenido del control de convencionalidad, o más específicamente, sobre la inaplicación de las leyes nacionales.

Supongamos por un momento que la inaplicación de las leyes nacionales fuera una de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones asumidas al firmar la CADH. Si esto fuera así, la pregunta subsecuente que tendríamos que plantearnos es ¿cuándo se incumplen las obligaciones impuestas por los derechos humanos en la CADH?, por ejemplo, ¿exactamente a qué nos obliga el derecho que tienen los indivíduos a que el Estado respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5.1 CADH)? ¿Este deber conlleva la responsabilidad del Estado en caso de que no garantice la seguridad de la población? ¿Esa responsabilidad también se generaría en caso de que el Estado haya actuado lícitamente y conforme a sus posibilidades? ¿Quiénes deberían ser consideradas como víctimas de una situación general de inseguridad? ¿Qué tipo de reparación debería haber? ¿En qué casos y bajo qué condiciones?, etc.[97] Con estas preguntas lo que quiero dejar en claro es que a fin de cuentas, con el control de convencionalidad no asumimos la obligación de cumplir con los derechos básicos (previstos en la CADH), sino con lo que entienda la mayoría de los jueces supranacionales que constituye el contenido de esos derechos.[98]

Sólo con esta idea en mente es que podremos analizar en sus justos términos las implicaciones democráticas que tiene una declaración de inconvencionalidad en el sistema interamericano. En efecto, de acuerdo a como ha sido establecido el control de convencionalidad, esto es, un control judicial fuerte que obliga a los jueces nacionales a inaplicar una ley cuando sea contraria a la interpretación de la CoIDH o a su propia interpretación – de los jueces nacionales – de la CADH, sin posibilidad de que el legislador nacional pueda objetar ese decisión,[99] se puede decir que la objeción democrática se presenta con toda su fuerza. Esto es así pues: (a) el proceso judicial no trata igualmente la perspectiva de cada indivíduo, en tanto no contamos como uno y sólo uno, sino que se impone la visión de los miembros del tribunal por su *status*;[100] (b) al contrario de lo que sucede con los políticos elegidos, los jueces no tienen los incentivos suficientes para atender las opiniones de los ciudadanos, ni se desenvuel-

97. Con este argumento no quiero decir que la CoIDH no pueda jugar un papel importante en la consolidación de una democracia basada en la participación y deliberación, sino que ese papel no consiste como suele argüirse – sin mayor calificación – en la "protección de derechos fundamentales" cuyo contenido es permanentemente disputado.
98. Juan Carlos Bayón, "Derechos, democracia y constitución", *op. cit.,* p. 215.
99. La CoIDH ha señalado que los legisladores se encuentran obligados a seguir su jurisprudencia, por lo que en principio no habría espacio para una respuesta legislativa ordinaria. Caso Radilla Pacheco *vs*. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23/11/2009. Serie C, n. 209, párr. 340.
100. Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.,* pp. 178, 179 y 182.

ven en un procedimiento equivalente al legislativo en el que no hay diferencia de *status*;[101] (c) no existe una fuente objetiva de sabiduría moral y política y, por tanto, la probabilidad de un desacuerdo razonable sobre el contenido de la constitución reduce seriamente las posibilidades de que algún tipo de uso público de la razón produzca convergencias hacia la solución correcta,[102] y (d) las ideas judiciales de la moralidad son tan diversas y falibles como las de los legisladores.[103]

En efecto, ante el hecho del pluralismo y el desacuerdo y la necesidad de tomar una decisión sobre el contenido de nuestros derechos, que sean los jueces los que tengan la decisión final parece un insulto.[104] En primer lugar, porque no es verdad que se trate de una oposición entre quienes quieren proteger los derechos (léase los que están a favor del control judicial de la ley) y los que no. Sino de quién debe decidir qué interpretación debe prevalecer – a la luz de los valores de igualdad y autonomía – cuando se enfrentan dos visiones razonables sobre los derechos.[105] En segundo término, porque es falsa la afirmación de que los tribunales sean más aptos para interpretarlos, pues están sujetos a las mismas presiones sectarias que los legisladores; además de que la necesidad de referirse a los precedentes, textos constitucionales y a su propia doctrina son cuestiones que distraen la discusión.[106] En tercer lugar, porque el control judicial de las leyes privilegia la mayoría de votos de un pequeño número de jueces sobre las decisiones de los ciudadanos y sus representantes, vulnerando así la igualdad de influencia política y la neutralidad respecto a los resultados que se salvaguardan a través del voto y la regla de la mayoría.[107] Así, tal y como ha sido establecido, el contenido del control de convencionalidad tampoco es democrático.

Para terminar este apartado quiero referirme a otra pregunta que se nos plantea respecto a los efectos del control de convencionalidad, que es ¿quién debe determinar el alcance de dicho control en el orden jurídico interno?, pues a través de esta estrategia se ha querido legitimar el control de convencionalidad. Un posible punto de partida es que la decisión sobre el rango y los efectos de la norma internacional dentro del territorio del Estado, en este caso las declaraciones de invalidez o de inconvencionalidad y la obligación de seguir la interpretación de la CoIDH, corresponde al orden

101. Ibidem, pp. 180 y 181.
102. Ibidem, pp. 182 y 195.
103. Ibidem, pp. 200 y 201.
104. Como afirma Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad (entendido como igual status moral e igual capacidad de cada uno) la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (cuyos miembros también está divididos por desacuerdos profundos y que también deciden a través de la regla mayoritaria) "parece un insulto". Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos, op. cit.,* p. 23.
105. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* p. 1366.
106. Ibidem, 1377 a 1386.
107. Ibidem, pp. 1353, 1387 y 1388. De hecho, cuando una cuestión se traslada de la legislatura hacia un tribunal, la diferencia es de electorado, pero no del método de decisión. Esto refleja, en opinión del autor, una desconfianza en las personas, pero no en el principio de la mayoría, que se sigue utilizando. Jeremy Waldron, "Deliberación, desacuerdo y votación", en Harold Hongju Koh y Ronald C. Style (compiladores) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 255.

jurídico interno.[108] Así, por ejemplo, para von Bogdandy es la constitución de cada país, por su mayor legitimidad, la que debe determinar el alcance del efecto directo de las normas internacionales (incluyendo la jurisprudencia).[109] De este modo, por ejemplo, si las constituciones de Venezuela, Ecuador, Bolivia o Argentina otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos, el control de convencionalidad y el efecto directo de la jurisprudencia es legítimo.[110]

Comparto con el profesor von Bogdandy la idea de que sea el derecho interno el que determine el alcance de las declaraciones de invalidez o inconvencionalidad de la CoIDH, pues considero que es la única forma de mantener el vínculo entre las competencias de la CoIDH y el proceso político democrático, que no existe a nivel internacional.[111] Sin embargo, no coincido en que sea necesariamente la constitución (legislador reforzado) y no la ley ordinaria (legislador ordinario) la que establezca dicho alcance, pues presupone de modo arbitrario que los momentos en que se aprueban o reforman las constituciones son siempre de mayor calidad (en términos de deliberación y participación y, por ende, más legítimos) que los de legislación ordinaria.[112] En efecto, si reconocemos que los <momentos constituyentes> no son necesariamente un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general[113] y que la adopción o reforma de una constitución puede darse a través de procesos poco deliberativos y participativos, el argumento de que una decisión adoptada por una mayoría reforzada es más legitima presupone lo que habría que probar.[114] En ese sentido, sea la constitución o una ley ordinaria la que determine el alcance de los efectos del control de convencionalidad y de la jurisprudencia de la CoIDH, dicha fuente – no la decisión en sí misma – será más o menos legítima según la deliberación y la participación que haya habido en su adopción.[115]

Asimismo, considero que para justificar el efecto directo de la jurisprudencia de la CoIDH no basta con señalar que algunas constituciones otorgan jerarquía constitucional a los tratados, pues estaríamos equiparando a éstos con la interpretación que los jueces internacionales hacen de los mismos. Alguien podría contra argumentar diciendo que cuando la CADH establece que la CoIDH tiene competencia para interpretarla, también se le está dando jerarquía constitucional a su propia interpretación.

108. Armin von Bogdandy, "Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público", *op. cit.,* pp. 562, 568. De nueva cuenta, no perdamos de vista que este argumento está relacionado con la fuente.
109. Ibidem, p. 568.
110. Ibidem, p. 569. Sino interpreto mal al profesor von Bogdandy su posición sobre el efecto directo de los tratados en el sistema interamericano incluye los pronunciamientos de la CoIDH. Ibidem, p. 567.
111. Incluso von Bogdandy señala que es poco probable que un mecanismo eficiente y legítimo de producción normativa pueda ser creado a nivel global, además de que supondría un riesgo para el autogobierno democrático. Ibidem, p. 573.
112. Juan Carlos Bayón, "Derechos, democracia y constitución", *op. cit.,* p. 224.
113. Francisco J. Laporta, "El ámbito de la Constitución", *Doxa*, n. 24, 2001, p. 463.
114. Juan Carlos Bayón, "Derechos, democracia y constitución", *op. cit.,* p. 225.
115. J. Luis Martí, "*La república deliberativa Una teoría de la democracia*", p. 286.

Sin embargo, este argumento confunde el qué (los tratados) con el quién (jueces, legisladores, movimientos sociales, etc.) del proceso de interpretación. Y como hemos visto, esta distinción conceptual entre tratado o constitución (el qué) e interpretación judicial (el quién) no es irrelevante para el estudio de su legitimidad. Si esto es así, ¿quién entonces ha determinado el efecto directo de la jurisprudencia de la CoIDH? En el caso de México la respuesta es muy sencilla: la Suprema Corte.

6. ¿Cómo institucionalizar un diálogo y un control judicial democrático?

Al llegar a este punto algunos estarán pensando que la propuesta de este ensayo es deshacernos de una vez por todas de los jueces constitucionales. Sin embargo, esto no es así. En mi opinión, la participación de los jueces en el proceso de interpretación de los derechos, incluso a través de decisiones que invaliden una ley, es compatible con una democracia deliberativa. Sin embargo, para ello se requiere de un diseño institucional en el que ningún actor tenga la última palabra interpretativa, que el proceso de interpretación y la toma de decisiones se hagan a través de medios dialógicos (en posición de igualdad) e inclusivos, se reconozca el papel predominante del legislador y sirva para promover y fortalecer el proceso de deliberación.[116]

La pregunta es ¿cómo institucionalizar un diálogo constitucional y un control judicial que cumpla con dichos requisitos? El reto es acuciante. Así, por ejemplo, si bien Habermas nos recuerda que nuestra comprensión discursiva del derecho no puede dejar de lado esa materia dura que representan las instituciones y los sistemas de acción, es decir, dejar de concebir al derecho como un sistema empírico de acción,[117] en sus disquisiciones no se preocupó por la forma de institucionalizar el control judicial y más bien presupuso el arreglo actualmente existente.[118]

Para el cometido de esta tarea, sin embargo, la teoría deliberativa nos da algunos parámetros. Así, además de las pautas generales que señale en el segundo apartado, las instituciones deben garantizar que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles, es decir, aseguren

116. Roberto Gargarella, "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de laconstitución", *op. cit.,* p. 168. En esta ocasión no puedo detenerme en el desarrollo de estas ideas, por lo que permítaseme remitir a mi trabajo "Una aproximación a la justicia constitucional deliberativa", en Juan Pablo Pampillo Baliño (Coord.) *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, Tomo de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, 2012.
117. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.,* pp. 129 y 130. La importancia de las instituciones para la teoría de Habermas es de tal magnitud que sostiene que el éxito de la política deliberativa no depende de una ciudadanía que actúa colectivamente – sin que por ello deje de ser importante –, sino en la institucionalización de procedimientos y condiciones para la comunicación. Jürgen Habermas, "Three Normative Models of Democracy", *op. cit.,* p. 7.
118. Christopher F. Zurn, "Deliberative democracy and constitutional review", *op. cit.,* pp. 516, 521, 522, 524 y 529.

el tratamiento racional de las cuestiones políticas.[119] Para ello deben asegurarse a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las deliberaciones y que durante éstas haya iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia y, por tanto, para que se hagan valer todos los intereses afectados.[120] Asimismo, se deben institucionalizar deliberaciones en las que se neutralice la desigualdad de poder, se prevea una amplia participación que incluya a terceros indirectamente afectados, que los intereses de éstos se vean representados y que las competencias y responsabilidades estén claramente definidas.[121] Finalmente, se busca que los procedimientos de decisión estén abiertos a diversas perspectivas y sin una solución predeterminada, que excluya cualquier aspecto relevante para la decisión.[122]

Con estas herramientas, una de las posibilidades que tenemos y que ha sido ampliamente explorada tanto a nivel interno como internacional es el diseño de procesos constitucionales públicos, abiertos, incluyentes y transparentes.[123] Así, con el fin de institucionalizar un debate público[124] se promueven las audiencias públicas, la apertura de los procesos a la participación e intervención de terceros, ONGs y la procedencia de *amicus curiae*.[125] A través de esta estrategia se busca, por ejemplo, que la justicia constitucional atienda razones que no fueron escuchadas en sede política, que todos los intereses en juego sean tomados en cuenta o se propicien procesos de argumentación.[126]

Por otro lado, se dice que la participación en los procesos judiciales es un medio de participación política, en tanto puede servir para colocar un tema en el debate político y llamar la atención del público sobre la violación de derechos, aun cuando no se convenza a los jueces de la Corte.[127] Esta forma de participación suele justificarse en la idea de que la participación en el proceso democrático no es sustancialmente igual para todos, pues depende de recursos políticos, financieros y organizacionales, lo que hace que la influencia política de los ciudadanos sea dispar. Así, lo que se pretende

119. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 238.
120. Ibidem, pp. 234 y 235.
121. Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.,* p. 320.
122. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.,* p. 25.
123. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* pp. 483, 491 y 499. Véase también Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy,* New York, Oxford University Press, 2004.
124. Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.,* p. 384. En el mismo sentido Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* p. 498.
125. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* pp. 500-507.
126. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.,* p. 485.
127. Aileen Kavanagh, "Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy*, n. 22, 2003, pp. 478-484.

es que aquellos que no pudieron lograr el apoyo o reconocimiento suficiente ante la legislatura tengan mayores chances ante la Corte.[128]

En mi opinión, si bien estos intentos por legitimar las decisiones judiciales son loables, no son suficientes. En primer lugar, porque los procesos constitucionales siguen siendo un foro en el que deciden un pequeño número de jueces extraídos de segmentos sociales muy reducidos que no suelen reflejar el pluralismo social.[129] En segundo término, porque nadie nos asegura que esos medios participativos vayan a ser utilizados sólo por los más desaventajados o por los que fueron excluidos del debate político y, por tanto, que nos aporten información distinta que no había sido tomada en cuenta. Así, estas vías de participación en sede judicial tienen un riesgo importante, pues pueden convertirse en medios para obtener una ventaja que no se ha podido adquirir por medio del proceso político ordinario, aun cuando éste haya funcionado de manera relativamente aceptable,[130] en cuyo caso el proceso judicial dejaría de ser un elemento corrector que sirve para dar el mismo peso a todas las opiniones y para proteger a las minorías enquistadas.[131] En tercer lugar, porque la adopción o no de los *inputs* ciudadanos no depende de la participación en sí misma en términos de igualdad, sino de la actitud que asuma el tribunal ante la pretensión del litigante.[132] En otros términos, nadie nos asegura que los jueces vayan a utilizar su poder en aras de beneficiar el proceso deliberativo, sino en el suyo propio, como por ejemplo, haciendo prevalecer su visión – sobre otras igualmente razonables – sobre los derechos fundamentales. Por ello, es que "no importa cuántos esquemas concibamos en aras de incrementar el número de intereses y argumentos a los que los jueces están expuestos, el hecho de que son éstos y no las partes quienes tienen la última palabra precluye cualquier referencia directa a la participación como una fuente de legitimación".[133]

Por estas razones es que la participación en los procesos constitucionales es sólo una condición institucional necesaria, pero no suficiente, para legitimar la participación

128. Ibidem, pp. 480 y 484.
129. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.,* p. 110.
130. Ibidem, p. 134.
131. Para Bayón el control judicial sería conveniente para proteger "minorías enquistadas". Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.,* p. 352 y 353. Sin embargo, este mismo autor nos advierte de las falacias que suele implicar la justificación de la justicia constitucional como medio protector de las minorías. Ibidem, pp. 325 y 326. Sobre cuándo las minorías realmente son tiranizadas y dignas de protección véase Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* pp. 1395 a 1405. También sobre las falacias que en algunas ocasiones conlleva el argumento de las minorías véase Michael J. Klarman, "What´s So Great About Constitutionalism?", *Northwestern University Law Review*, v. 93, 1998, pp. 160-163; Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.,* pp. 305-325.
132. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.,* p. 133.
133. Agustín José Menéndez, *Justifying Taxes*. Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 240.

de los jueces en el proceso de interpretación de los derechos fundamentales.[134] En suma, la legitimidad del órgano jurisdiccional no se reduce a la acomodación que se haga de la dimensión participativa o representativa.[135]

Ahora bien, si hemos dicho que una participación amplia e incluyente no basta para legitimar las decisiones de los jueces constitucionales, ¿qué se necesita entonces? La segunda estrategia está en revisar los efectos que se dan a las decisiones de los jueces, en particular, frente al legislador nacional.[136] Con esto no estoy pensando en erradicar el control judicial de la ley, pues estimo que dicha facultad es una medida coercitiva que pueden utilizar los jueces si no hay otra medida comunicativa efectiva o éstas ya han sido agotadas,[137] para llamar la atención del legislador sobre las deficiencias del procedimiento parlamentario. Dicha herramienta es acorde con una lectura deliberativa de la regla mayoritaria, según la cual la legitimidad de la decisión no reside sólo en los números sino en que haya sido adoptada por una mayoría a través de procedimientos racionales de deliberación y de toma de decisiones, cuyos resultados tienen una presunción de racionalidad en tanto no se demuestre lo contrario.[138]

Sin embargo, como ya he dicho antes, para que esta medida coercitiva y, más en general, la participación de los jueces en el proceso de interpretación constitucional no se convierta en una forma de dominación que impone la visión de una élite sobre todos los ciudadanos, tiene que existir una posibilidad real y sencilla de respuesta del legislador, pues es la única forma de que nuestros representantes critiquen y objeten[139] las decisiones e interpretaciones de los tribunales. Es decir, es el medio para que nosotros a través de los representantes que elegimos y que nos rinden cuentas,

134. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* p. 507.
135. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.,* p. 110.
136. No me estoy refiriendo a la idea de que sea el derecho constitucional nacional el que determine los efectos del derecho, decisiones y precedentes internacionales en el ámbito interno, pues considero que ese sólo es el punto de partida, ya que sea el derecho constitucional el que fije sus alcances no hace que dichos efectos *per se* sean democráticos. Sobre la idea de que sea el derecho constitucional el que determine los efectos véase Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* p. 508.
137. Como explica Javier Jiménez Campo, al juez de la ley cabrá sólo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley (medida comunicativa), mientras que en otros, será necesaria la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional (medida coercitiva). Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional de España, 1997, p. 24.
138. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.,* p. 33.
139. Para Forst, la posibilidad general de objetar recíprocamente las decisiones que han ignorado razones recíprocas y no rechazables es la característica esencial de un diseño institucional acorde con los postulados de la democracia deliberativa. La reciprocidad es un requisito – junto con la generalidad – que deben cumplir las razones que sirvan para justificar normas, lo que implica que nadie puede hacer valer un derecho o recurso que le denegaría a otros, siendo que la formulación del argumento debe estar abierto a debate y no puede ser determinado por una sola parte. Rainer Forst, "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *op. cit.,* pp. 362 y 370.

podamos desafiar la doctrina judicial y, por tanto, que los resultados sean producto de un proceso de deliberación conducido por y entre personas libres e iguales.[140] En efecto, dicho mecanismo sirve para incentivar que nos involucremos en el proceso de interpretación, pues si los representantes pueden revisar las interpretaciones constitucionales del tribunal – más no sus fallos –, los ciudadanos seremos llamados a juzgar la interpretación de los que aspiren a ser nuestros representantes.[141]

Pues bien, para que este cometido se cumpla el tribunal debe verse imbuido en un debate público en el que su interpretación pueda ser criticada por el público y eventualmente superada por los órganos legislativos,[142] en este caso nacionales, en tanto no existe un equivalente a nivel internacional. Esto es acorde con la visión de la democracia deliberativa, según la cual el debate es un juego de pelota en el que no hay un árbitro definitivo que interprete las reglas del juego (entre las que están los derechos) y su aplicación. Por el contrario, las reglas del juego y su interpretación, así como la posición del mismo árbitro están sujetas a debate.[143]

Para ello, la doctrina contenida en la sentencias no debe vincular al poder legislativo,[144] pues de lo contrario se impediría las respuestas legislativas ordinarias. En efecto, sólo si la doctrina de la CoIDH no vincula al legislador, este puede responder aprobando una ley de contenido similar (o incluso idéntico) al que fue declarado inconvencional,[145] o que sin haberlo sido, sea contraria a la doctrina de la CoIDH.[146] Así, la fuerza vinculante de la doctrina dependerá de su persuasión y de la aceptación

140. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.,* p. 31.
141. Frank I. Michelman, "Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life", en Austin Sarat y Thomas R. Kearns, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, United States, The University of Michigan Press, 1996, p. 161.
142. Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.,* p. 383.
143. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.*, pp. 38 y 39.
144. La CoIDH ha afirmado que su doctrina sí vincula al legislador nacional. Véase Pacheco *vs*. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 340. En el mismo sentido – como se adelantó – la Corte mexicana sostuvo que la doctrina contenida en las sentencias en que el Estado mexicano ha sido parte vincula a todos sus órganos. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, párrs. 19. y ss., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4/10/2011.
145. Sobre la viabilidad y conveniencia de las respuestas legislativas ordinarias frente a las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español véase Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 202. También Niembro Roberto Niembro Ortega, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, mayo-agosto 2012. En sentido estricto, como a través del control de convencionalidad la norma no se expulsa del ordenamiento sino que se ordena su inaplicación, no sería necesaria la expedición de una nueva ley. Sin embargo, la expedición de una nueve ley (respuesta) implica que el legislador llevó a cabo un nuevo procedimiento en el que deliberó y tuvo en cuenta las razones de la declaración de inconvencionalidad. Más allá, de que sea la manera más contundente que tiene el legislador para insistir en su propia interpretación. Ahora bien, para que dicha respuesta sea efectiva es necesario que los jueces nacionales no desapliquen esta segunda norma hasta que la CoIDH se vuelva a pronunciar al respecto.
146. A favor de la supervisión política de los tribunales internacionales véase Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.,* p. 26.

de los otros participantes, quienes podrán ponerla en entredicho a través del mismo proceso deliberativo.[147]

En mi opinión, quitarle a los jueces la última palabra interpretativa no contradice conceptualmente el carácter de norma jurídica de la CADH.[148] Lo que pasa en realidad, nos dice Michelman, es que nos gusta creer que cuando los jueces tienen la última palabra los límites sí existen. Esa creencia está basada en la idea de que éstos deciden nuestras disputas de buena fe y objetivamente, sin embargo, nada nos impide hacer esa misma caracterización de la gente y de sus representantes.[149]

En conclusión, la admisibilidad de las respuestas legislativas ordinarias tiene, entre otros, los siguientes beneficios: (1) Hace del diálogo un diálogo democrático, pues proporciona a nuestros representantes un medio para que puedan seguir debatiendo con esa élite jurídica que son los jueces de la CoIDH. (2) Provoca que nos involucremos en el proceso de interpretación, pues a través de nuestra movilización y voto podremos orientar la interpretación y respuestas que dé el poder legislativo. (3) Hace del proceso de interpretación un proceso abierto y continuo en el que a través de la prueba y error nos acercamos a un resultado que pueda considerarse imparcial y en beneficio de todos, y (4) Debilita la objeción democrática del control judicial de la ley, en tanto el legislador tiene una herramienta efectiva para prevalecer sobre la opinión de los jueces constitucionales con base en el mejor argumento. Es decir, quita de sus manos la decisión final sobre el contenido de nuestros derechos.[150]

7. Consideraciones finales

Si recordamos, el punto de partida de este trabajo fue el persistente desacuerdo que existe en nuestras sociedades sobre lo que nuestros derechos significan. Si este argumento es acertado, en primer lugar debemos deshacernos de la idea de que la "aplicación" de la constitución es un acto "cognitivo" de mera constatación y subsunción.[151] De la misma manera, debemos dejar de pensar que cuando se pone en

147. Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.,* p. 384.
148. Frank I. Michelman, "Judicial Supremacy, the Concept of Law and the Sanctity of Life", *op. cit.,* pp. 149 y 150.
149. Ibidem, p. 150.
150. Como hemos visto, para Waldron el problema del control judicial de la ley es que deja en manos de los jueces la decisión final sobre lo que nuestros derechos significan. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.,* pp. 1348, 1349, 1350, 1355, 1360 y 1363. Sin embargo, pienso que Waldron no estaría de acuerdo con la idea de que las respuestas legislativas ordinarias sirvan para debilitar la objeción democrática. Esto, porque para él los ciudadanos deben tener la seguridad de que sus decisiones serán las que prevalezcan, lo que sólo sucede en sistema con control judicial débil. Ibidem, pp. 1350 y 1355. De hecho, en su opinión un sistema como el canadiense en el que el legislador puede revertir una declaración de inconstitucionalidad – y no sólo debatir la interpretación – con base en la Cláusula 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, constituye un mecanismo de control judicial fuerte que no se salva de la objeción democrática, pues en la práctica ha sido muy poco utilizada. Ibidem, pp. 1356 y 1357.
151. Ana Micaela Alterio, "El Ius-Constituticionalismo de Luigi Ferrajoli desde una mirada política", ponencia presentada en el 1er encuentro de Jóvenes Investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Neoconstitucionalismo en tiempos de postdemocracia. Universitat de Valéncia, 25/04/2012.

tela de juicio la legitimidad democrática de la función de los jueces constitucionales es que nos estemos oponiendo a la protección de los derechos. De lo que se trata es de precisar cuál es el papel de los derechos en el proceso deliberativo, cuál es nuestra valoración del desacuerdo y cómo lo gestionamos y no perder de vista la importancia de la igualdad de influencia política y de la deliberación en el proceso de toma de decisiones colectivas.

Por otra parte, propuse una definición normativa del diálogo constitucional y puse de manifiesto cuáles son los problemas de legitimidad democrática que conlleva el <diálogo> judicial tal y como ha sido acordado entre la CoIDH y la SCJN, en el que se aceptó la última palabra interpretativa de la CoIDH. Asimismo, dije que la objeción más importante que puede hacerse a las teorías del diálogo judicial es el limitado espectro que utilizan, pues dejan fuera a dos actores fundamentales: al pueblo y a sus representantes. De ahí que abogué por integrar a los jueces en procesos de deliberación colectiva[152] en los que sean considerados un participante más y cuya interpretación pueda ser debatida.[153] Es que al contrario de lo que sostienen los defensores acérrimos de la CoIDH, considero que no debemos poner todas nuestras esperanzas en los jueces internacionales,[154] ni considerar que estos vayan a ser los "garantes" de nuestras democracias. Más bien estimo que su función es la de reforzar la discusión que debe darse en cada país, pero no como oráculos que deban ser acríticamente obedecidos.[155]

Por estas mismas razones, pero también por lo que implica para la igualdad de influencia política, es que critiqué el control de convencionalidad de la ley adelantado por la CoIDH y aceptado por la SCJN, por lo menos cuando va acompañado de la última palabra interpretativa. Aunado a lo anterior, argumenté que ni la fuente, por la falta de base legal, ni el contenido del control de convencionalidad, por sus efectos, son democráticos.

Asimismo, expresé la insuficiencia que en mi opinión presenta la participación en los procesos constitucionales como medio para legitimar las decisiones judiciales, pues aun cuando la incorporación de los ciudadanos en los procesos constitucionales pretende erigir una ciudadanía trascendente y movilizada que sirva para perfeccionar el proceso deliberativo, no es suficiente para legitimar al control judicial de la ley cuando los jueces tienen la última palabra sobre la interpretación.

Disponible en: http://www.uv.es/drets/Alterio_Micaela.pdf Sobre la aplicación de la constitución como un acto cognitivio de mera constatación y subsunción véase Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris,* trad. de las partes correspondientes de Marina Gascón Abellan, Luis Prieto Sanchís, Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, 2011, Trotta, T. 1, pp. 530-534, 832-833; T. 2, p. 75.

152. Roberto Gargarella, "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de laconstitución", *op. cit.,* p. 156.

153. Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.,* p. 384.

154. Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.,* pp. 475 y 491.

155. Roberto Gargarella, "Justicia Penal Internacional y deliberación democrática: Algunas notas sobre el caso Gelman", *op. cit.,* p. 13.

Por ello es que sugerí una vía institucional – las respuestas legislativas ordinarias – que permite a nuestros representantes objetar las interpretaciones de los tribunales, dándoles una oportunidad de prevalecer. De esta manera, las respuestas legislativas ordinarias se convierten en un mecanismo que integra – institucionalmente hablando – al pueblo y a sus representantes en el proceso de interpretación, además de que hace menos objetable el control judicial de la ley. Así, se vincula a los jueces internacionales al proceso político nacional,[156] pues a nivel internacional no existe un proceso democrático equivalente. Circunstancia que además ayudará a establecer una relación más cooperativa entre el ámbito internacional y nacional, lo que al fin y al cabo redunda en beneficio de los tribunales internacionales, pues éstos dependen de sus aliados domésticos para la implementación de su jurisprudencia.[157]

Esto no quiere decir que el análisis de la legitimidad de estas dos cuestiones: por un lado, la del diálogo judicial o en general del diálogo constitucional y por el otro, del control judicial de la ley, sean la misma cosa. De hecho, mientras que la pregunta sobre el diálogo tiene que ver con quiénes participan y si lo hacen en posición de igualdad, esto es, si alguno de los participantes ostenta la última palabra sobre la interpretación de los derechos o si todas las interpretaciones pueden ser debatidas en una *ongoing discussion*; el control judicial de la ley está relacionado con quién tiene la decisión final sobre su constitucionalidad/convencionalidad, pues si son los jueces quienes la tienen y no hay espacio para una respuesta ordinaria del legislador, se afecta la igual dignidad y autonomía de los ciudadanos para tomar decisiones sobre derechos fundamentales. Ahora bien, ambas cuestiones están relacionadas en tanto los efectos que le demos al control judicial de la ley, en particular, la fuerza vinculante de la doctrina que contengan las sentencias, repercute sobre la posición que tengan los otros participantes en el diálogo, especialmente, el poder legislativo. Pero además, porque el control judicial de la ley no se justifica sólo porque haya un diálogo en pie de igualdad, sino que requiere que se lleve a cabo a través de medios dialógicos y sirva para fortalecer la la deliberación pública.[158]

156. No se trata de "paliar" su ausencia a nivel internacional, como si se tratara de un sustituto. En ese sentido véase Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.,* p. 54.

157. Eyal Benvenisti y George W. Downs, "Prospects for the Increased Independence of International Tribunals", *op. cit.,* p. 129.

158. La razón principal por la que el control judicial de la ley no se justifica con que el legislador ordinario pueda responder a una declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, es que a través de dicho mecanismo sólo se hace menos objetable el control, pero no explica por qué razón habría de ser un tribunal y no el propio legislador el encargado de corregir los factores que distorsionan la calidad epistémica del proceso legislativo, sobre todo si tenemos en cuenta que los jueces también pueden restringir el proceso democrático. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.,* p. 215 y 216.

7

La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional

MARCELO FIGUEIREDO*

Introducción. 1. Algunos argumentos para el constitucionalismo global y la Influencia de los estándares internacionales en el orden constitucional. 2. Derecho internacional versus derecho interno – el tema de la soberanía. 3. Las constituciones latinoamericanas y el derecho internacional de los derechos humanos. 4. La situación de Brasil en este escenario. 5. El Supremo Tribunal Federal y los tratados internacionales de derechos humanos. 6. El "Activismo" judicial brasileño en el tema de los derechos fundamentales o derechos humanos. 7. El transconstitucionalismo y sus desafíos actuales.

Introducción

Sabemos todos que uno de los más importantes elementos en que se basa la Unión Europea es sin duda el *respeto a los derechos humanos* y la plena validez de las libertades públicas.

También si no estamos engañados, solamente a partir de 1986 hubo una preocupación normativa explicita con esos temas que resultó en el Acta Única Europea que modificó el Tratado de Roma y después el Tratado de Maastricht de 1992, que introdujo un nuevo art. ("F"), que establecía: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales

* Marcelo Figueiredo es abogado, consultor jurídico, profesor asociado de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil, donde es actualmente el Decano reelecto de su curso de Derecho. Es profesor invitado por diversas Universidades extranjeras y autor de numerosas obras en Brasil y Latinoamérica. Es igualmente Presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas – ABCD, sección brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con sede en México. Es también miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC) en la calidad de jurista brasileño. E-mail: mfigueiredo.adv@uol.com.br.

** Curso proferido en el II Seminario sobre Derecho Constitucional Transnacional – 2012. Aprovecho la oportunidad para agradecer una vez más la invitación que me ha hecho el Ilustre profesor Luca Mezzetti de la Universidad y Facultad de Derecho de Boloña, así como al profesor Calogero Pizzolo de la Universidad de Buenos Aires por este encuentro académico internacional tan productivo que una vez más nos une en esta ocasión.

(…) tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Así que en el limite la violación *"grave"* por un Estado miembro de los derechos humanos y de los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho puede llevar al procedimiento de suspensión de derechos derivados de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, incluidos los derechos de voto de representante de dicho Estado miembro en el Consejo, previsto en el art. 7 TUE.

No cabe duda que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido desarrollando una importante jurisprudencia en relación con el reconocimiento de los derechos humanos y su protección en el Derecho Comunitario.

Como sabemos, según la jurisprudencia del TJCE, los derechos fundamentales y humanos forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y el Tribunal de Justicia tiene competencia para asegurar su respeto.

El juez comunitario hoy en Europa se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos según las disposiciones contenidas en el CEDH.

El desarrollo fuerte de los derechos humanos en Europa parece apuntar para ese hecho. El respeto de los derechos humanos es una condición de validez o de la legalidad de los actos comunitarios.

Los Estados están todos vinculados a esa política de aplicación de los derechos humanos y fundamentales. De esta forma, los Estados miembros, cuando aplican las normas comunitarias, tienen obligación de interpretar el derecho nacional de acuerdo con el derecho comunitario por intermedio de la cuestión prejudicial.

En Latinoamerica esta cuestion no se plantea, pues como todos sabemos, no se puede hablar aun en un derecho comunitario en la region. Hay eso si un derecho de integracion, y sobre el se recomienda leer a Calogero Pizzolo.[1]

No podemos dejar de lado la importancia de la "Carta Europea de los Derechos Fundamentales" y su relación con las Constituciones Nacionales. El profesor portugués J. C. Vieira de Andrade,[2] en la obra aquí citada, afirma que la Carta, independientemente de su inserción formal o no, en los Tratados, deberá en cualquier hipótesis configurar una fuente normativa de la Comunidad o de la Unión Europea y siempre habrá de constituir, por ello, derecho comunitario primario.

La Carta, en opinión de Vieira de Andrade, será un instrumento de prolongación de la protección de los derechos fundamentales ya contenida en los tratados, teniendo en cuenta el amplio alcance que les ha dado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

1. Calogero Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*. Buenos Aires: Ediar, 2010.
2. José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed, Coimbra: Almedina, 2009.

en varios casos (*Acórdão* Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Rutili, Hauer, Wachauf y otros).

Afirma que la Carta establecerá un catálogo de derechos fundamentales que servirá como parámetro de validez y criterio de interpretación y aplicación de todo el derecho comunitario, particularmente del derecho comunitario derivado, regulando por un lado, las actuaciones de los órganos de las *instituciones europeas, y por el otro, las actuaciones de los países europeos.*

Afirma:

> (…) Así, los ciudadanos de los Estados miembros son titulares de derechos consagrados en la Carta y pueden invocarlos ante las autoridades nacionales cuando éstas actúen en el entorno de las materias comunitarias, sin necesidad de ningún acto estatal (interno) de recepción, o siquiera de regulación, si fueren derechos inmediatamente exequibles.

Como muy bien lo explica Alvaro Rodríguez Bereijo,[3] hoy la Unión Europea se define también como un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en la que el ciudadano y sus derechos deben ocupar un papel central. En ese contexto la Carta, como sistema de valores comunes, representa, como ya he expresado (Bereijo), un paso muy importante en el proceso de construcción europea.

El mismo autor en su pequeño pero denso libro "El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del tratado de Niza"[4] donde retiramos muchas ideas y conceptos presentados, afirma que la Carta ha comenzado ya a desplegar sus efectos como instrumento del ordenamiento jurídico comunitario.

Recuerda que (1º) en el informe sobre Austria de los tres sabios, Ahtissaari, Frowein y Marcelino Oreja, para examinar – dentro del marco de la posible aplicación del procedimiento previsto en el art. 7 del Tratado de la UE para el caso de una violación grave y persistente de los principios democráticos y de los derechos fundamentales por parte de un Estado miembro – el compromiso del Gobierno austríaco con los valores comunes europeos, en particular los relativos a los derechos de las minorías, de los refugiados y de los inmigrantes.

En segundo lugar, la Carta ha sido ya invocada en instancias jurisdiccionales comunitarias: primero en opiniones del Abogado General en causas ante el TJCE como apoyo a su conclusión respecto a la existencia de una vulneración de un derecho fundamental de la UE (aplicación de pena por la comisión disciplinaria y vistas las pruebas, varias faltas graves cometidas en el caso 270/99 PZ *vs*. Parlamento Europeo) el Abogado General Jacobs dice en su opinión de 22/03/2001: "La Carta aunque no sea

3. Alvaro Rodríguez Bereijo, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", publicado en Noticias de la Unión Europea, n. 192, enero de 2001, p. 9 a 20.
4. Editado por la Universidad de Castilla-La-Mancha, Gabinete del Rector, Cuidad Real. El trabajo constituye la conferencia inaugural de los II Cursos de Postgrado en Derecho para Iberoamericanos, organizados por la UCLM, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, en enero de 2002, facultad que tuve la honra de también dar algunas charlas.

jurídicamente vinculante, proclama como un principio generalmente reconocido en su art. 41.1 el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable". Se argumentaba sobre la aplicación del derecho a una buena administración; y en el caso 359/99, P. Heidi Hautala se trata de una petición de la parlamentaria europea Sra. Hautala para acceder al informe de un grupo de trabajo del Consejo (exportación de armamento) que el Consejo Europeo, al autorizar como legales dichas exportaciones, había declarado secreto. El Tribunal de Primera Instancia le había dado razón, reconociendo su derecho a la información y al acceso al conocimiento de los criterios establecidos por el Consejo para autorizar la exportación del armamento. El Consejo Europeo recurrió la sentencia ante el Tribunal de Justicia.

El abogado General Philippe Léger, en sus conclusiones de 2001, afirma que según los términos del art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, "todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión". Considera que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario. (…) La calificación como derecho fundamental atribuida en la Carta y en las conclusiones del Abogado General constituyen un progreso de extraordinaria importancia en el reconocimiento de lo que en los Tratados (art. 255 TCE) es este derecho dentro del ordenamiento jurídico comunitario.

En tercer lugar, en el caso 173/99, Broadcasting, Entertainement, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) *vs*. Secretary of State for Trade and Industry, el Abogado General Antonio Tizzano ha planteado abiertamente y con toda profundidad la cuestión del valor jurídico de la Carta a propósito de si el derecho a una paga anual por permiso (paga por vacaciones), es un derecho social fundamental.

Por fin el autor recuerda que el Tribunal Constitucional español en la STC 292/2000, FJ 8º al examinar la constitucionalidad de la ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal se ha referido al art. 8 de la Carta para apoyar la determinación del contenido constitucionalmente declarado del derecho a la protección de los datos personales que garantiza el art. 18.4 de la Constitución española, a cuyo tenor "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", dentro del cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha subsumido el reconocimiento de aquél derecho fundamental.[5]

En relación al tema de la integración, al menos en Europa creemos que razón tiene Javier García Roca[6] para quien la integración europea, entraña un momento centrífugo

5. Ob. Cit. "El valor", p. 59.
6. Javier García Roca, "El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración", Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, p. 31.

de la estatalidad, de transferencia de competencias y soberanía, y supone una seria limitación de los Estados constitucionales, especialmente, en materia de derechos humanos, "el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y por lo tanto limitado en idéntica perspectiva".

Correcta la observación aguda de Javier Garcia Roca, para quien la integración que debe realizarse desde los imperativos que emanan del principio democrático.

> Entiendo que estamos ante una nueva regla de división de poderes en cuanto entraña una contención del poder estatal soberano mediante contrapesos externos. La integración europea acaba por transformar esencialmente los mismos elementos constitutivos del Estado: derecho, pueblo, territorio e soberanía (…)
>
> La construcción clásica de la idea de soberanía no elimina las ideas de justicia y límites que emanan de algunas libertades, salvando las distancias entre los muy diferentes contextos históricos y sistemas jurídicos.
>
> En nuestros días, esos límites derivan de las Constituciones, que disciplinan la forma de ejercicio del poder, tanto como de los tratados internacionales, libremente aceptados por los Estados, que restringen su capacidad interna y soberana de decisión.
>
> Singularmente para nuestros fines, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. La soberanía no puede ser ilimitada, por definición, en unos Estados determinados por sus Constituciones y por diversos tratados acerca de derechos, en especial, aquellos que sirven a su integración en formas políticas más amplias.
>
> Atribuir jurisdicción sobre derechos fundamentales a un órgano internacional, el TEDH, es una evidente forma de autolimitación de los Estados en el ejercicio de sus potestades decisorias y de sus competencias jurisdiccionales.[7]

Es curioso como Europa (occidental) y sus países que albergan buena parte de la historia de defensa de los derechos humanos en pleno siglo XXI, necesita todavía de límites importantes para contener al ejercicio del poder y además ha construido con creatividad y paciencia su derecho comunitario y sus respectivas Instituciones de apoyo y control.

Es decir, los derechos humanos y su control jurisdiccional externo (a las naciones) todavía juegan un rol importante por intermedio del Convenio y la Carta. Nosotros latinoamericanos siempre imaginamos que las Constituciones nacionales europeas serían con sus jurisdicciones suficientes, para contener los abusos del poder y de los gobiernos. Pero la realidad revela que esa todavía es un hecho en construcción.

Por último aunque no trataremos principalmente del tema de integración vale la pena registrar que la integración europea, en la distintas variantes que suponen el Consejo de Europa y la Unión Europea, entrañan sendos procesos que condicionan a los Estados constitucionales, restringiendo sus facultades decisorias, y suponen

7. Garcia Roca, *op.cit*., p. 34.

una transferencia fragmentaria de soberanía o cuando menos de competencia a una entidad supranacional.[8]

Pero parece que ese proceso no significa una retirada de poderes o de competencias solamente sino que es mucho más. Los países europeos hoy aparentemente gozan de una cultura común, un elemento cultural compartido bajo sus diferencias políticas, una teoría de los derechos común en sus rasgos principales como factor de integración.

Así debemos recordar que la Unión Europea no substituye a los actuales Estados pero es más que cualquier organización internacional, lo que la hace única.

La UE no constituye un nuevo sujeto de Derecho Internacional dotado de soberanía que se subrogue en la de los Estados. Mejor dicho, la supranacionalidad de la UE significa que los Estados mantienen su existencia y la titularidad de su soberanía, pero ven como las decisiones de la UE, en el ámbito que le corresponde, se imponen y prevalecen. La UE no ostenta competencias ilimitadas sino que actúa dentro de las parcelas que tiene asignadas.[9]

Como dice Garcia Roca,[10]

> Es un Derecho esencialmente de creación jurisprudencial en virtud del acceso directo en amparo de los propios justiciables, y no de los Estados, lo que da a la jurisdicción europea un carácter más capilar y difuso, fundado en dicha amplísima legitimación subjetiva. Y es un Derecho en el que tampoco pueden desdeñarse las aportaciones doctrinales, al igual que ocurrió con la construcción clásica del Derecho común.

8. Creemos que Europa es un continente de mayor heterogeneidad cultural aunque con unos valores que, en líneas generales, pueden considerarse compartidos. Unión Europea fomenta la unidad pero busca conservar concomitantemente la diversidad desde la tolerancia y la solidaridad. El instrumento jurídico para alcanzar ese objetivo parece ser el derecho comunitario europeo. Aunque la Declaración de Laeken sea sin duda importante, no discutiremos la Constitución Europea (2004) que todavía no es una realidad concreta, más un importante paso al futuro para una readecuación del derecho comunitario en Europa. Ingo Pernice afirma: "(..) The European Union, which is not a state but a supranational polity based upon states and binding their respective constitutions together into what I would call a composed constitutional system ("Verfassungsverbund"). Multilevel constitutionalism is a theoretical approach to conceptualize the "constitution" of this system as an interactive process of establishing, organizing, sharing, and limiting powers – a process which involves national constitutions and the **supranational constitutional framework** as two independent elements of one legal system. The European constitution, thus, is the progressive establishment and development of this multilevel system composed of the national constitutions as a basis and the evolving European primary law as a complementary constitutional layer. In this light the Treaty of Lisbon, including the efforts to bring it into force, can be understood as a case of multilevel constitutionalism in action". ("The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action". Humboldt University of Berlin, www.whi-berlin.de).

9. Sin embargo, la influencia del Parlamento Europeo ha crecido significativamente frente a los parlamentos nacionales de los diferentes países de Europa. Estos, a su vez se han quedado cada vez más preocupados con las necesidades y con la posibilidad de no influir más y no ser un marco de las políticas implementadas a nivel europeo, y también en su proceso de decisión. El número de enmiendas constitucionales realizadas en cada estado nacional de Europa también demuestra la creciente importancia que han asumido las políticas europeas en los parlamentos nacionales.

10. *Op. cit.,* p. 46.

Pero nos interesa más de cerca la realidad latinoamericana y especialmente de nuestro país, el Brasil.

1. Algunos argumentos para el constitucionalismo global y la influencia de los estándares internacionales en el orden constitucional

Creemos que el derecho constitucional del siglo XXI no es el Derecho Constitucional de la Constitución solamente sino de la Constitución abierta (Haberle y Hesse).

No es tan intervencionista sino post-intervencionista y descansa en la procesalización para permitir el pluralismo, la transformación, la diferencia y, también, la libertad, un espacio de diálogo desde la cultura de la democracia.

Se habla de un constitucionalismo **global**. No se trataría de un mero cosmopolitismo fugitivo, dirigido a liquidar las diferencias nacionales o los elementos del Estado, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, una rígida subordinación de unos frente a otros, o con respecto a terceros sistemas. Todo ello, precisamente favorecería la convivencia multicultural a la vez que permitiría orientar las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes en una dirección que pudiera ofrecer respuestas globales a problemas globales. En esta dirección de pensamiento véase Gerardo Pisarello.[11]

Los elementos para este nuevo orden jurídico global serian al menos los siguientes: (a) los derechos humanos o fundamentales (b) las necesidades básicas para el pueblo; (c) el multiculturalismo; (d) el medio ambiente; (e) la democracia; (f) la seguridad internacional.

No tenemos tiempo aquí de desarrollar cada uno de estos elementos. Creemos que basta mencionarlos como integrantes de un nuevo orden global posible.

En este mismo universo de ideas o mismo tal vez como precursor de ellas, existe la interpenetración reciproca del derecho constitucional y del derecho internacional. El derecho supranacional en América Latina también aparece en ese escenario.[12]

Existen dos movimientos respecto a la influencia de lo "internacional" en lo "constitucional" y viceversa. En América Latina y en Europa (especialmente en Europa con mucho más vigor) los estándares provenientes del exterior influyen sobre el orden constitucional. Aquí se presenta la Constitución como objeto de influencia de tales

11. Geraldo Pisarello, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", In: Carbonell Miguel y Rodolfo Vázques (compiladores), *Estado Constitucional y Globalización,* México, Porrúa, UNAM, 2001, p. 352 y siguientes.

12. Sobre esta materia se puede consultar nuestro trabajo "A Universalidade dos Direitos Humanos e temas conexos. A posição do Brasil no cenário dos direitos humanos na América Latina. A relação entre o direito constitucional e o direito internacional. O sistema interamericano de proteção de direitos humanos na América Latina e no Brasil", en la prensa. En el traemos a colación varios ejemplos de la globalización de los derechos humanos y de esta interpenetración avanzada del derecho internacional en el derecho constitucional en toda Latinoamérica en mayor o menor grado.

estándares externos. Por otro lado, la Constitución se presenta como sujeto activo que se abre hacia el exterior para así acoplarse con los estándares de derecho internacional.

Con razón Matthias Herdegen[13] cuando afirma que una mirada general a los más recientes desarrollos pone claro que ante todo son tres fuerzas del Estado y de la Constitución las que urgen una apertura hacia los estándares internacionales:

- La protección de los derechos humanos;
- El aseguramiento de estándares democráticos; y
- Los principios jurídicos del orden económico internacional.

Estos estándares internacionales aseguran en su núcleo los elementos esenciales de aquello que en la actualidad denominamos *good governance.*

Sustenta el profesor alemán que las influencias normativas externas sobre las estructuras constitucionales individuales son diversas. Los nuevos desarrollos sobre derechos humanos no sólo obligan continuamente a ajustar el derecho ordinario, sino también el derecho constitucional. En el marco de la relación del ordenamiento constitucional con estándares internacionales se ponderan a menudo intereses de forma diferente, lo cual puede generar tensiones.

Un tipo de constitución y una interpretación constitucional elástica, que dotan de permeabilidad al orden jurídico fundamental en pro de los estándares internacionales, tienen mejor capacidad de respuesta frente a estas tensiones.

De otro lado, dice, la Constitución y los estándares de derecho internacional se relacionan a menudo de manera simbiótica. Los derechos humanos fortalecen la protección de los derechos fundamentales en el orden interno. No obstante, también aquí, en el marco de relaciones multipolares, pueden producirse tensiones con el orden nacional de los derechos fundamentales. Los casos de protección de la esfera privada contra intromisiones de terceros o aquellos casos relacionados con la protección de la vida del embrión pueden dar lugar a ponderaciones divergentes de los respectivos intereses individuales.

Estos estándares internacionales apuntan a la conformación de un orden jurídico comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, así como con el bienestar de las naciones.[14]

Como este seminario también se propone discutir la relación entre el derecho internacional *versus* el derecho interno, y los problemas que surgen con la teoría (tradicional) de la soberanía (ítem I arriba mencionado) vamos a referirnos a este tema a seguir.

13. Matthias Herdegen, "La Internacionalización del orden constitucional", In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2010, Uruguay, p. 71 y siguientes.
14. *Op. cit.*, p. 73.

2. Derecho internacional versus derecho interno – El tema de la soberanía

Con la creación de los diversos sistemas internacionales, tenemos también la creación de una producción jurídica que tiene por efecto y resultado normas jurídicas como tratados y pactos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y muchos otros.

El problema todavía principia a partir del momento en que el Estado necesita establecer la premisa a partir de la cual debe aplicar los criterios internacionales en su derecho constitucional.

Hay un consenso entre los Estados democráticos que las Constituciones de Estados de Derecho deben solidificar la importancia y la supremacía o importancia de los tratados internacionales de derechos humanos con relación al derecho interno si posible estableciendo una superioridad jerárquica para proteger los derechos humanos globalmente.

Sabemos que los Estados, en especial después de la segunda guerra mundial, establecerán su ordenamiento jurídico preocupado para el reconocimiento y protección de los derechos humanos y sujetos a la jurisdicción *de los propios Estados.*

Creemos que la tutela esencial de los derechos humanos corresponde a los Estados en su ámbito interno, ya que es indudable que los organismos internacionales sólo desarrollan una función, desde luego de gran importancia, pero exclusivamente subsidiaria y complementaria.

En América Latina los ordenamientos constitucionales contemporáneos produjo una progresiva pero lenta internacionalización de los derechos fundamentales, con la incorporación de tratados internacionales especialmente después de los regímenes militares que prolongaranse hasta finales de la década de 1980 en la mayoría de los países de la región.[15]

Ocurre que diversamente del derecho interno, el derecho internacional no está cimentado en el poder del pueblo, pero si en la soberanía del Estado constituido. Ese poder está en el ámbito externo, en las relaciones entre los Estados, y todos los Estados son, como sabemos, "igualmente" soberanos, al menos jurídicamente.

Es claro igualmente que el derecho internacional es dotado de otras fuentes formales que le permiten sostenerse como un sistema jurídico distinto de los sistemas jurídicos internos de cada Estado.

15. Respecto a la situación en México, véase especialmente Hector Fix-Zamudio, "Protección jurídico--constitucional de los Derechos Humanos de fuente internacional", p. 1727 y siguientes, de la obra, "Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Tomo I", Editores Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006. En la misma obra de Fernando Álvarez--Ossorio Micheo, "Del Lento Camino Hacia la Constitucionalización de los derechos humanos. Indivíduo, instancias internacionales de protección de derecho y proceso (el viejo protocolo IX al CEDH como ejemplo).

La crisis actual de la soberanía externa es debida, creo, a la dificultad de armonización de este concepto en el orden internacional. En varias ocasiones este concepto se utiliza para justificar o defender los más diversos ataques a los derechos internacionales de los derechos humanos.

A pesar de que cada Estado sea soberano y único, pudiendo decidir lo que hacer en su territorio y jurisdicción, eso no debe servir de argumento para no comprometerse con los tratados de derechos humanos e internacionales aceptando la normativa internacional y los principios del *jus cogens*.[16]

Cabe recordar también que el derecho internacional se ocupa, única y exclusivamente, de las relaciones internacionales sin preocuparse por la protección de los legítimos titulares de la soberanía, el pueblo, el ser humano en última *ratio*.

Es exactamente por ello que el indivíduo pasa a ser sujeto de derecho internacional, fenómeno que despunta como la gran novedad del siglo. El indivíduo, la persona pasa a ser la protagonista de protección en la esfera internacional, dejando a la soberanía en otro plano.

También son conocidas las intervenciones de los órganos supranacionales en el ordenamiento jurídico interno, en defensa de los derechos humanos, lo que ocasiona desgaste en el concepto o en la experiencia de la soberanía estatal.

Con razón Jurgen Habermas[17] cuando afirma:

> Agentes no estatales como empresas transnacionales y bancos privados con influencia internacional vacían la soberanía de los Estados nacionales que ellos mismos acatan de un punto de vista formal (…). Pero incluso los gobiernos de los países económicamente más fuertes se dan cuenta hoy del abismo que se establece entre su espacio de acción nacionalmente delimitado y los imperativos que no son siquiera del comercio internacional, sino de las condiciones de producción integradas de una red global.

16. El *jus cogens* ha sido definitivamente consagrado en la cumbre de la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional, lo que es justamente uno de los trazos más marcados de la evolución del Derecho Internacional contemporáneo. Los Estados deben reconocer que ciertas normas son de carácter público internacional y, por lo tanto, no admiten práctica contraria, según lo que se dispone en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (es nulo un tratado que, al momento de su conclusión, está en conflicto con una norma imperativa de Derecho Internacional General). A efectos de esta Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por toda la comunidad internacional de los Estados como norma de la cual no se permite ninguna derogación y que únicamente se puede modificar por norma ulterior del Derecho Internacional General de la misma naturaleza. La propia jurisprudencia internacional acepta la existencia del *jus cogens*. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction,* de 1970, afirmó que el Derecho Internacional impone a los Estados ciertas obligaciones *erga omnes*, derivadas en el Derecho Internacional contemporáneo de la *ilegalidad de los actos de agresión, del genocidio, de principios y normas relativos a derechos básicos de las personas humanas, incluso la protección contra la esclavatura y la discriminación racial*. Para profundizar más, vide André Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros, "Manual de Direito Internacional Público", 3. ed., Lisboa: Almedina, 2009, p. 286 y siguientes.

17. Jurgen Habermas, "A inclusão do outro", Traducción de George Sperber y Paulo Astor Soethe. San Pablo: Loyola, 2002, p. 168.

Por esta razón, el concepto de soberanía hoy debe ser entendido y manejado como un concepto relativo de modo que los órganos supranacionales puedan actuar en la protección de los derechos humanos, posibilitando que, en caso de violación a estos derechos, el sistema pueda reaccionar y prevalezca el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, siempre en defensa de la persona humana haciendo con que la norma más favorable pueda prevalecer.

Se recuerda a Markus Kotzur[18] cuando afirma que "una concepción actualizada de la soberanía tiene que ser desarrollada a partir de la red cada vez más compleja de vínculos supranacionales, y al mismo tiempo, con apoyo en una confirmación de las raíces históricas de la *souveraineté*. (…). Solamente una concepción *instrumental* de la soberanía, al *servicio* del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder".

Es también en este entorno que debe ser comprendido el llamado proceso de *internalización de los derechos* (Bobbio), o el derecho cosmopolita, como un medio imprescindible para la búsqueda de la paz de la ciudadanía universal, ciudadanía con derechos de la persona humana en todas sus dimensiones.

Es natural que en este contexto de reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos y de incorporación de la normativa internacional en las pautas existentes en los distintos sistemas jurídicos nacionales, surja una serie de discusiones sobre el conflicto de leyes entre los conceptos que subyacen al derecho internacional y al derecho interno, y especialmente al derecho constitucional.

La norma preponderante ante un conflicto de leyes generalmente es la norma de índole constitucional, la norma primera y más importante del Estado. Sucede que las Constituciones contemporáneas, exactamente por absorber el movimiento de expansión de los derechos humanos de carácter universal, pasan a recibir, directa o indirectamente, la *normativa internacional*. Veamos cómo se opera esta realidad en Latinoamérica, al menos en algunos países.

Finalmente podemos afirmar que en América Latina se pueden entrever también algunos escenarios tendientes a la unificación y a la creación de un derecho supranacional.

Como indica Rodrigo Brito Melgarejo,[19] la tendencia dentro de las constituciones latinoamericanas, muestra los deseos de integración. Las expresiones "América", "Latinoamérica", o algunas particulares como "Centroamérica" o el espacio caribeño, se encuentran en los textos constitucionales de múltiples maneras. Se hallan en el texto y en el contexto de las normas constitucionales relativas a la nacionalidad

18. Markus Kotzur, "La Soberania Hoy. Palabras Clave para un Diálogo Europeo-Latinoamericano Sobre un Atributo del Estado Constitucional Moderno", In: De la Soberanía al Derecho Constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, Peter Haberle y Marcus Kotzur, UNAM, México, 2003.
19. Rodrigo Brito Melgarejo, "Constitucionalismo Global", Editorial Porrúa, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, p. 195.

(naturalización abierta a ciudadanos afines en términos culturales), y en otras partes de las constituciones escritas. Haberle hace una selección de ejemplos entre los que señala: el art. 37, inciso 1 de la Constitución de Bolivia, que privilegia a los españoles y latinoamericanos en algunos aspectos de la naturalización. El art. 4º, párrafo único de la Constitución de Brasil, que define como tarea del gobierno federal la "integración" tiene como objetivo la creación de una "comunidad latinoamericana". El art. 12 también establece, bajo ciertas condiciones, la igualdad de los portugueses residentes en Brasil con los nacionales.

Por su parte, el Preámbulo de la Constitución de Colombia propone dar impulso a la "integración de la comunidad latinoamericana". Más aún, una norma constitucional en el marco de los arts. de bases (art. 9º, inciso 2) requiere orientar la política exterior de Colombia hacia la integración de Latinoamérica y el Caribe. Nuevamente se muestran en la Constitución colombiana preceptos que la presentan como una de las más innovadoras y audaces en el ámbito latinoamericano: la integración de Latinoamérica es mencionada en dos puntos, mientras que las constituciones más antiguas en cuanto a su etapa textual, son más reservadas en este aspecto. (…)

Y concluye su pensamiento: "Como vemos, la tendencia en América Latina hacia la conformación de un marco normativo *supranacional* que puede ofrecer a los latinoamericanos un mejor nivel de vida, es hoy en día una realidad".[20] Ciertamente falta dar muchos pasos para llegar a un proceso de integración normativa como el que está viviendo actualmente Europa; pero el hecho de que este tema esté contemplado en las constituciones de diversas naciones en el continente y, además, en ordenamientos internacionales de carácter regional, constituye un gran avance.[21]

Nos gustaría cerrar este punto recordando la doctrina defendida por Cançado Trindade, para quien:

> descartada la compartimentalización, teórica y estática, de la doctrina clásica, entre el derecho internacional y el derecho interno, hoy día, con la interacción dinámica entre uno y otro en el presente dominio de protección, es el propio Derecho que se enriquece – y se justifica – en la medida en que cumple su misión última de hacer justicia. En el presente contexto, el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano. En este umbral del signo XXI, es alentador constatar que el derecho internacional y el derecho interno al fin caminan juntos y apuntan en la misma dirección, coincidiendo en el propósito básico y último de la protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.[22]

20. Vide los siguientes trabajos: "Direito Público Econômico Supranacional", Coordinado por A. Saddy. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 y de Fernando Herren Aguillar, "Direito Econômico, do Direito Nacional ao Direito Supranacional", São Paulo: Atlas, 2006.
21. *Op. cit*., p. 198.
22. Antônio A. Cançado Trindade, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en El siglo XXI", 2.ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 315.

3. Las constituciones latinoamericanas y el derecho internacional de los derechos humanos[23]

El enorme acervo de normas internacionales, en su mayor parte de naturaleza convencional – al que deben agregarse las de carácter consuetudinario aceptadas por la comunidad internacional como obligatorias, calificadas como *jus cogens* (ou *ius cogens*), ha adquirido una gran transcendencia con relación a los ordenamientos internos, por lo que surge el problema de establecer la jerarquía, al menos de los tratados de derechos humanos en el ámbito nacional, especialmente por lo que respecta a los ordenamientos constitucionales.

En esta dirección, considero que existen varios grados de supremacía. En síntesis, encontramos: (a) rango supraconstitucional; (b) rango constitucional; (c) rango supralegal y (d) rango legal en las Constituciones de la región. Es también la opinión de Carlos M. Ayala Corao cuja obra veremos a seguir.[24]

En la primera categoría, es decir la relativa a la jerarquía supraconstitucional en la que los tratados internacionales prevalecen aún respecto a la Constitución del propio Estado, señala Ayala Corao[25] como un ejemplo significativo el art. 63, de la Carta Fundamental de los Países Bajos de 1956, que establece expresamente que si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución. Pero este precepto fue aclarado por la reforma de 1983 a los arts. 91 y 94, los cuales exigen que los tratados que contradigan la Ley fundamental deben ser aprobados por las dos terceras partes de los votos escrutados y que las normas jurídicas del Reino no serán aplicables cuando éstas sean incompatibles con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones internacionales.

Hector Fix Zamudio, afirma que un sector de la doctrina latinoamericana[26] ha señalado que si bien no lo disponen de manera terminante, las Constituciones de Guatemala y de Honduras son asimilables de alguna manera al sistema de rango supraconstitucional de los instrumentos internacionales, pero Ayala Corao considera que en estos países pareciera operar en la práctica una reforma de la Constitución por vía de un tratado internacional, el cual adquiere el carácter de una "*ley constitucional*" capaz de modificar el texto fundamental en virtud de una autorización expresa o delegación del poder constituyente, pues en caso contrario, de no efectuarse la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, el mismo resultaría inconstitucional.

23. Vide Antônio A. Cançado Trindade, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", Prólogo de Máximo Pacheco Gómes, 2.ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
24. Utilizamos aquí la obra de Carlos M. Ayala Corao, "La jerarquía constitucional de los tratados", México: Fundap, 2003, y el prólogo de Hector Fix Zamudio.
25. Según el prólogo de Héctor Fix Zamudio en la obra de Carlos M. Ayala Corao, "La jerarquía constitucional de los tratados". Relativos a derechos humanos y sus consecuencias", México: Fundap, Querétano, 2003, p. 16.
26. Vide Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros. "Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente de la p. 187 en adelante donde la autora trata sobre los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos en Latinoamérica.

Una situación diversa existe en el ordenamiento español, ya que según el art. 95 de la Ley Fundamental, si un tratado que pretende celebrarse contiene disposiciones contrarias a la mencionada Constitución, es preciso la reforma de dicha Carta para que sus normas se adapten a las del tratado y al efecto el gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

En el segundo grado de preeminencia los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución, es decir, que dichos tratados adquieren rango constitucional y, por tanto, la supremacía y la rigidez propias de la Ley Fundamental. Esta supremacía fue establecida de manera expresa por el art. 105 de la Constitución peruana[27] de 1979, pero dicho precepto no se reiteró en la Constitución vigente de 1993.[28]

Una situación similar se consagró en la reforma de agosto de 1994 a la Constitución Federal Argentina, ya que, por una parte, dicha Ley suprema otorga a los tratados internacionales en general valor superior a las leyes, y a las declaraciones y tratados vigentes sobre derechos humanos que enumera expresamente les confiere *jerarquía constitucional,* pero además podrán adquirir la misma preeminencia los demás tratados que sean aprobados por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

El autor señala (Héctor-Fix Zamudio habla de Carlos Ayala Corao), que, debido a una iniciativa suya, el Congreso Constituyente aprobó el art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,[29] en el cual se dispone que los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional* y prevalecen en el orden interno, pero con la peculiaridad de que esta preeminencia se reconoce en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en dicha Carta

27. Situación semejante encontramos en Colombia, donde la Constitución también da soporte al derecho internacional en materia de derechos humanos. Su art. 93 establece: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. Cuando se trate de garantías constitucionales, el tratamiento diferencial en materias sustanciales conferido por el Estatuto de Roma tendrá efectos exclusivamente en el ámbito de la materia regulada en ese estatuto".

28. Las Constituciones de Perú, Argentina, Venezuela y de Nicaragua le atribuyen jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Y a la Constitución de Guatemala y de Colombia les atribuyen jerarquía especial, con preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del derecho interno. También la Constitución de Chile de 1980, con la reforma de 1989 consagró el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por aquel país.

29. Aparentemente después de la era "Chavez" la falta de respeto en lo que concierne a los fallos que involucran los derechos humanos y las Cortes Internacionales y Regionales lamentablemente ha imperado en este país.

Fundamental y en las leyes de la República, y son de *aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.*

La tercera categoría que señala el autor se refiere al rango supralegal que se confiere en algunos ordenamientos a las normas de derecho internacional, las que tienen primacía sobre las de derecho interno pero no pueden modificar la Constitución. En esta dirección cabe mencionar los arts. 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania, 10 de la Carta Fundamental de Italia y el 55 de la de Francia, aun cuando respecto a este último ordenamiento, si el Consejo Constitucional declara que un acuerdo internacional contiene una disposición contraria a la Ley suprema en los términos del art. 54, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse, sino después de la reforma de la propia Constitución, en tanto, el art. 91.1. de la Constitución española dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España formarán parte del ordenamiento interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

Los tratados internacionales con rango supralegal han sido reconocidos en varios ordenamientos latinoamericanos como los de Costa Rica (art.7º, incorporado en 1968); El Salvador (arts. 144 y 145); Guatemala (art. 46), y Colombia (art. 143). Sin embargo, debe destacarse que la IV Sala (Constitucional), de la Corte Suprema de Costa Rica, no obstante el precepto fundamental antes señalado, ha otorgado en su jurisprudencia valor *constitucional,* con la posibilidad de asumir una jerarquía *supraconstitucional* a los tratados de derechos humanos en la medida que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, con relación a las que se confieren en el derecho interno.

Finalmente, algunas Constituciones americanas otorgan a los tratados internacionales una jerarquía equivalente a la de las leyes internas, como lo establece el art. VI de la Carta fundamental de los Estados Unidos, reconocidos con el nivel de leyes federales según la jurisprudencia. Una situación similar ha derivado del art. 133 de la Constitución federal de México, inspirada en el citado precepto del derecho estadounidense, por lo que la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte de Justicia había conferido a los propios tratados internacionales la categoría de leyes federales, pero la propia Suprema Corte mexicana ha modificado esa jurisprudencia al establecer en una sentencia pronunciada el 11/05/1999, en el *amparo en revisión 1475/98,* promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto a la Constitución federal.

Ayala Corao señala que otras Constituciones latinoamericanas no consagran de manera expresa el rango de los tratados, pero su jerarquía se infiere de normas que ubican a éstos en el mismo rango de la ley, como ocurre con el art. 137 de la Constitución de Ecuador, y si bien la Carta Fundamental de Uruguay hace referencia

en su art. 6º a los tratados internacionales y al derecho internacional, no dispone de manera expresa la jerarquía de los mismos en el derecho interno, pero la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que en esos casos los tratados tienen rango de ley.

Concluye el autor que los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son los relativos a los derechos humanos y tal es el caso de los tratados sobre derechos fundamentales, tanto en el sistema universal de las Naciones Unidas, como del Sistema Interamericano de la OEA. Sin embargo, en otros supuestos, aun cuando los tratados no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos pero poseen el propósito tutelar a las víctimas de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales, también pueden considerarse como concernientes a los derechos fundamentales, como es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también como en la aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares etc.

Veamos el caso do Chile, según la lección de Marisol Peña Torres.[30]

La Constitución Política de Chile no reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque, como sabemos, algunos plantean que la reforma constitucional de agosto de 1989, que modificó el contenido del art. 5º, inciso segundo, de la Constitución les otorga implícitamente ese rango normativo.

La doctrina especializada ha entendido que, desde la vigencia de la aludida reforma constitucional, el catálogo de derechos fundamentales asegurados a todas la personas en Chile no es taxativo, esto es, que no sólo se compone de los derechos explícitamente consignados en el art. 19 de la Constitución, sino que se encuentra complementado por todos aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana recogidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

No existe en Chile, tampoco, una norma constitucional explícita que obligue a interpretar las normas sobre derechos fundamentales de conformidad con los parámetros que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El contraste, en esta materia, con otras Constituciones es evidente. En el caso de la Constitución de España, su art. 10 Nº 2 indica que: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humano y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España*".

Durante el segundo periodo de funcionamiento del Tribunal Constitucional (1981-2005) pueden citarse sólo tres pronunciamientos que inciden en la aplicación

30. "La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", Revista Estudios Constitucionales, Año 6, Nº 1, 2008, p. 205-222, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de nuestro Estado, dice Marisol Peña Torres.

Dos de dichos pronunciamientos se refieren al rango jerárquico que nuestra Magistratura les asignaba a los tratados internacionales sobre derechos humanos en relación con la propia Constitución. El tercer fallo alude a la eventual responsabilidad internacional en que Chile incurriría al no honrar el cumplimiento de sus compromisos internacionales, entre los que cabe incluir, por cierto, aquéllos derivados de las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas y vigentes en nuestro país (Chile).

En Colombia el derecho interamericano de los derechos humanos, desde su posición como elemento integrante del bloque de constitucionalidad, ha jugado un importante papel en el ordenamiento constitucional colombiano, que se manifiesta en varias funciones materiales, según Manuel José Cepeda Espinosa.[31]

En la sentencia SU-1185 de 2001, sobre el reconocimiento de una pensión, la Corte Constitucional invocó el derecho interamericano de los derechos humanos como parámetro para establecer cuáles son los límites a las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales.

En otros casos, por ejemplo, en materia de libertad de expresión; en dos oportunidades en las que la Corte Constitucional ha examinado medidas que restringen el ejercicio del periodismo ha hecho referencia expresa a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prohibición de la colegiatura profesional obligatoria y de otros mecanismos que equivalen a establecer licencias previas para el ejercicio del periodismo, y ha seguido la estructura analítica del juicio de proporcionalidad aplicado por la jurisprudencia interamericana en esta materia, en el sentido de que únicamente son admisibles bajo la Convención Americana las limitaciones de la libertad de expresión que sean necesarias para asegurar ciertos fines imperiosos – es decir, que no existan medios alternativos menos restrictivos para obtener las mismas finalidades.

(….) En otro caso, la Corte, en la sentencia T-982, de 2001, tuteló el derecho a la libertad religiosa de una mujer que formaba parte de la Iglesia Adventista y había sido desvinculada de su empleo por no trabajar los sábados en cumplimiento de sus deberes eclesiásticos, argumentando que el carácter desproporcionado de la limitación impuesta en este caso por el empleador, en ejercicio de su derecho de fijar al horario de trabajo de sus empleados, era incompatible con el respeto al pluralismo religioso propio de una sociedad democrática; por ello, ordenó el reintegro de la trabajadora, estableciendo que había de llegarse a un acuerdo sobre la forma en que la trabajadora compensaría las horas que dejaría de trabajar los días sábado.[32]

31. Polémicas Constitucionales, Editora Legis, Bogotá, 2008, p. 321-332.
32. Según el citado Manuel José Cepeda Espinosa, p. 324.

Por fin, en Perú, Jorge León Vásquez[33] relata que en algunas sentencias el TC se ha adherido a la tesis universalista de manera implícita. Así ha señalado que el *principio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* "no se restringe sólo a los tratados en los que el Estado peruano sea parte (…), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre estos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos".

En otras ocasiones el TC ha reconocido abiertamente la comparación jurídica como un método de interpretación constitucional, al señalar, por ejemplo, que "el art. 4º del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es un instrumento internacional vinculante para el Estado peruano, pero sí sirve para determinar el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* en su vertiente procesal, tras asumirse la comparación como quinto método de la interpretación constitucional". De la misma forma lo ha hecho en otros casos en los que ha tenido la necesidad de recurrir a la normatividad y jurisprudencia extranjera en otras materias.

Con relación a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos el autor detecta valor jurídico diferente en diferentes casos. Distingue dos grados de vinculación, una *débil y una fuerte.*

La primera está referida a aquellos supuestos en que el TC, como en el ejemplo citado antes, invoca la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un Convenio internacional en el cual el Estado peruano no es parte, lo que ciertamente no impide su consideración, más aún si el propio TC ha reconocido a la comparación jurídica como un método de interpretación constitucional. En todo caso, lo que legitima y justifica el acogimiento de esta interpretación es su contribución a la mejor protección de un específico derecho fundamental; pero no se podría invocar para restarle eficacia y mucho menos para desconocerlo.

La *vinculación fuerte,* en cambio, tiene su fundamento constitucional en la CDFT de la Constitución, la misma señala: "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Con mayor precisión el Código Procesal Constitucional en su art. V reconoce que

> *el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones*

33. "El valor jurídico de la Interpretación y de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra "La sentencia constitucional en el Perú", Coordinado por Gerardo Eto Cruz, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Editorial Adrus, 2010, p. 258 y siguientes.

adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

De la CDFT de la Constitución y de la disposición citada del Código Procesal Constitucional se derivan dos sentidos normativos: (1) que el órgano interno que interpreta las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales lo haga de conformidad con dichos instrumentos internacionales; (2) que el órgano interno que interpreta las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales lo haga de conformidad con la interpretación que de dichos instrumentos internacionales haya realizado la CIDH.

4. La situación de Brasil en este escenario

Inicialmente me parece interesante explicar el significado de la expresión "*derechos fundamentales*" en Brasil, y quiénes son los destinatarios de esos derechos en el ordenamiento jurídico brasileño.

La mayoría de los constitucionalistas brasileños funde los calificativos "humanos" y "fundamentales". Ello porque la Constitución brasileña comprende en la expresión "derechos fundamentales", los derechos individuales, políticos, sociales y económicos.

La Constitución brasileña adopta diferentes expresiones, *derechos de la persona humana, derechos y garantías individuales y garantías fundamentales, derechos humanos*.

Hemos optado por la terminología *derechos fundamentales* (y no derechos humanos fundamentales) para designar los derechos y garantías asegurados por la compleja normativa constitucional interna.

Acompaño aquí la posición de Gisela Maria Bester,[34] partiendo de una lectura de la realidad, de una constatación de la falta de coincidencia que existe entre unos y otros en nuestro País. Es que en Brasil hay derechos humanos que no son al mismo tiempo derechos fundamentales. Quiere decir: cuando Brasil firma pactos, acuerdos, convenciones o tratados internacionales que contemplan derechos humanos, ello no significa que todos estos derechos humanos pasen a valer internamente en la categoría "derechos fundamentales", situados en la Constitución Federal de 1988 y en ella protegidos como cláusulas pétreas.

Esto sucede porque la lectura que el Supremo Tribunal Federal ha hecho de la Constitución de 1988 hace que esta "prescriba" que la forma de interiorización de los derechos provenientes de pactos internacionales sigue un camino que los interioriza de modo que pasen a valer en nuestro ordenamiento no como normas de *status constitucional,* sino simplemente como leyes ordinarias (federales, pero de todas maneras

34. Gisela Maria Bester, "Direito Constitucional", Volume I, Fundamentos Teóricos, São Paulo: Manole, 2005, p. 561.

ordinarias) significando no sólo que los derechos que dichas normas contienen no tienen fuerza de imposición alguna sobre la Constitución sino que todavía pueden ser revocadas en cualquier momento por otra ley ordinaria.

Es preciso citar también la regla del §2º e § 3º del art. 5º de la Constitución Federal de 1988,[35] que tuvo la preocupación de hacer constar de forma explícita la situación de los tratados que contengan normas sobre derechos humanos. Tendrán equivalencia de norma constitucional.

Ya *antes* de la Enmienda Constitucional nº 45 (ya citada) algunos autores brasileños sostenían, con fundamento en los párrafos §1º y § 2ª, del art. 5º, de la Constitución Federal de 1988, que los derechos humanos derivados de tratados internacionales tendrían que ser incorporados como derechos fundamentales, o sea, con jerarquía constitucional. Pero no había (y sigue sin haber) consenso sobre la materia.

Hace tiempo un grupo de internacionalistas, con destaque para Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Cristina Piovesan y Carla Pinheiro, luchaban para hacer valer la interpretación de que los derechos humanos derivados de tratados internacionales tendrían que ser incorporados como derechos fundamentales, con fundamento en los párrafos primero y segundo del art. 5ª de la CF, ya examinados.

Es cierto, por otro lado, que la **persona humana** siempre contó con una protección especial en la Constitución brasileña. Es *fundamento* del Estado Democrático de Derecho (art. 1º, III), al lado de la soberanía, de la ciudadanía, de los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y del pluralismo político.

Por tanto, ya antes de la **Enmienda Constitucional nº 45/2004**, encontramos a la mayoría de los constitucionalistas brasileños haciendo una clara distinción entre los tratados que tuvieran por objeto y contenido derechos humanos (fundamentales) y los demás (con normas de otra índole). Los primeros, con la ratificación ya serían incorporados al orden interno con jerarquía constitucional, y por determinación del § 1º, del art. 5º (ya citado), con aplicabilidad inmediata; ya los segundos serían incorporados cumpliendo el itinerario que los lleva al *status* de leyes ordinarias, al menos hasta la Enmienda Constitucional nº 45, que como vimos, trató expresamente del tema, dejando clara la situación de los derechos humanos provenientes de tratados internacionales en el orden constitucional brasileño.

Flávia Piovesan,[36] especialista en la materia doctrina:

35. El §2 dispone: "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte". Y el § 3º, acrecentado por la Enmienda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, dispone: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que se aprueben, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, **serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".** Por fin, no nos podemos olvidar del § 1º que dispone: "Las normas definidoras de los **derechos y garantías fundamentales** tienen aplicación **inmediata"**.

36. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12.ed., São Paulo: Saraiva, p. 119.

Estos argumentos sustentan la conclusión de que el derecho brasileño opta por un sistema mixto disciplinante de los tratados, sistema que se caracteriza por combinar regímenes jurídicos diferenciados: un régimen aplicable a los tratados de derechos humanos y otro aplicable a los tratados tradicionales. Mientras los tratados internacionales de protección de los derechos humanos – en virtud del art. 5º, 2º – presentan jerarquía constitucional, los demás tratados internacionales presentan jerarquía infraconstitucional.

En suma, la jerarquía constitucional de los tratados de protección de los derechos humanos deriva de la previsión constitucional del art. 5º, § 2º, a la luz de una interpretación sistemática y teleológica de la Carta, particularmente de la prioridad que atribuye a los derechos fundamentales y al principio de la dignidad de la persona humana. Esta opción del constituyente de 1988 se justifica ante el carácter especial de los tratados de derechos humanos, y según el entendimiento de parte de la doctrina, de la superioridad de estos tratados en el plano internacional.

Se adiciona que, además de la concepción que confiere la naturaleza constitucional a los tratados de derechos humanos (concepción defendida por este trabajo) y de la concepción de que, al revés, confiere a los tratados *status* paritario al de la ley federal (posición mayoritaria del STF) se destacan otras dos corrientes doctrinarias. Una de ellas sostiene que los tratados de los derechos humanos tiene jerarquía supraconstitucional, mientras que la otra corriente defiende a la jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, de los tratados de derechos humanos.

5. El Supremo Tribunal Federal y los tratados internacionales de derechos humanos

Inicialmente creo que es importante recordar que en el constitucionalismo brasileño, desde la primera Constitución republicana de 1891 (art. 59, §1º, "*a*"), se admite la verificación de la *constitucionalidad* de los tratados, pienso que por inspiración del constitucionalismo norteamericano.

La Constitución de 1988 en vigor, con sus 67 Enmiendas (hasta 2010) reiterando la regla vigente en las Constituciones anteriores, prevé, en su art. 102, III, "*b*", la competencia del Supremo Tribunal Federal para, mediante recurso extraordinario, juzgar las causas decididas en única o última instancia cuando la decisión objeto de recurso declare la *inconstitucionalidad de tratado* o ley federal.

Con respecto a los conflictos entre un tratado internacional y la Constitución, el Supremo, en jurisprudencia pacífica, asentó la regla de la primacía del texto constitucional, siendo éste anterior o posterior a la norma internacional (ADIN nº 1480-3/1996).

Con razón Gustavo Binenbojm[37] cuando afirma que "bajo la óptica de la necesidad de mecanismos de interiorización de los tratados internacionales en el orden jurídico nacional, el sistema brasileño se clasifica, según ha proclamado recientemente

37. Gustavo Binenbojm. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 302.

el STF, como dualista moderado. No se llega a exigir la edición de una ley interna, reproduciendo total o parte del texto del tratado, lo que configuraría una postura dualista extremada; no obstante, el decreto-legislativo – que contiene la aprobación del Congreso Nacional – acoplado al decreto presidencial de promulgación, constituirían una fuente normativa interna y autónoma con relación al tratado.

Actualmente el Supremo Tribunal Federal defiende la jerarquía *infraconstitucional* pero *supralegal,* de los tratados de derechos humanos.

Al respecto, el Ministro Sepúlveda Pertence, en el RHC n. 79.785-RJ en mayo de 2000, que involucraba el alcance interpretativo del principio del doble grado de jurisdicción previsto por la Convención Americana de Derechos humanos, destacó en su voto:

> Desde luego, participo del entendimiento unánime del Tribunal que rechaza la preponderancia sobre la Constitución de cualquier convención internacional. En el orden interno, derechos y garantías fundamentales lo son, con gran frecuencia, precisamente porque, alzados al texto constitucional, se erigen en limitaciones positivas o negativas al contenido de las leyes futuras, así como a la recepción de las anteriores a la Constitución. Si así es, a primera vista, parificar a las leyes ordinarias los tratados a que alude el art. 5º, § 2º, de la Constitución, sería vaciar de gran parte de su sentido útil la innovación que, a pesar de los términos equívocos de su enunciado, tradujo una apertura significativa al movimiento de internacionalización de derechos humanos. Todavía sin certezas suficientemente maduradas, teniendo así – aproximándome, creo, de la línea desarrollada en Brasil por Cançado Trindade y por Flávia Piovesan – a aceptar el otorgamiento de fuerza supralegal a las convenciones de derechos humanos, de manera que se pueda dar aplicación directa a sus normas – hasta, si necesario, contra la ley ordinaria, siempre que, sin herir la Constitución, la complementen, especificando o ampliando los derechos y garantías que en ella constan.

También me parece relevante afirmar que el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha reconocido que la protección del *medio ambiente,* además de ser un derecho fundamental, debe ponderar sobre la libertad económica, resaltando que la lectura de la economía se debe hacer bajo la óptica de los derechos humanos.[38] Quiere decir, la acción de los actores (públicos, estatales, económicos, cívicos) debe pautarse en la perspectiva objetiva de los derechos fundamentales: en la toma de decisión se debe tener conciencia de la protección y de la no violación del contenido de los derechos

38. Vide en el STF o STA-AgRg 118/RJ y STA-AgRg 171/PR, donde se discutía la constitucionalidad de la importación de neumáticos usados, utilizados en el proceso de industrialización de neumáticos recauchutados. El STF decidió que habría posibilidad de daño irreparable al medio ambiente (derecho fundamental) ecológicamente equilibrado y a la salud pública. Daño ambiental con la entrada a Brasil de un pasivo ambiental colosal, dispersión de enfermedades graves que se desarrolla en aguas paradas, gran parte acumulada en neumáticos con destinación incorrecta. Lo cierto es que para el resultado prevalecieron, en ambos casos, los valores constitucionales del medio ambiente (como un derecho fundamental).

fundamentales, poniendo en práctica no solamente la eficacia entre terceros, sino la eficacia irradiante de las normas valorativas fundamentales (Haberle).

Igualmente digno de nota es el llamado caso Ellwanger.[39] En éste, el Supremo Tribunal Federal (STF) el 17/09/2010 decidió negar el *Habeas Corpus* nº 82.424-2, ponderando que el precepto fundamental de la libertad de expresión no consagra el "derecho a la incitación al racismo", puesto que un derecho individual no puede constituirse en salvaguarda de conductas ilícitas que implicaban, en el caso concreto, ilicitud penal.

La decisión del STF en esta cuestión está en consonancia con las normas de Derecho Internacional ya recibidas por el ordenamiento jurídico nacional, que al prohibir los "escritos de odio", estipularon un límite al principio de la libertad de manifestación del pensamiento. Es lo que establece no sólo la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 4º), sino también el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 20-2), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13-5), y cabe recordar que la adhesión de Brasil a estos dos tratados es resultado de la política exterior, estimulada por la *vis directiva* del art. 4º de la CF.[40]

Concluyo este tópico con Celso Lafer,[41] para quien "La Constitución de 1988 es explícitamente receptiva al Derecho *Internacional Público* en materia de Derechos Humanos, lo que configura una identidad de objetivos del Derecho Internacional y del Derecho Público Internacional, cuanto a la protección de la persona humana".

6. El "activismo" judicial brasileño en el tema dos derechos fundamentales o derechos humanos

Creo que es interesante pasar al público europeo una visión un poco más amplia de cómo se procede a la defensa o la promoción de los llamados "derechos fundamentales" o "derechos humanos" en Brasil, sobre todo por parte del Poder Judicial.

A un europeo no habituado a las resoluciones de los Tribunales Constitucionales (o Salas Constitucionales) latinoamericanas, puede parecerle un poco inusitado el

39. El impetrante Ellwanger alegaba en el HC 82.424-2, ante el STF, como antes alegara en el STJ, que no siendo los judíos una raza, el crimen perpetrado por su paciente al editar y vender libros que hacían apología de ideas con prejuicio contra los judíos no fue el de la práctica de racismo, pero sí, el de incitamiento contra el judaísmo. El crimen de práctica de racismo, como concluyó el fallo del STJ, confirmando el entendimiento del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, no se basa en el término "raza", que tiene connotación pseudocientífica, sino en las teorías y concepciones que atribuyen al término raza el fundamento de la discriminación condenada por el art. 5º, XLII, de la Constitución Federal de 1988.

40. Art. 4º. *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de una comunidade latino-americana de nações.*

41. Celso Lafer. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Manole, 2005, p. 82.

amplio espectro de acciones o medidas judiciales que estas Cortes vienen prestando a la justicia en la extensión y latitud que dedican a los derechos fundamentales.[42]

En primer lugar, se debe reconocer que las constituciones latinoamericanas son, por lo general, extensas, minuciosas y prevén una tabla, una lista de derechos individuales, colectivos, sociales, políticos y culturales. Esta circunstancia ya induce y determina que el Poder Judicial, llamado a intervenir en una disputa o en un conflicto de intereses, individual o colectivo, abstracto o concreto, tenga que pronunciarse.

Cabe recordar, asimismo, que Latinoamérica recibe naturalmente la presencia histórica norteamericana y europea, también en lo tocante a la historicidad de los derechos humanos y de toda su dimensión "generacional" vinculando no solo los Poderes Públicos como el Legislativo, el Ejecutivo y naturalmente el Judicial (en el sentido del deber de prestar justicia frente a los derechos amenazados o violados).

Hoy la teoría general de los derechos fundamentales, si es que nos podemos referir a ella de esta manera, ha dejado atrás apenas el aspecto de que los derechos humanos son "derechos de defensa", pero más allá de esa concepción, como sabemos, tenemos los llamados "derechos prestacionales" (materiales) y los "derechos de participación".

De modo que, si aliamos la riqueza cuantitativa y cualitativa de los derechos humanos en Brasil,[43] entenderemos por qué los jueces, los Tribunales, las Cortes, los Tribunales Constitucionales en América Latina, o las Supremas Cortes son obligadas a decidir sobre numerosos y complejos asuntos, sea en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sea en el ámbito de la jurisdicción constitucional y su proceso (por medio de las más variadas técnicas de resolución).

No es, por tanto, inusitado que un juez ordinario o incluso constitucional (denominado Ministro), en Brasil tenga que juzgar por ejemplo, los más variados temas, que involucren la *dignidad humana* en la Constitución, la *libertad como autonomía, la igualdad, la ciudadanía, el debido proceso legal,*[44] así como: (a) el bloqueo de activos financieros decretados por un Presidente de la República de todas las cuentas bancarias de los brasileños y su constitucionalidad (ADI 223-6-DF) e (ADIQO 534-DF); (b) la constitucionalidad de una serie de medidas gubernamentales que tuvieron como efecto, en la década del 90, implantar programas de desestatización de la economía, transfiriendo al sector privado empresas entonces controladas por el Estado (ADI

42. No vale la pena volver al debate terminológico y de contenido (derechos fundamentales x derechos humanos o derechos fundamentales-derechos humanos)
43. El art. 7º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución Federal de 1988, en Brasil dispone: "Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos".
44. Vide Oscar Vilhena Vieira. *Direitos Fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. Vide aún Marcelo Figueiredo, "Interpretación constitucional por el Supremo Tribunal Federal de Brasil", publicado en la obra, Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica, Coordenado por Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, UNAM, México, 2009, p. 707 y siguientes. Vide igualmente de nuestra autoría, publicado en la obra, "La evolución político-constitucional de América del Sur 1976/2005". Librotécnica, Santiago, Chile, Coordinador Humberto Noguera Alcalá, especialmente nuestro capítulo sobre el activismo del poder judicial en Brasil y sus ejemplos.

1.549-RJ); (c) la existencia o no del "derecho adquirido" a sueldos de funcionarios públicos" (RE 190.411-9-AP); (d) si existe la posibilidad jurídica de anticipar un plebiscito previsto expresamente en la Constitución, sin ofender la voluntad del poder constituyente originario (ADI 830-7-DF; ADI 833-1-DF); (e) si la constante reedición de una medida provisoria por el Presidente de la República representa invasión de la función del Legislativo (ADI 293-DF-MC); (f) si la Convención 158-OIT era válida frente al art. 7º, I de la CF (ADI 1.480-3); si viola o no el principio democrático la posibilidad de reelección del Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes (MS 22.864-DF); (g) si el "salario mínimo" es constitucional, si es capaz de atender las necesidades vitales del trabajador, como indica el texto de la Constitución Federal (Ag. Reg. en el AI 567.634-8); (h) si el Poder Judicial puede suplir, en casos concretos, la mora del Legislador (MI 278-MG, MI 95-RR, MI 695-2007).

Existen aún numerosas resoluciones donde el Poder Judicial es convocado para implementar *derechos sociales,* o a definir cuál el alcance de una política diseñada o proyectada en el texto constitucional.

Sobre el tema hemos escrito en el pasado[45] y hemos dado numerosos ejemplos de resoluciones tales como: (a) acciones o medidas judiciales que obligan a los particulares a informar a la población sobre los riesgos potenciales de las bebidas alcohólicas; (b) acciones judiciales que obligan a la Administración Pública federal a duplicar carreteras (autopistas) en función del elevado número de accidentes en trechos donde había falta de señalización suficiente para el público usuario; (c) medidas judiciales que obligaban al Estado a suministrar medicamentos de forma gratuita a la población carente, así como a portadores del virus de HIV (SIDA) porque no tenían condiciones económicas de adquirirlos y así por delante.

Luis Roberto Barroso[46] enumera diversos precedentes de postura activista de nuestro STF, manifestada por diferentes líneas de resolución. Entre ellas se incluye: (a) la aplicación directa de la Constitución en situaciones no expresamente contempladas en su texto e independientemente de manifestación del legislador ordinario, como ha sucedido en casos como el de la imposición de fidelidad partidaria y el de la prohibición de nepotismo; (b) la declaración de inconstitucionalidad de actos normativos emanados del legislador, con base en criterios menos rígidos que los de patente y ostensiva violación de la Constitución, de que son ejemplos las resoluciones referentes a la verticalización de las coligaciones partidarias y a la cláusula de barrera; (c) la imposición de conductas o de abstenciones al poder Público, tanto en caso de inercia del legislador – como en el precedente sobre huelga en el servicio público o sobre la creación de municipio – como en el de políticas públicas insuficientes, de que

45. Vide Marcelo Figueiredo, "El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en Brasil", en la obra Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, coordinada por Victor Hernández Mendible, Ediciones Paredes, Venezuela, Tomo I, 2009, Caracas, p. 673 a 713.
46. Luis Roberto Barroso, "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial" (RTDP Tomo 55 p. 47).

han sido ejemplo las resoluciones sobre el derecho a la salud. Todas estas hipótesis alejan a los jueces y tribunales de su función típica de aplicación del derecho vigente y los aproxima a una función que más se asemeja a la creación del propio derecho".

Todo ello muestra que el Poder judicial o la denominada *jurisdiccionalización* de la protección (internacional y nacional) de los derechos humanos es importante para sus destinatarios y no puede considerarse algo "exótico". Se trata, hasta cierto punto, de un proceso histórico natural frente a las peculiaridades de Latinoamérica.

Las Constituciones de nuestra región abiertas a los Tratados Internacionales adopta un constitucionalismo *comunitario,* embebido de los valores que buscan una sociedad más justa e igualitaria y sin duda la era de los *derechos* contribuye mucho a que este ideal sea alcanzable e implantado progresivamente.

Resta ahora plantear el tema del transconstitucionalismo. La propuesta inicial del seminario aludía a hacer alguna reflexión de cómo influyen las corrientes jurídicas *transnacionales* en los contenidos del Derecho Constitucional. Veamos lo que podemos aportar con respecto a este tema.

7. El transconstitucionalismo y sus desafíos actuales

Creo que el primer punto a aclarar dice respecto a lo que entendemos por *transconstitucionalismo,* o aún, qué significados y preocupaciones conlleva este concepto, y naturalmente su relación con el derecho constitucional.

No sabemos identificar exactamente cómo ha surgido el término *transconstitucionalismo* en la literatura internacional, pero es posible afirmar que la política mundial tiene como asentada la idea de que los Estados *no son* más los *únicos actores* importantes en el escenario internacional.

En Brasil, Marcelo Neves se ha dedicado al tema y sobre éste enseña:

> (…) Pero lo peculiar del transconstitucionalismo no es la existencia de estos entrelazamientos entre órdenes jurídicos, el llamado "transconstitucionalismo jurídico". En el caso del transconstitucionalismo, los órdenes se inter-relacionan en el plano reflexivo de sus estructuras normativas que son auto-vinculantes y disponen de primacía. Se trata de una "conversación constitucional", que es incompatible con un "constitutional *diktat*" de un orden con respecto al otro. O sea, no se puede hablar de una estructura jerárquica entre órdenes: la incorporación recíproca de contenidos implica una relectura de sentido a la luz del orden receptor. (…). El transconstitucionalismo hace aflorar, por un lado, una *fertilización constitucional cruzada*. Las cortes constitucionales "se citan recíprocamente no como precedente, sino como autoridad persuasiva."[47]

47. El término es acertado. De hecho encontramos una fertilización constitucional cruzada también en Latinoamérica. Los ejemplos son ofrecidos por José Ramón Cossío Díaz, en el artículo "Constitucional Justice" In: Ibero-America: Social Influence and Human Rights, publicado en la Mexican Law Review, UNAM, July-December 2009, p. 153 a 161. Afirma el autor: "There is no uniformity among Ibero-American courts as to the form in which reference to decisions of international human rights bodies should be made. Nevertheless, there is clearly more uniformity in the way cours cite international opinions dealing with specific

En términos de racionalidad transversal, las cortes se disponen a un aprendizaje constructivo con otras cortes y se vinculan a las resoluciones de éstas.[48]

Para el autor, no interesa primariamente al concepto de transconstitucionalismo saber en qué orden se encuentra una Constitución, ni siquiera definirla como un privilegio del Estado. **Lo fundamental es precisar que los problemas constitucionales surgen en diversos órdenes jurídicos, y que exigen soluciones fundadas en el entrelazamiento entre ellos.**

El concepto es de veras interesante porque permite a los intérpretes constitucionales (sociedad abierta) un aprendizaje continuo y recíproco circular con posibilidad de una rearticulación constante.

En el tema de los derechos humanos o fundamentales, según Marcelo Neves, el transconstitucionalismo es fundamental porque los problemas que de ellos advienen se presentan simultáneos en diferentes órdenes jurídicos. "Cuando cuestiones de derechos fundamentales o de derechos humanos se someten al trato jurídico concreto, sobrepasando órdenes jurídicos diversos, la "conversación" constitucional es indispensable.[49]

Robert O. Keohane y Joseph S. Nye definen las relaciones trans-gubernamentales de la siguiente manera:

> *We define trans governmental relations as sets of direct interactions among sub-units of different governments that are not controlled or closely guided by the policies of the cabinets or chief executives of those governments (...) We will distinguish two major types of essentially cooperative transgovernmental behavior. Transgovernmental policy coordination refers to activity designed to facilitate smooth implementation or adjustment of policy, in the*

fundamental rights than in the way they directly apply and interpret international treaties. Nevertheless, disparity still exists between courts that consttantly and consistently cite international jurisprudence and those that only do so only on an excepcional basis. There is also a more basic disparity in the ways they undertake the operation of spelling out the meaning and the purposes of international pieces of legislation. In some cases, courts apply themselves to the task of expounding and re-recreating the meaning of those texts while in others, they sistematically defer to what has been Said in opinions issued by international courts (for instance, the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights). A few relevant examples of the use of international jurisprudence (I believe the author must use "case Law" instead of "jurisprudence" here) include: a decision on sex change in which the Supreme Court of Justice of Uruguay cited international case-law from both dealing with vulnerable groups, decided by the courts of Guatemala and Colombia where they made ample reference to the decisions made by international bodies, though clearly giving priority to Inter-American Court jurisprudence. In Mexican cases dealing with the interaction between the right to heath and the right to earn a living through medical practice, we have also cited the views of International courts, the United Nations Committee of Human Rights and its Committee on Economic, Social and Cultural Rights. (...) In the *Almonacid Arellano versus Chile* case, the Inter-American Court of Human Rights invited states to exert "conventionality control" through their judicial bodies, by contrasting their national Law with the Inter-American convention. The possibility of recognizing the existence of more than one authorized interpreter of regional human rights treaties opens up completely new ways of building up protection for fundamental rights in the region".

48. "Transconstitucionalismo", tesis presentada a la Facultad de Derecho de la USP-SP, São Paulo, 2009, p. 104.

49. *Op. cit.*, p. 114.

> *absence of detailed higher policy directives. Another process, transgovernmental coalision building, takes place when subunits build coalitions with like minded agencies from other governments against elements of their own administrative structures.*[50]

De este modo, también el constitucionalismo se mueve más allá del concepto del Estado-Nación, pues él, el Estado convive hoy con otras numerosas organizaciones de gran poder. Todas ellas influyen en el escenario nacional e internacional formando una *red transnacional* que transpone las viejas barreras o fronteras de lo que conocíamos como Estados-Nación.

Así, el *constitucionalismo* debe ser estudiado más allá del Estado, como asimismo en un contexto transnacional, que naturalmente abriga al poder privado, al sector privado, a las empresas y los particulares, lo que, en definitiva, no es estatal.

Como afirma Gunther Teubner,[51]

> My thesis, in short, is that we are witnessing the emergence of a multiplicity of civil constitutions beyond the nation state. But the constitution of world society is not to be conceived exclusively within the representative institutions of international politics, and neither can it take place in a unitary global constitution overlying all areas of society. It is emerging incrementally in the **constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society.**

Al analizar el comportamiento global de la sociedad, Teubner afirma que la sociedad se comporta hoy y actúa incluso de forma diferenciada, más allá de las fronteras estatales. El mercado es global, la economía es global, la ciencia, la cultura, la tecnología, la salud, el militarismo, el transporte, el turismo, el deporte, la política y la ley, todo hoy asume características globales y **cada uno de esos "*subsistemas*" opera autónomamente a nivel global**.

Dice que la fragmentación del derecho global es fruto de la fragmentación social de la sociedad global.[52]

Para este autor las violaciones a los *derechos humanos* ocurren también por causa de las actividades y transacciones transnacionales.

Es decir, no hay apenas conflictos entre los indivíduos y el Estado, entre el derecho de propiedad de las empresas y los derechos humanos de las personas, sino colisiones entre todos estos actores en escala mundial. La inexistencia de un único sistema jurídico que abarque toda la humanidad, de manera homogénea y funcional posibilita

50. Cambridge University Press. www.jstor.org/stable/2009925. Princenton University, World Politics, v. 27, n. 1, Octubre 1974, p. 39-62.
51. 16, Loubhlin Chapter 16. Indd. 327.
52. Vide Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The vain Search for Legal Unity in the fragmentation of global Law", translated by Michelle Everson, Michigan Journal of International Law, disponible en Internet en la página de dicha revista.

la existencia de dichos conflictos[53] y hace con que surja un derecho transnacional, según creemos.

Teubner también sostiene que no hay más sentido en hablarse de "*efectos horizontales*" de los derechos fundamentales (o humanos). Ante la pluralidad de actores que componen el mundo globalizado, los "enemigos" de los humanos son otros y pueden estar en todas partes. Necesitamos nuevos tipos de garantías que limiten el destructivo potencial de la comunicación además de la política.

Afirma:

> The human – rights question in the strict sense must today be seen as endangerment of individual and institutional integrity by a multiplicity of anonymous and today globalized communicative process. (..) The expansive tendencies of the subsystems aim in both directions. In now becomes clear how a new "equation" has to replace the old "equation" of the horizontal effect. The old one was based on a relation between two private actors – private perpetrator and private victim of the infringement. One side of the new equation is no longer a private actor as the fundamental – rights violator, but the anonymous matrix of an autonomised communicative medium. On the other side is no longer simply the compact individual. Instead, the protection of the individual splits up into three main dimensions:
>
> – Institutional rights protecting the autonomy of social discourses – the autonomy of art, of science, of religion – against their subjugation of the totalizing tendencies of the communicative matrix;
> – Personal rights protecting the autonomy of communications, attributed not to institutions, but to the social artefacts called "persons";
> – Human rights as negative bounds on societal communication, where the integrity of individuals' body and mind is endangered by a communicative matrix.

De hecho, parece que tiene razón Marcelo Neves[54] cuando preconiza la necesidad de un diálogo transconstitucional o una "*conversación constructiva*" para que haya respuestas satisfactorias a los problemas derivados de los diferentes órdenes jurídicos mundiales, sobre todo, en la interfaz entre derecho internacional y estatal.

El autor ofrece algunos ejemplos para ilustrar la necesidad de dicha conversación. Dice:

53. Por ello afirma: "*Thus, we must extend our concept of Law to encompass norms operating beyond the legal sources of the nation state and international Law. Transnational communities or autonomous fragments of society, such as the globalized economy, science, technology the mass media, medicine, education, and transport, are developing a strong "norm hunger", an enormous demand for regulatory norms, which cannot be satisfied by national or international institutions. Instead, they satisfy their demand through a direct recourse to Law. Increasingly, global private regimes are creating their own substantive Law. They make use of their own sources of Law, which lie outside the spheres of national Law making and international treaties*".
54. *Op. cit.*, p. 120 en diante.

> En primero lugar, cabe enfatizar la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las culturas jurídicas consolidadas de los órdenes constitucionales de los respectivos Estados europeos vinculados a él. No obstante el art. 46.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos establezca que "las Altas Partes Contratantes se obligan a respetar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes" no se constata una aplicación igual y armónica de la Convención, y no se presenta como evidente ni plausible la pura imposición de las resoluciones del TEDH contra los órdenes constitucionales de los Estados. Las reacciones a la Convención y a las resoluciones del Tribunal varían ampliamente entre los Estados. También el TEDH precisa ser capaz de aprendizaje y adaptación frente al desarrollo de las comprensiones particulares de los derechos fundamentales en los diversos órdenes jurídicos nacionales.

A continuación el autor comenta que en Alemania, aunque se admita haberse procesado una evolución en el sentido de atribuir al tratado una jerarquía superior a la ley ordinaria (como también en Brasil, más recientemente), se afirma aún la fundamentación constitucional de la CEDH. Ello implica que los derechos humanos de la CEDH, aunque estén contemplados en el art. 24.1 de la Ley Fundamental, están situados al lado de los derechos fundamentales alemanes, y por lo tanto, no se pueden invocar inmediatamente en una reclamación constitucional.

Menciona las decisiones y orientaciones de los casos Caroline de Mónaco[55], en el TCF alemán y en el TEDH, con diferentes orientaciones y finalmente trae el caso *Gorgulu*, de 2004, donde se operó la consolidación de la posición que establece límites a la aplicación interna de las resoluciones del TEDH, considerando la hipótesis de que sean consideradas contrarias a los derechos fundamentales y a los principios del Estado de Derecho establecidos en la Constitución alemana, "El Tribunal Constitucional alemán debe tener en cuenta las resoluciones del TEDH, pero no está vinculado a ellas".[56]

55. Algunas revistas alemanas publicaron fotos de la princesa Caroline de Mónaco en diversas situaciones del día a día. Entendiendo que las publicaciones violaban su derecho a la privacidad, instauró una acción para prohibir la publicación reiterada de las fotos en la prensa escrita pues, según alegaba, había violación a su vida privada. El caso llegó al Tribunal Constitucional, que terminó por hacer una distinción entre tres categorías o grupos de fotos: (a) fotos del cotidiano de la princesa, haciendo compras, andando en bicicleta o a caballo; (b) fotos de la princesa en compañía de un actor, mientras comía en un restaurante; y (c) fotos con los hijos. El Tribunal entendió que el peso de los derechos involucrados variaba en cada uno de los grupos, en un grado de menor a mayor privacidad (de acuerdo con las situaciones en que se presentaban), mereciendo por ello mayor, menor o ínfima protección. Inconformada, recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando que su derecho a la privacidad no había sido protegido adecuadamente en el orden doméstico. La Corte juzgó de forma favorable a la princesa, y resolvió que las fotos que no tuvieran interés público, no importaba si el fotografiado era o no una personalidad pública, herían el derecho a la privacidad y no deberían ser publicadas. Reconoció, por tanto, un peso específico mayor al derecho a la privacidad.

56. Vide el mismo Marcelo Neves que en la misma obra analiza la situación de Austria, Francia, Reino Unido entre otras. Vide también Anne – Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", Volume 44, Number 1, Winter 2003, Harvard International Law Review. 191.

Afirma que en el derecho constitucional alemán, el texto de la CEDH y la jurisprudencia del TEDH sirven como medios auxiliares de interpretación para determinar el contenido y la amplitud de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de Derecho, siempre que no conduzcan a la disminución o limitación de la protección de los derechos fundamentales prescritos en la Ley Fundamental.

Pondera que una negación narcisista de las normas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte de los tribunales estatales no parece soportable en el grado de integración europea. De ahí ser imprescindible también que los tribunales nacionales dedicados a la solución de cuestiones concernientes a los derechos humanos deben buscar desarrollar una racionalidad transversal frente al orden jurídico de la CEDH.

Comenta aún la orientación del Tribunal Constitucional de Austria que tomó posición por la inmediata aplicación de las normas de la CEDH en el ámbito interno, asumiendo que la Convención es parte integrante del derecho constitucional austríaco, en los términos de la reforma constitucional adoptada en 1964.

Afirma que la posición del Consejo Constitucional francés con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos apunta hacia una cierta apertura para una "conversación constructiva".[57]

Por fin, con relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Marcelo Neves señala la existencia de otro caso de relevancia para el Transconstitucionalismo. Dice que los tribunales nacionales de la región también revén su jurisprudencia al amparo de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha habido una disposición de diálogo en cuestiones constitucionales comunes referentes a la protección de los derechos humanos, de tal manera que se amplía la aplicación del derecho convencional por parte de los tribunales domésticos.

Cita el caso en Brasil de la colisión entre el art. 7º, nº 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 5º, inciso LXVII, de la Constitución brasileña. Mientras dicha disposición constitucional permite la prisión civil del depositario infiel, el precepto de la Convención lo prohíbe. En el fallo del RE 466343/SP, y en otros, el Supremo Tribunal Federal resolvió el 03/12/2008, por mayoría, que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, cuando no sean aprobados según los términos procedimentales del art. 5º, §3º, de la Constitución Federal (procedimiento idéntico al de una Enmienda Constitucional), tienen una jerarquía supralegal, pero infraconstitucional. Este caso dio lugar a una amplia discusión respecto a la incorporación de los tratados de derechos humanos al orden jurídico brasileño.

Una tendencia en el análisis del caso fue la defensa de una solución en el sentido de la validez interna ilimitada del mencionado precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada, teniendo en cuenta que dicha norma conduciría

57. Tesis ya citada, p.125.

a una ampliación de los derechos constitucionalmente establecidos, de suerte que el derecho que ella contiene estaría fundado en el art. 5, §2º, de la Constitución Federal. Sin embargo, también según la interpretación restrictiva con relación al nivel de validez interna del precepto de la CADH, no se excluye una solución positiva para la ampliación de la práctica de los derechos fundamentales: el argumento a favor de la validez supralegal e infraconstitucional de la Convención ratificada respalda un fallo en el sentido de que la Constitución admitió únicamente la prisión del depositario infiel; entonces, el derecho infraconstitucional podría decidir libremente cuanto al permiso o prohibición, y en ese caso, el pacto internacional prevalecería sobre el Código Civil brasileño. Sólo el mantenimiento de la orientación dominante anteriormente en la tradición jurídica brasileña, o sea, la concepción de que los actos internacionales ratificados tienen el nivel de validez de una ley ordinaria podría llevar a un conflicto insuperable entre el STR y la CIDH, pues el nuevo Código Civil entró en vigor después de la ratificación del tratado y, en ese caso, prevalecería la máxima *lex posterior derogat priori*.

Sostenida esta posición, el STF estaría rompiendo un diálogo constitucional con la CIDH acerca de una comprensión de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Sin embargo, en la discusión entablada, parece claro haber sido colocado en primer plano el esfuerzo con miras a la formación de una racionalidad transversal que se muestre soportable a los dos órdenes jurídicos.[58]

Finalizamos aquí sustentando con Virgílio Afonso da Silva[59] la posición según la cual **el valor** de las decisiones de tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos *es sobre todo un valor argumentativo.* Claro, dice el autor, que como resolución judicial, ésta vincula a las partes involucradas en cada caso concreto, pero solamente al caso concreto. Además, el deber de los tribunales es el de tener en consideración, **en la medida de lo metodológicamente sostenible,** las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos, según la interpretación que de éstas hace la Corte Europea. En este sentido, es posible afirmar que las resoluciones de la CEDH generan, sobre todo, cargas argumentativas.

Los tribunales tienen que ocuparse de ellas de forma explícita, y en su caso, **fundamentar de manera consistente por qué no se sigue la interpretación supranacional**.[60]

Hay un largo camino por recorrer en Brasil, para hablar de nuestra realidad, hasta que el derecho supranacional se vuelva realidad.

En lo que se refiere al Mercosur por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal alejó, a la vista de las disposiciones constitucionales en vigor, la viabilidad constitucional de

58. Todo de acuerdo con Marcelo Neves, en la citada tesis, p. 129.
59. Virgílio Afonso da Silva, "Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Transnacional", In: Marcelo Neves (coord.). *Transnacionalidade do Direito*. Editora São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 109.
60. Negrita en original.

la aplicabilidad directa de instrumentos de cooperación regional, como el Protocolo de Medidas Cautelares.

En el AG Rg nº 8.279-Argentina, cuyo Relator fue el Ministro Celso de Mello, DJ de 29/06/1998, el STF resolvió que la Convención aún no incorporada al derecho interno brasileño adoptado por el Mercosur, no obstante aprobado por el Congreso Nacional, todavía no estaba incorporada al sistema de derecho positivo interno, pues faltaba proceder a su promulgación mediante un decreto del Presidente de la República (Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto-MG, en la Carta Rogatoria nº 8.297).

Posteriormente, en el Agravo Regimental contenido en la Carta Rogatoria nº 9.194, el STF aplicó el protocolo de cautelares del Mercosur, ya incorporado al orden jurídico interno.

Gilmar Ferreira Mendes,[61] sobre el tema enseña que el Supremo Tribunal Federal, "ha asumido la posición centralizadora y formalista que le ha sido atribuida constitucionalmente. Dicha postura acaba por manifestar una especie de **persistente indiferencia,** o hasta incluso una **mala voluntad** del Poder Judicial brasileño con relación a las cuestiones de derecho comunitario, en este entorno que presenta como posibilidad una configuración supranacional.

Ya en lo que respecta al tema de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conducido avances en varios casos emblemáticos de Brasil.

Recuerda Gilmar Mendes que en setiembre del 2003, el Estado brasileño firmó, por primera vez, un acuerdo de solución amistosa, reconociendo su responsabilidad internacional ante la violación a los derechos humanos practicada por particulares.

La víctima José Pereira, en la época con 17 años de edad, fue forzada a trabajar en condiciones análogas a la esclavitud en la Hacienda "Espírito Santo". Alcanzado por disparos de arma de fuego efectuados por pistoleros mientras intentaba huir de la hacienda, sufrió lesiones permanentes en la mano y en el ojo derecho.

El acuerdo constituyó un marco en las resoluciones relativas a la violación de los derechos humanos en el país. A pesar de que este tipo de resolución sea ya común entre los países miembros de la OEA, Brasil nunca había asumido su responsabilidad en estos términos. El acuerdo abre la posibilidad de que casos semejantes de violación se decidan de manera semejante.

Acompañamos también la lección de Gilmar Mendes[62] cuando expresa, respecto al tema de la justicia constitucional en el texto supranacional:

> Podemos afirmar que, bajo la perspectiva brasileña, el problema central de la justicia constitucional en los entornos tendientes a la supranacionalidad presentados reside no

61. "A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais", artículo incluido en la obra citada, coordinada por Marcelo Neves a p. 270. Nótese que Gilmar Ferrera Mendes también integra el Supremo Tribunal Federal brasileño. Es uno de los once "Ministros" (jueces) de la "Corte Constitucional" brasileña.
62. *Op. Cit*., p. 282, 283.

solamente en el incipiente grado de institucionalización del Mercosur, o incluso en la reciente integración del país al sistema interamericano de Derechos Humanos, sino, sobre todo, en las dificultades impuestas por el propio modelo institucional del Poder Judicial diseñado por la Constitución Federal.

Reitérese, por tanto, que en el ámbito de la jurisdicción brasileña son patentes las dificultades en la implementación de una efectiva justicia en contextos supranacionales. En otras palabras, es necesario eliminar los preconceptos y asumir una postura jurisdiccional más adaptable a las realidades emergentes en el ámbito regional mundial.

(…)

Así, se hace necesario redimensionar los papeles que ejercen los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de modo que puedan armonizar con los contextos tendientes a la supranacionalidad.

(…)

Ya en lo tocante al aspecto de la incorporación de los tratados y convenciones internacionales sobre los Derechos Humanos, la Enmienda Constitucional nº 45/2004 trajo una fórmula interesante. Se vislumbra la superación del problema de la aplicabilidad inmediata de los actos normativos internacionales.

En suma, sea en esa tendencia de consolidación del Mercosur, o aún de la implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la cuestión de la justicia constitucional en contextos supranacionales está íntimamente vinculada a los de la relación entre el derecho comunitario y el nacional en el ámbito de la transferencia de soberanía… Como todos saben, aunque se mencione el preconcepto de los latinoamericanos frente a esta idea de transferencia, las reformas implementadas en las constituciones de Argentina y de Paraguay ya traen positivadas la propia idea de esa posible delegación.

Creo que para que el sistema de protección a los derechos de la persona humana tenga efectivamente actuación en el plano doméstico brasileño, deberíamos tomar algunas medidas concretas, a saber:

1. Reconocer, en carácter subsidiario, la posibilidad de acceso a la jurisdicción internacional de modo que se haga posible la ejecución sin dilación de las resoluciones de los órganos supranacionales regionales;
2. No obstante la Enmienda Constitucional nº 45/2004 sea un inequívoco avance en el tema de la protección de los derechos humanos, con la introducción del §3º al art. 5º de la Constitución de Brasil, sería interesante *caminar más rápidamente* hacia el reconocimiento explícito de la jerarquía constitucional de los tratados celebrados por Brasil en materia de derechos humanos, al ejemplo de lo que sucede en la Constitución Argentina con la reforma de 1994 (art. 75, n. 22) para disipar de una vez las dudas antiguas sobre el alcance, extensión y aplicabilidad del art. 5º, § 2º de la Constitución Federal en el tema de los derechos humanos;

3. La estipulación en la Constitución de una cláusula que subordine la denuncia de tratados sobre derechos humanos, por parte del Presidente de la República, a la previa aprobación del Congreso Nacional, a la semejanza de lo que dispone la Constitución de España y la de Holanda y Suecia (art. 92, §20 y 94, §1º, "c", art. 4º, art. 91, § 1º, respectivamente).
4. Reconocer que el Estado brasileño debe rever determinadas declaraciones hechas con el propósito de restringir el alcance de mecanismos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente sobre salvedades a la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Flávia Piovesan),[63] salvedad que evita la competencia jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia para solucionar eventual disputa que involucre la aplicación de dicha Convención tras un arbitraje fracasado.
5. Ha llegado el momento de reconocer que el antiguo y sagrado derecho de petición individual y su consecuente acceso a la justicia a nivel internacional debe ser una realidad concreta y palpable.

Finalizamos con las palabras del eminente internacionalista Antonio A. Cançado Trindade:[64]

> Seamos realistas, sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No nos omitiríamos ni hesitaríamos en enfatizar – permitiéndonos la metáfora – que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos.

Son nuestros sinceros votos que esta reluciente estrella continúe brillando e iluminando nuestro camino y el de nuestros pueblos en América y en el mundo.

63. Posición defendida en la obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359.
64. Antônio A. Cançado Trindade. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. 2.ed. atual., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 369.

8

La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas

Mariela Morales Antoniazzi*

Introducción. 1. Aclaración conceptual: la doble estatalidad abierta. 2. Contextualización retrospectiva. 2.1. Pos independencia: un origen remoto. 2.2. Pos 48: um hito histórico global. 2.3. Pos democratización: un necesario binomio. 3. Constitucionalización de la doble estatalidad abierta. 4. Estandarización del nuevo paradigma vía interamericanización expansiva. 4.1. La interamericanización. 4.2. Una interamericanización coadyuvante de la protección nacional. 4.3. Una interamericanización apalancada por el activismo transnacional y la participación de la sociedad civil. 4.4. Una interamericanización guiada por el principio de la vulnerabilidad. 5. Mercosurización. 5.1 Una mercosurización abierta a un amplio *corpus iuris*. 5.2. Una mercosurización convergente y no dicotómica. 5.3. Una mercosurización apalancada por la participación de la sociedad civil. 5.4. Una mercosurización vinculada a los grupos vulnerables. 6. Consideraciones finales: el *ius constitutionale commune* a la luz de los estándares de protección de las personas privadas de libertad. 6.1. Facticidad. 6.2 Juridicidad. 6.3. Diálogo jurisdiccional.

Introducción

En este artículo presento un enfoque renovado acerca de los rasgos propios del fenómeno de la permeabilidad constitucional suramericana, que comprende tanto las cláusulas de apertura en materia de derechos humanos[1] como las habilitaciones constitucionales para la integración económica.[2] *Prima facie*, el constitucionalismo suramericano actual emerge a la

* Abogada *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Magíster Legum (LL.M) de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Referentin para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Heidelberg, Alemania. Docente en el Programa de Maestría del Heidelberg Center para América Latina, Chile. Miembro de la Asociación de Derecho Constitucional de Venezuela y de la Asociación Alemana de investigación sobre América Latina (ADLAF).
1. Carlos Ayala Corao, La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias, en: *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ricardo Méndez Silva (Coord.), México, 2002, pp. 37-90.
2. En relación al Mercosur, Víctor Bazán, La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2009, p. 644.

inversa que en Europa:[3] cuando en el viejo Continente se habla de internacionalización de las Constituciones nacionales se vincula directamente con la "europeización" (v. g. integración económica), mientras que en América Latina se identifica con la denominada "humanización", en tanto la internacionalización gira en la órbita de los derechos humanos.[4] Paralelamente, sin embargo, Europa exhibe también un *ius commune* respetuoso del margen de apreciación de los Estados a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),[5] y en Suramérica, al menos en el marco del Mercosur, se constata la penetración del derecho de la integración en el ámbito doméstico en un *status nascendi*.[6]

La emergencia del nuevo paradigma del pluralismo normativo[7] frente al viejo paradigma de la soberanía,[8] con la superación de la concepción clásica de un Estado cerrado[9] y la pérdida de su carácter ominicomprensivo en el ámbito del derecho constitucional,[10] constituye un tema de particular relevancia y complejidad para la cultura jurídica contemporánea y ha alcanzado características propias en América Latina.[11] En el contexto de la globalización[12] y de la creciente interacción entre el

3. Para un análisis completo sobre el aporte del constitucionalismo regional en base a los derechos humanos, Cfr. Manuel Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, San José de Costa Rica, 2011, p. 6 y ss.
4. Laurence Burgorgue-Larsen, Les standards: normes imposées ou consenties?, en: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2011*, Paris, CNRS, 2012.
5. José Luis Caballero Ochoa, El Derecho internacional en la integración constitucional Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 6 (julio-diciembre 2006), México, 2006, p. 82. El TEDH, desde 1995, sostiene la existencia de un ordre public européen del que es su "guardián" (caso Loizidou *vs*. Turquía, párr. 75).
6. Alejandro Perotti, El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión, en: *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos*. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Molina Quesada, Enrique Ulate Chacón (Ed.), San José de Costa Rica, 2009, pp. 291-316.
7. Entre tantos, Rafael Bustos, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, p. 13 y ss.
8. La bibliografía es sumamente amplia en referencia a la crisis del concepto de soberanía estatal (Pogge 1992; MacCormick 1993; Linklater 1996; Curtin 1997; Cohen 1999; Caporaso 2000). No obstante, acerca del cambio de fisonomía de la soberanía en Suramérica, Cfr. Adolfo Roberto Vásquez, Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur, en: *Anuario de Derecho Constitucional*, Argentina, 2001, p. 234; Peter Häberle y Marcus Kotzur (Eds.), De la Soberanía al Derecho Constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, UNAM, México, 2003.
9. Christian Calliess, 60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung, *AnwBl* 7/2009, p. 478.
10. Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, p. 283 y ss.
11. Los procesos de internacionalización del derecho constitucional en América Latina se asocian a una nueva corriente, el denominado neoconstitucionalismo, inspirado en las ideas de la corriente italiana. Cfr. Miguel Carbonell, *El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis*, en: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, 2002, p. 163.
12. Cfr. José María Serna, Globalización y derecho constitucional comparado, en: *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?*, Armin von Bogdandy Eduardo Ferrer Mac Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, (Coords.), Tomo II, México, 2010, pp. 759 y ss.; Miguel Carbonell, Globalización y derecho: siete tesis, en: *Globalización y Derechos Humanos*, Luis T. Díaz Müller (Coord.), UNAM, México, 2003, pp. 1-16.

derecho internacional, el supranacional y el constitucional,[13] han proliferado formas "posnacionales" o "possoberanas" de articulación del espacio político,[14] siendo la más destacada el *tertium genius* llamado Unión Europea,[15] pero no la única, pues Suramérica muestra una policromía de iniciativas integracionistas.[16] La integración de los Estados en los sistemas supra e internacionales genera vínculos y obligaciones convencionales así como una institucionalidad transnacional, en un escenario no exento de las tensiones derivadas de los límites a la actuación política estatal. Una premisa sí es válida: el proceso está basado en los principios de derechos humanos y democracia, ya no de corte Estado-céntrico.[17]

En efecto, con la llegada de la democracia al Subcontinente florecieron las ideas de apego al derecho internacional (*völkerrechtsfreundlich),* a través de la tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la aceptación de la jurisdicción internacional de Tribunales que protegen esos derechos, así como el apego a la integración (*intregationsfreundlich),* mediante la creación de organizaciones supranacionales o *quasi* supranacionales.[18]

No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas. Por ello cabe preguntarse: ¿Puede identificarse en Suramérica una metamorfosis de las Constituciones que, gracias a la permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades, permite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*? y, en caso afirmativo, ¿qué elementos la caracterizan? Para dar respuesta a este interrogante, acudo al concepto del Estado abierto plasmando la configuración convergente e *in crescendo* del constitucionalismo transnacional, garantista de los derechos humanos y

13. Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, Cfr. Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón, El Impacto de la Globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina, en: *El Papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, UNAM, México, 1997, p. 328. En palabras de Antônio A. Cançado Trindade, respecto a la protección del ser humano "el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente" Cfr. Antônio A. Cançado Trindade, "*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*", 2.ed., Chile, 2006, p. 315.

14. Juan Carlos Bayón, Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea, disponible en: http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf. Consulta 10/02/2012.

15. La bibliografía sobre el carácter sui géneris de la Unión Europea es inabarcable, a los fines de la calificación tertium genius véase José Martín y Pérez de Nanclares, REAF n. 13, abril 2011, p. 97-145, p. 110.

16. Gian Luca Gardini, Unity and Diversity in Latin American visions of regional integration, en: *Latin American foreign policies. Between ideology and pragmatism*, Gardini y Lambert (eds.), New York, 2011, pp. 235-254; José Antonio Sanahuja, Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", en: *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe* n. 7, Alfonso Laneydi Martínez, Lázaro Peña, Lázaro y Mariana Vázquez, Buenos Aires, 2009, pp. 11-54.

17. Sobre el *Human Rights approach, véase Michael A. Freeman, Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, 2.ed. Cambridge, 2011, p. 201 y ss.

18. El Simposio von Humboldt celebrado en Buenos Aires en octubre de 2010 reflejó distintas perspectivas sobre el tránsito de la noción de soberanía clásica hacia la soberanía enmarcada en estructuras jurídicas transnacionales. Cfr. Griselda Capaldo, Jan Sieckmann, Laura Clérico, *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA/Fundación v. Humboldt, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

de la integración, no sólo como fin del Estado a favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional, que se somete a ella en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana, con una aproximación constitucional del derecho internacional.[19]

A objeto de sistematizar la dimensión activa y pasiva de esa estatalidad abierta, limito mi análisis a diez países exponentes de una Suramérica *à la carte* (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y sigo un esquema de cuatro pasos en clave de las llamadas "*ción*": la conceptualización, con el propósito de perfilar la noción germánica de estatalidad abierta; la contextualización, orientada a identificar tres hitos específicos de la transformación hacia esa estatalidad abierta, la constitucionalización, destinada a categorizar la doble estatalidad abierta coherente con la temporalidad de las Constituciones en su primera expansión a fin del siglo XX y en su segunda expansión al inicio del nuevo milenio; la estandarización, ilustrada por la tendencia a la interamericanización y mercosurización, terminando en la conclusión demostrativa de la convergencia, simetría material y sincronización de la construcción multinivel, no lineal, del *ius constitutionale commune* u *ordre public* de los derechos humanos en la órbita de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable.

1. Aclaración conceptual: la doble estatalidad abierta

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit)* acuñado por Klaus Vogel[20] describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirma Karl-Peter Sommermann.[21] En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la "decisión constitucional a favor de la apertura" en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental – LF) se pronunciaron favorablemente al Estado abierto tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.[22] La Ley Fundamental asigna estadios

19. En el ámbito del derecho internacional público se conoce como la llama constitucionalización del derecho internacional. Cfr. Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.
20. Klaus Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, Tübinger, p. 42.
21. Karl-Peter Sommermann, Offene Staatlichkeit Deutschland, en: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, "Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht", Heidelberg, 2008, núm. marg. 12, p. 10.
22. El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en 1a dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

distintos en su elección, a nivel constitucional, por un Estado alemán que combina en su fuente originaria la interacción con otros regímenes legales. Se regula la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el art. 59.2 de la LF.[23] Otros afectan las bases de la legitimidad estatal de Alemania como son democracia, separación de poderes, federalismo, republicanismo: el art. 23 de la LF, como cláusula de apertura hacia la integración europea, reconoce un tipo de interacción derivado de su pertenencia a una comunidad jurídica compleja, mientras que el art. 24 de la LF aplica para otras membresías, como sería el caso del sistema de las Naciones Unidas.

Como bien afirma Javier García Roca al referirse a la integración europea, "el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y por lo tanto limitado en idéntica perspectiva", advirtiendo un momento centrífugo de la estatalidad, de transferencia de competencias y soberanía, con la inherente limitación de los Estados constitucionales, especialmente, en materia de derechos humanos.[24]

El término permeabilidad, proveniente del latín *permeabĭlis* y que significa en sentido literal penetrable o traspasable,[25] a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social,[26] sirve como técnica de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido jurídico estricto Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,[27] representando un mecanismo de entrelazamiento normativo.[28]

Hoy en día es incuestionable la penetración cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.[29] Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate suramericano, entendido como *conditio sine qua non* de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. La imagen del Estado abierto refuerza, en los 10 países suramericanos objeto de estudio,

23. En idioma español véase Roland Bank, Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán, *Ius et Praxis*, vol. 9, Chile, 2003, pp. 23-38.
24. Javier García Roca, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2010, p. 31.
25. Cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*.
26. Cfr. Andrés Botero Bernal, Nuevos paradigmas científico y su incidencia en la investigación jurídica, en: *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad Libre (Bogotá). No. 18-19, 2003, p. 147-174.
27. Mathias Wendel, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen* auf Staats – und Unionsebene im Vergleich, 2011, p. 71.
28. Martin Nettesheim, Europäischer Verfassungsverbund?, en: *Festschrift J. Isensee* (2007), p. 733 (736).
29. Lautaro Ríos Álvarez, "El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas", en: *Revista de Derecho Público*, v. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del Siglo XXI enfocado en el mestizaje jurídico.

En el contexto latinoamericano se utiliza la expresión "mestizaje jurídico" como uno de los rasgos característicos, típicos y diferenciales del *ius commune* americano, que contempla una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas.[30] El fenómeno de un orden policéntrico,[31] dominio policéntrico,[32] o policentrismo jurídico[33] no es nuevo,[34] aunque sí presenta rasgos novedosos propios en el contexto de sociedades multiculturales como son las suramericanas.[35] Los Estados constitucionales suramericanos se han tornado más codeterminados en la medida en que pueden ser concebidos como un producto multicultural[36] y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusividad en el seno de las sociedades diversas.[37]

Al repensar la relación entre los distintos órdenes jurídicos en razón de sus interacciones y la consecuente deconstrucción de la pirámide explicativa de la jerarquía normativa,[38] emerge una nueva dogmática en base a un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones como "acoplamiento",[39] "redes horizontales de colaboración",[40] "interconstitucionalidad",[41] "metaconstitucionalidad recíproca",[42] influjos y lectu-

30. Juan Pablo Pampillo Baliño, *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Pontificia Universidad Javeriana/Escuela Libre de Derecho, Colombia, 2012, p. 129.
31. Joseph Weiler, Ulrich Haltern y Franz Mayer, European Democracy and Its Critique, en: J. Hayward (Ed.), *The Crisis of Representation in Europe*, London, Frank Cass, 1995, pp. 4-39, p. 16; Joseph Weiler, European Neo-Constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order, *Political Studies*, vol. 44, 1996, pp. 517-533, p. 519; Marlene Wind, The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?, en: Weiler y Wind (Eds.), 2003, pp. 103-131, p. 126 y s.
32. Udo Di Fabio, Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft, en: *Zeitschrift für Staats – und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, 3/4, pp. 666-682.
33. Xavier Díez de Urdanivia, *El Estado en el contexto global*, México, 2008.
34. Peter Häberle, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (traducción de Emilio Mikunda), Madrid, 2002.
35. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, en: *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (Coord.), Buenos Aires, 2011, p. 139 y ss.
36. Diego Valadés, Prólogo, en: *El Estado constitucional*, Peter Häberle (Traducción Hector Fix-Fierro), México, 2003, p. xxxvi.
37. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1.450.
38. Cfr. Gonzalo Aguilar Cavallo, El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público, en: *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.
39. Armin von Bogdandy, Pluralismo, efecto directo y última palabra: La relación entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional, en: *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Claudia Escobar García (Ed.), Quito, Ecuador, 2010, pp. 407-429, p. 409.
40. Juan Pablo Pampillo Baliño, The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new ius commune, en: *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17:3, pp. 517-553, p. 519.
41. José Joaquim Gomes Canotilho, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.
42. Pedro Cruz Villalón, El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión, en: *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

ras simultáneas,[43] "*multilevel constitutionalism*",[44] normativismo supranacional,[45] transconstitucionalismo.[46] No obstante, bajo el entendido que en el vértice superior de la antigua pirámide comparten espacios, en constante retroalimentación, las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de integración,[47] le concedo el mayor potencial a la figura geométrica del trapecio,[48] en consonancia con la doble estatalidad abierta.

2. Contextualización retrospectiva

Una mirada hacia la historia constitucional latinoamericana permite encontrar un hallazgo de permeabilidad en las primeras Constituciones. Sin entrar a un análisis de la evolución constitucional del Subcontinente, que traspasa los límites de esta investigación, es relevante delinear tres hitos de apertura del orden constitucional que los sistematizo en "pos": pos independencia, pos 48 y pos democratización.

2.1. Pos independencia: un origen remoto

Las ideas del patriotismo constitucional que gestó la Independencia[49] tenían marcada influencia de las Declaraciones de las colonias americanas y las primeras enmiendas a la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América[50] así como de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa.[51] Un ejemplo emblemático está representado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en la Constitución de Venezuela de

43. Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Pedro Nikken, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 72, Caracas, 1989; Germán J. Bidart Campos, Daniel Herrendorf, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 195 y ss.
44. Ingolf Pernice, *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism"*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, p. 2 y 3. Citado por Allan Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.
45. Agustín Gordillo, *Derechos Humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, 1999, p. 10.
46. Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 115 y ss.
47. Víctor Bazán, Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina, en: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Víctor Bazán y Claudio Nasch (Eds.), Montevideo, 2009, p. 17.
48. Colagero Pizzolo, Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino, en: *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Méndez Silva (Coord.), UNAM, 2002, p. 514.
49. Hay autores que afirman que el recurso a elementos exógenos ya existía en las colonias. Cfr. Gustavo Vitorino Cardoso, O direito comparado na jurisdição constitucional, en: *Revista de Direito GV*. vol. 6, nº 2, São Paulo, 2010, pp. 469-492, p. 471.
50. Beatriz M. Ramacciotti, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 45.
51. Rolf E. Reichardt, *La Revolución Francesa y la Cultura democrática*: *La Sangre de la Libertad*, Madrid, 2002; Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1992.

1811[52] y otro en la Constitución de Cundinamarca.[53] No sólo el pensamiento liberal democrático heredado de la Revolución americana y la francesa penetró el constitucionalismo de la región, sino también lo hizo la Carta de Cádiz de 1812,[54] en el tránsito del despotismo absoluto del derecho divino de los reyes a la soberanía popular, a la efímera abolición del tributo indígena, a la elección de autoridades locales y a la libertad de imprenta.[55] Incluso las otras Constituciones emergentes en el Subcontinente ejercieron recíprocas influencias entre sí.[56] Este germen de apertura se constata igualmente en la adopción, muy temprana, de la cláusula de los derechos innominados o implícitos en Argentina, que permitía "ampliar el catálogo de los derechos fundamentales y reconocer como *constitucionales* a otros derechos no contemplados en el momento del parto Constitución".[57]

Otro rasgo de este antecedente de apertura se vincula a las ideas de integración, unión y confederación, principalmente el monotipo propuesto por Simón Bolívar[58] en el Tratado de Unión, Liga y Confederación de 1826,[59] concebido como un pacto más allá de la solidaridad defensiva y ofensiva para salvaguardar la soberanía e independencia, pues abarcaba una unión y compromiso de paz conjunta.[60] Esta unión se

52. Allan Brewer-Carías, Las Declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811, en: C*olección de estudios n. 93*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.
53. Isidro Vanegas la reivindica como primera Constitución del mundo hispánico (30/03/1811), que contenía también una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, así como otra de los deberes de este. Cfr. Isidro Vanegas, La Constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico, en: *Revista Historia Constitucional*, vol. 12, 2011, pp. 257-279, p. 264.
54. Cfr. Héctor Gross Espiel, *La Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución del reino de Portugal de 1822, la Constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830* en *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino. Asdrúbal Aguiar Aranguren, La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz.* Presentación de la obra *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino.* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, p. 15.
55. Cfr. César Landa, *El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú,* Lima, 2012, p. 23 (Manuscrito sumistrado por el autor).
56. Se reconoce que la Constitución de las provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, la Constitución de Uruguay de 1830 y la Constitución de Chile de 1833 muestran influencias recíprocas. Cfr. Alberto Ricardo Dalla Via, La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina, en: *Revista Jurídica*, UCES vol. 13, 2009, p. 232.
57. Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur (Proyecto Federal de 1813). Respecto al origen de la cláusula de derechos implícitos en la Constitución de 1826/30, Sagüés afirma que de la volunta del constituyente se desprende que comprendía los derechos naturales de las personas y de los pueblos, superiores a cualquier Constitución positiva. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, Constitución Nacional. Derechos no enumerados, en: *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice V, Buenos Aires, 1986, p. 33 y ss.
58. En 1815 se le atribuye a la Carta de Jamaica un proyecto confederal. Cfr. Reinaldo Rojas, *Historiografía y Política sobre el tema bolivariano*, Barquisimeto, 1999. p. 29 y ss.
59. Calificado como un antecedente emblemático del derecho de gentes de América. Rubén Darío López, Bolívar y el derecho de gentes, Repertorio histórico de la Academia Antioquena de historia, Ano 1987, Vol. 38, N. 250. Disponible en: http://biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_457851946.pdf Consulta 01/02/2012.
60. Arístides Silva Otero, *El Congreso de Panamá*, 1960, pp. 35 y ss.

pronunció sobre la abolición del tráfico de esclavos de África,[61] pero además definió *in nuce* el concepto de una ciudadanía continental y una cláusula de condicionalidad para la permanencia en la unión, sujeta a la forma de gobierno republicano y democrático, como reacción a la dominación de la corona.[62] Si bien la integración proclamada en esa época no logró concretarse, el Congreso de Panamá marcó un hito hacia la formación simbólica de una identidad subcontinental al estilo de un nacionalismo latinoamericano.[63]

2.2. Pos 48: un hito histórico global

Sin duda, la posguerra generó un nuevo momento de apertura dual hacia los derechos humanos y hacia la integración, no sólo en Europa, sino también en la región suramericana. Se identifica como la fase descendente del derecho constitucional transnacional.[64]

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, comienza a desarrollarse el derecho internacional de los derechos humanos bajo el carácter axiológico previsto desde el primer considerando de su Preámbulo como es "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", se dan los pasos para reconocer la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos garantizada por tratados internacionales que reflejan la consciencia ética contemporánea compartida por los Estados de asegurar un "mínimo ético irreductible".[65] Pero en el marco de la pos guerra, también emergió la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH). Se trató de un documento por ser el primero a nivel internacional que enumeró los derechos humanos universales y proclamó la necesidad de proteger esos derechos (abril 1948), en el que los Estados reconocen tanto los derechos humanos que necesitan ser protegidos como los deberes que los individuos tienen con la sociedad (a diferencia de su homóloga en las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos) y establecieron una "cláusula de limitación general", que dispone que los derechos de cada persona están necesariamente limitados por los derechos de las

61. Germán A. de la Reza, *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana*, Mexico, 2006, p. 83: Fabián Salvioli, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos, en: *Revista IIDH*, vol. 39, p. 101.
62. Beatriz M. Ramacciotti, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 73.
63. Dieter Nohlen, Caudillismo, nación e integración, en: ¿*Integración Sudamericana a través del Derecho*? *Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo, Mariela Morales Antoniazzi (Eds.), Madrid, 2009, p. 35 y 55.
64. Calogero Pizzolo, La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La Constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos, en: *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Griselda Capaldo, Jan Sieckmann, Laura Clérico (Coords.), EUDEBA/Fundación v. Humboldt, Buenos Aires, 2012 (en prensa).
65. Flavia Piovesan, *El derecho internacional de los derechos Humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional*, p. 81.

otras, por la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.[66]

Interesa destacar el proceso de percolación que la Declaración Universal tuvo en las Constituciones portuguesa y española, y éstas a su vez penetraron las Constituciones latinoamericanas. La Constitución de Portugal de 1976 regulaba en su Art. 16: "*1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*". En la doctrina se asume que esta norma recoge de modo implícito la garantía de la dignidad humana,[67] también es concebida como la previsión de los derechos no enumerados y como la norma que asigna el rango constitucional a la DUDH, sin que exista unanimidad al respecto.[68]

De similar tenor es la Constitución de España de 1978, que regula la cláusula de interpretación conforme así*:* Art. 10.2 "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*", con una abundante doctrina analítico-crítica al respecto.[69] En la doctrina latinoamericana se reconoce el impacto de esta cláusula de interpretación conforme, como uno de los mecanismos más efectivos de armonización entre el derecho internacional y el derecho interno.[70]

Por otra parte, la constitucionalización de los Estados europeos pos guerra resultó de rupturas de distinta intensidad y duración, pero estaba claro un rechazo al nacionalismo.[71] La idea central pos guerra trajo consigo nuevas Constituciones (Francia, Italia, Alemania) que marcaban el abandono de la visión rígida de la soberanía estatal y la

66. Cfr. Fabián O. Salvioli, El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos, en: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Memorias del Seminario*, 2ª ed., México, 2003, pp. 679-696. Antônio Cançado Trindade, citando a René Cassin, destaca la influencia de la DADH en la DUDH. Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade, The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005), en: *International protection of Human Rights*: *Achievements and Challenges*, Felipe Gómez Isa, Koen de Feyter (Eds.), Bilbao, 2006, p. 491.

67. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, 1993, p. 128.

68. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1995, p. 497 y ss.

69. Un completo análisis en: Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999, p. 628 y ss. Entre tantos, ver un comentario actual en: Manuel Martínez Sospedra, *La Constitución Española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, Valencia, 2010.

70. De las predecesoras a la nueva oleada del siglo XXI, en el art. 93 de la Constitución colombiana y en la cuarta disposición transitoria de la Constitución peruana. Cfr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en: *Derechos humanos*: *un nuevo modelo constitucional*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Coords.), México, 2011, pp. 339-429.

71. Entre las más prolongadas y graves Alemania, España, Grecia, Italia y Portugal, mientras Francia fue más breve. Cfr. Francisco Rubio Llorente y Mariano Daranas Peláez, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, p. XII.

consiguiente apertura hacia el derecho internacional.[72] Se sella el germen de la supranacionalidad en las Constituciones con la autorización de atribución de competencias, controvertida desde la propia polisemia que apareja la llave "atribución-cesión" y debatida en la doctrina.[73] Por citar sólo dos ejemplos, se admite el carácter paradigmático del Art. 23 de la Ley Fundamental alemana que regula rigurosamente la participación en una Europa Unida, mientras en el Art. 24, de modo más genérico, se establece la posibilidad de pertenecer a organizaciones internacionales, así como el Art. 93 de la Constitución española.[74] Ello impacta el subcontinente.

2.3. Pos democratización: un necesario binomio

Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las Cartas Fundamentales del último tercio del siglo XX y primeros años del siglo XXI, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y para regular la participación en la integración suramericana. Esta vinculación de la permeabilidad dual con la democratización había andado un largo camino: A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó que así como el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales "como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno". [75] El proceso de democratización en Suramérica en la década de los 80 favoreció no sólo la ratificación de la Convención Americana[76] y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[77] sino también la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos,

72. En la doctrina alemana se asocia la opción por un Estado abierto con el código genético de la Ley Fundamental (Grundgesetz). Cfr. Thilo Rensmann, Die Genese des offenen Verfassungsstaats 1948/49, en: *Der offene Verfassungsstaat des Grundgesetzes nach 60 Jahren. Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft*, Thomas Giegerich (Ed.), Berlin, 2010, p. 37 y ss.
73. Antonio López Castillo, *Constitución e integración*, CEPC, Madrid, 1996, p. 68 y ss.
74. Entre la abundante literatura, ver Pedro Cruz Villalón (Coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, 2006.
75. Martín Abregú, *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales, Una Introducción*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 3-32, p. 5.
76. Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989, Chile en 1990 y Brasil en 1992.
77. Mientras Argentina, Uruguay y Chile reconocieron la competencia de la Corte IDH simultáneamente con la ratificación de la CADH, en cambio Paraguay en 1993 y Brasil en 1998, cuatro y seis años más tarde, respectivamente.

para dar respuesta y ser contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas en las dictaduras.[78]

El efecto dominó que generó la democratización significaba asimismo comenzar a salir de la llamada "década perdida" de los años ochenta y recuperar la credibilidad de la región a nivel internacional, reposicionando los esquemas integracionistas (ALADI o el Pacto Andino)[79] y haciéndose escenario de grandes transformaciones como la creación del Mercosur (1991) y el nacimiento de la Comunidad Andina (1996), descansando la integración en los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos.[80] En este nuevo rumbo del constitucionalismo democrático,[81] se incorporan además a las órdenes constitucionales normas para regular la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales así como la primacía y el efecto directo del derecho comunitario. Todo ello revela el envolvimiento de la región no sólo en el fenómeno de la globalización,[82] sino en sus procesos concurrentes de democratización, con la internacionalización, constitucionalización y judicialización.[83]

3. Constitucionalización de la doble estatalidad abierta

La doble estatalidad abierta suramericana tiene el rasgo de la heterogeneidad y la progresividad. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa de la jerarquía que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema interamericano y de la integración. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la penetración normativa. Hay distintas denominaciones (como cláusulas de apertura,[84]

78. Una descripción del contexto de una historia de autoritarismo estatal y social en el que surge el SIDH (y se mantiene) la región, en: *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Cecilia Medina Quiroga, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 15-34.
79. Alvaro Tirado Mejía, *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, INTAL, Argentina, 1997, p. 32.
80. Jesús María Casal, Desafíos de Los Procesos de Integración en Materia de Derechos Humanos, en: *Cuadernos de Integración Andina,* vol. 15, p. 13 y s.
81. Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase por todos Humberto Nogueira Alcalá, *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.
82. Geraldo Pisarello, Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico, en: *Estado Constitucional y Globalización*, Miguel Carbonell Miguel y Rodolfo Vázquez (Compiladores), México, 2001, p. 352 y s.
83. Mauricio Del Toro Huerta, La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, vol. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.
84. Un clásico es el estudio del Maestro Héctor Fix Zamudio, El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, vol. 1, 2004, pp. 141-180.

cláusulas de diálogo,[85] normas de reenvío,[86] habilitaciones constitucionales para la integración).[87] Igualmente la graduación va de la generalidad a la especificidad en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación *pro homine*. Dicha convergencia está vinculada a la temporalidad, pues se produce una primera expansión en las Constituciones del último decenio del siglo XX (1988-1998), y luego en el nuevo milenio se amplía el radio de la permeabilidad en las Constituciones andinas de la segunda expansión (1999-2009). Sin ánimo exhaustivo sino ejemplificativo, demuestro esta tendencia con citas a las disposiciones constitucionales.

La estatalidad abierta respecto a los derechos humanos tiene lugar tempranamente en el constitucionalismo latinoamericano.[88] *Ab initio*, la apertura fue objeto de debate a partir del dilema clásico de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden interno[89] y se generalizó el examen sobre las cuatro opciones del Poder Constituyente al otorgar rango supraconstitucional, rango constitucional, rango supralegal y rango legal.[90] En el marco del constitucionalismo democrático,[91] la permeabilidad hacia la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico ha recibido amplio tratamiento en la doctrina, básicamente en cuanto a las formas de remisión que hacen las propias Constituciones, bien mencionando las distintas técnicas,[92] bien categorizando las técnicas de reenvío dentro de la figura del bloque de constitucionalidad, "desde las más cerradas y jurídicamente seguras (por ejemplo cuando se incorpora la Convención Americana) hasta las más abiertas y complejas (cláusula de derechos innominados)".[93] Desde este punto de vista me interesa resaltar tres premisas básicas: primero, que los

85. Valério de Oliveira Mazzuoli, O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, en: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, p. 118.
86. Ernesto Rey Cantor, El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, en: *Estudios Constitucionales*, Año 4, vol. 2, Santiago de Chile, 2006, pp. 299-334, p. 303.
87. Alejandro Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Tomos I y II, Montevideo, 2004.
88. Tendencia advertida tempranamente. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor Thomas Buergenthal*, IIDH, San José, 1996, pp. 159-207.
89. Ariel Dulitzk, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*. CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 34-35, p. 40
90. Carlos Ayala Corao, *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*, en: *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Juan E. Méndez y Francisco Cox (Eds.), IIDH, San José, 1998, p. 137 y ss.
91. Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase por todos Humberto Nogueira Alcalá, *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.
92. Allan R. Brewer-Carías, La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, vol. 6, México, julio-diciembre 2006, pp. 29-78.
93. Rodrigo Uprimny, Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, p. 14. Disponible en: http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf Consulta: 15/07/2012.

mandatos constitucionales contentivos de la apertura, según Bidart Campos, ofrecen las condiciones de viabilidad de penetración de los distintos órdenes normativos,[94] segundo, que la apertura está vinculada a la democracia y, en el contexto posmoderno, es obsoleta la dicotomía paradigmática monismo/dualismo y las antinomias se dirimen con un enfoque dialógico[95] y tercero, que la tendencia es expansiva y constituye un "lugar común afirmar que los derechos humanos tienen prioridad respecto de la soberanía de los Estados, de modo que los principios de no intervención y autodeterminación no pueden ser entendidos de manera absoluta".[96]

Aproximarse *grosso* modo a una taxonomía de esta estatalidad abierta conduce a poner de relieve 3 mecanismos: las cláusulas de interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el lugar privilegiado de los tratados de derechos humanos en la jerarquía normativa a nivel doméstico, acorde con los desarrollos provenientes del dialogo jurisdiccional y las cláusulas abiertas de derechos constitucionales no escritos o no enumerados. Dichas modalidades, no obstante, pueden estar contenidas en una misma disposición constitucional o separadamente. Por ello, ilustro la categorización con ciertos ejemplos de la primera expansión y la segunda expansión:

Una vez finalizada la dictadura, la *Constitución brasileña* de 1988 encarna un texto que procura la reinvención del ordenamiento normativo brasileño en la órbita del principio democrático, la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular. La Carta Magna postula desde el Preámbulo un Estado Democrático de Derecho "destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales" y enuncia como fundamento del Estado y como principio rector de las relaciones internacionales, entre otros, la dignidad de la persona humana (art. 1) y la prevalencia de los derechos humanos (art. 4). El pos 88 marca una etapa de expansión simultánea en lo internacional y en lo doméstico en materia de derechos humanos, aunque el texto constitucional guardó silencio acerca del rango de los tratados de derechos humanos. Brasil mantuvo una jurisprudencia constante en sentido afirmativo del carácter de ley de los tratados internacionales, postura cuestionada en la doctrina por colocarse a espaldas de la novedosa apertura material establecida en la Constitución.[97] Pero con la enmienda constitucional Nº 45 de 2004 se incorporó el

94. Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM-IIJ, México, 1994, p. 241.
95. Víctor Bazán, La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina, en: *Estudios Constitucionales*, Año 5, vol. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2007, pp. 137-183. Thiago Yukio Guenka Campos, *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, São José, 2010.
96. Eduardo Meier Garcia, Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias del la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano, en: *Gaceta Jurídica*, Tomo 17, Lima, Mayo, 2009, pp. 372-373.
97. Cfr. Marcos Augusto Maliska, Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien, en: *VRÜ*, vol. 3 de 2011. pp. 316-325, p. 316.

§ 3º al art. 5 "[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.[98] La controvertida sentencia de 2008[99] ha dado un estatus supralegal a los tratados de derechos humanos.[100]

La *Constitución Chilena*, cuyo origen data de 1980 pero me propongo tomar la reforma de 1989 por su vínculo con la democratización, hace girar su apertura en torno a la dignidad como límite de la soberanía. El Art. 5º, inciso 2º, determina que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta línea se acentuó, luego del periplo de reformas desde el 80, en las modificaciones del año 2005 con el refuerzo de la justicia constitucional y la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno.[101] La *Constitución de Colombia* de 1991, en su art. 93, combina la prevalencia con la interpretación conforme así: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Una particularidad de Ley Fundamental colombiana se recoge en el art. 214.2 que preceptúa: "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Según la Constitución de Perú de 1993, "[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional (art. 55)". Su cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme y dispone: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú." Paradigmático es el art. 75 Nr. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994, que enumera los tratados a los que asigna *ex ante* rango constitucional[102] y

98. La Convención jobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 6/12/2006, por medio de la Resolución A/RES/61/106.
99. Supremo Tribunal Federal, RE 466343/SP de 3/12/2008. Véase la contribución de Marcelo Figueiredo en esta obra.
100. Vanessa Capra Kloeckner Feracin, A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário N. 466.343-1/SP, en: *Anima, Revista electrónica*, Artigos da 2. edição, vol. II, pp. 233-252.
101. Marisol Peña, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 9, México, 2008, pp. 219-235.
102. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la

deja "abierta" la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico *ex post*.[103]

A partir de 1999 se amplía la formulación de modo claro y atribuyendo la primacía categóricamente. Según Rodrigo Uprimny, Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitucionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina.[104] La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 23, determina: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."

En la Constitución Ecuatoriana de 2008 se regula, por una parte, que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte" (art. 11.3) y por otra parte, contempla una variedad de fórmulas y prescribe que "en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro* ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución" (art. 417) así como consagra que "la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público" (art. 424).

La última Constitución suramericana de la segunda expansión es la de Bolivia de 2009. En el art. 13. IV. regula que "los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia". Agrega la Carta Magna boliviana en su disposición 256 que: "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido

Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

103. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N. 24.820, publicada el 29/05/1997 y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3/09/2003.

104. Rodrigo Uprimny, Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos, en: *El derecho en América Latina*: *un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (Coord.), Argentina, 2011, p. 127.

firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta (256.I), y continúa la estipulación de la cláusula de interpretación conforme en esta forma: "Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables." (art. 256. II).

La vía expansiva de las cláusulas de los derechos implícitos o no enumerados se corresponde con una tradición constitucional incluso anterior a las reformas y nuevas cartas Magnas.[105] Hay una convergencia material en esta apertura ya que los países suramericanos las han incorporado en términos similares en todos los textos, en ambas expansiones, a saber: que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la "persona humana" o "a la dignidad humana", como por ejemplo Argentina (art. 33), Bolivia (art. 13. II) Brasil (art. 5, § 2º), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 11.7), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), Uruguay (art. 72), y Venezuela (art. 22).

De lo expuesto puede concluirse que la recepción de los tratados de derechos humanos ha significado la inserción de los Estados en un sistema abierto, ha evolucionado con una fuerza expansiva y puede identificarse gráficamente con la figura de los "puentes", utilizada por Sergio García Ramírez.[106] En mi criterio, además de tres puentes de arquitectura clásica, que han pero facilitado la recepción (constitucional, legal y jurisprudencial),[107] aquí me he limitado a exponer el puente constitucional, no puedo dejar de lado aludir la fortaleza del puente jurisprudencial vía diálogo judicial[108] y el carácter del control de convencionalidad desarrollado por la CorteIDH como apertura "*ex ante*",[109] habiendo sistematizado la doctrina los principios del derecho

105. En Venezuela la antigua CSJ había acudido a la cláusula para aplicar tratados de derechos humanos (protección de la maternidad fallo asunto: Mariela Morales contra Ministerio de Justicia, Sent. N. 661, S.P-A, 04/12/1990, Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas, a para proteger derechos políticos de los pueblos indígenas sentencia de fecha 05/12/1996 referida a los pueblos indígenas del Estado Amazonas -Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jevi, Ye´Kuana, Yabarana, Sanema) o en Argentina (caso Ekmekdjian, Miguel Á. contra Sofovich, Gerardo y otros Fallos, 315:1492, 07/07/1992).

106. Sergio García Ramírez, Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2008, Montevideo, Uruguay, 2008, p. 364 y ss.

107. Un esteredio referencial obligado, Martín Abregú y Christian Courtis (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 2004.

108. A título de ejemplo, Víctor Bazán, *La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina, Estudios Constitucionales*, Año 5, vol. 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 137-183; Alex Amado Rivadeneyra, *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

109. Cfr. Luiz Magno Pinto Bastos Júnior y Thiago Yukio Guenka Campos, Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos, en: *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, N. 19, jun./dez 2011.

internacional que *sine qua non* deben tenerse en cuenta a la hora de valorar y aplicar dicho control.[110]

Se suman a los anteriores dos puentes basados en una estructura de diseño moderno, tendentes a una protección antisísmica, que consisten en la recepción política y en la recepción cultural. La primera encauza las políticas públicas domésticas enfocadas en los derechos humanos, gracias al impulso de la sociedad civil y del litigio estratégico y la segunda, encarna la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana. En el espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura de la juridicidad representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.[111]

Sin entrar al detalle de la estatalidad abierta respecto a la integración pueden no obstante acudirse a las disposiciones indicativas del panorama constitucional en la primera y segunda expansión. Tomando como referente el bloque mercosureño, los Estados miembros fundadores del Mercosur muestran diferencias. Como advierte Pizzolo, el tándem Argentina-Paraguay asumen fórmulas habilitantes y el tándem Brasil-Uruguay, por el contrario, incorporan fórmulas detonantes.[112] En el primer caso los Constituyentes han fijado un haz de valores axiológicos para los procesos de adhesión a organizaciones supranacionales de manera específica.[113] Paradigmáticas son las habilitaciones constitucionales de Argentina y Paraguay. La Constitución de Argentina, con su cláusula cualificada de integración prevista en el Art. 75, Nr. 24. que la perfilan como "única", tiene entre sus caracteres que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. Por su parte la Constitución de Paraguay en su art. 145 regula una cláusula que admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. No obstante, no dispone expresamente la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales.[114]

110. Andrés Gil Domínguez, *La regla de reconocimiento constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
111. Sergio García Ramírez, Reseña a la obra "La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México" de José Luis Caballero Ochoa, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, vol. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 959-968, p. 960 y ss.
112. Colagero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002, p. 374 y ss.
113. Eduardo Oteiza, Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional, en: *El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 167, p. 1022.
114. Luciane Klein Vieira, La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur, en: *La Ley 11.723*, Argentina, 2012, pp. 4-7.

La doctrina postula que el tándem Brasil-Uruguay no permitiría la transferencia de competencias al ente supranacional.[115] La Constitución uruguaya, en su art. 6, sólo dispone que la "República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas". La Constitución de Brasil proclama en el art. 4, párrafo único, que "La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones." Sostengo, por ello, que también los Constituyentes brasileños y uruguayos han esbozado una integración social y una comunidad de naciones en el sentido de trascender la mera cooperación internacional.

Las fórmulas de recepción del derecho de la integración son muchas y diversas en las diez Constituciones objeto de análisis, aunque sí se dibuja la clara tendencia hacia la regulación expresa de la integración como fin del Estado, con incorporación de la transferencia de competencias al ente supranacional y previendo el reconocimiento de la primacía y el efecto directo de la normativa de integración. Un ejemplo de la primera expansión es el art. 227 de la Constitución colombiana cuando establece: El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano. En la segunda expansión ocurrida desde 1999, vale destacar el art. 153 de la Constitución de Venezuela que privilegia la integración latinoamericana y caribeña con miras hacia una comunidad de naciones, de amplio espectro, destinada a promover el desarrollo común, además de regular la facultad para atribuir competencias a organizaciones supranacionales, y que "las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna."

Admitiendo que la Constitución es uno de los puentes para la penetración del derecho de la integración, las últimas Cartas Magnas de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan un nuevo estadio del alcance del mandato de apertura, diversificado y comprensivo de todos los principios inherentes a una integración supranacional. La Constitución de Ecuador[116] en su art. 423 asigna preferencia a la integración latinoamericana y caribeña y enumera en siete ordinales los compromisos del Estado

115. Por ejemplo, Milton H. Cairoli Martínez, Derecho Constitucional y Procesos, (con especial referencia al Mercosur), en*: Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 454.
116. Constitución de Ecuador: Preámbulo, Art. 276.5, Art. 284, Art. 416.10 y 416.11, Art. 419.6, entre las normas relevantes para la integración.

ecuatoriano[117] y en su art. 425 estipula un rango inmediato debajo de la Constitución para los tratados y convenios internacionales en el orden jerárquico de aplicación de las normas. La Constitución de Bolivia de 2009[118] mantiene esta tendencia de apertura hacia la integración, pero incluye en el art. 257 el condicionamiento de un referendo popular vinculante previo a la ratificación de los tratados internacionales que impliquen integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. También el texto constitucional privilegia la integración latinoamericana y resalta una integración de los pueblos indígenas.[119] Un aspecto interesante es la regulación del sufragio universal para elegir "las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración" (art. 266).

De la narrativa constitucional se deduce que existe una convergencia entre la apertura en derechos humanos y la apertura en la integración, configurándose un nuevo orden público multinivel, que abarca una interamericanización y una mercosurización, en particular respecto a la garantía de los derechos humanos. Ello obedece a que, al menos con los recientes desarrollos del Mercosur, se dibuja un esbozo de mercado de derechos fundamentales *in status nascendi*.[120]

117. Constitución de Ecuador Art. 423: *1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado; 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria; 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad; 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales; 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio; 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región; 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.*
118. Una singularidad de la Constitución de Bolivia está contenida en el Art. 377 que consagra: *I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado; II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos.*
119. Constitución de Bolivia, Art. 265: *I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana; II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.*
120. Isaac Augusto Damsky, La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino. Su caracterización a la luz del sistema interamericano de derechos humanos y la incipiente integración comunitaria del Mercosur, en: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 3, Torino, 2010, pp. 924-943.

4. Estandarización del nuevo paradigma vía interamericanización expansiva

4.1. La interamericanización

Como ya he demostrado con la reconstrucción normativa constitucional, en Suramérica se atestigua la internacionalización del derecho constitucional[121] y su confluencia con una clara tendencia hacia la complementación creciente de los sistemas estatales con el sistema regional de protección de derechos, en particular, el proceso gradual y continuo de penetración de normas, principios y estándares del sistema interamericano en el derecho nacional. A este proceso lo denomino "interamericanización". El resultado puede ser descrito como un fenómeno expansivo e *in crescendo*, con ritmos oscilantes y algunas disidencias. Para explicar cómo opera, acudo a ilustrarlo con las premisas orientadores del proceso y tomando como parámetros la juridicidad.

Una interamericanización abierta a todo el *corpus iuris*

Se trata de la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en el espacio jurídico supranacional en base, por una parte, a la Convención Americana (la CADH como "Constitución" latinoamericana)[122] y demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano,[123] con la Corte Interamericana como órgano guardián,[124] y, por otra parte, las propias Constituciones con su apertura estructural.[125] En los términos de Humberto Nogueira hay un *acquis conventionnel* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,[126] la CADH, el Protocolo de San Salvador e instrumentos complementarios, y en la jurisprudencia de la CorteIDH,

121. Gonzalo Aguilar Cavallo, La internacionalización del Derecho Constitucional, en: *Estudios constitucionales*, Año 5, vol. 1, Chile, 2007, pp. 223-281, p. 225.
122. Mario Alberto Juliano, El control de convencionalidad, en: *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, Agosto 2009.
123. La noción "corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" como aporte de la CorteIDH. CorteIDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, de 1 de octubre, "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*", Serie A, N° 16, párr. 115. Cfr. Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2. ed., Santiago de Chile, 2007, p. 57.
124. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional, conferencia dictada en el Simposio "*La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un ius constitutionale commune in America Latina*", Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19/11/2009.
125. Allan R. Brewer-Carías. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 6, julio-diciembre 2006, México, 2006, pp. 29 y ss.
126. En el marco de la transformación de la Unión Panamericana en la OEA, el 30/04/1948 en Bogotá Colombia, se suscribió la Carta de la OEA y la DADH. Según la CorteIDH, "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14/07/1989, párr. 43 y 45.

como acervo básico de la *opinio communis* interamericana o patrimonio común en cuanto a los derechos humanos.[127]

Una visión general de los instrumentos del *corpus iuris* interamericano que han sido ratificados por los diez países suramericanos dibuja los acuerdos y consensos en cuanto a los derechos intangibles en una sociedad democrática, en consonancia con la jurisprudencia tuitiva del binomio democracia-derechos humanos de la CorteIDH.[128] Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como ya mencioné, los Estados en 1948 sentaron el consenso de esta garantía. A la CADH suscrita en 1969 se han adicionado los instrumentos como Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (DESC); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (PM); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (M); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (D); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (T); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Convención Interamericana contra el terrorismo (CIT), identificados en la tabla siguiente:[129]

Países	CADH	CoIDH	DESC	PM	M	D	T	DFP	CIT
Argentina	14.08.84	05.09.84	30.06.03	18.06.08	12.08.98	28.09.00	18.11.88	31.10.95	18.07.05
Bolivia	20.06.79	27.07.93	12.07.06	-	26.10.94	27.02.03	26.08.06	19.09.96	-
Brasil	09.07.92	10.12.98	08.08.96	31.07.96	16.11.95	17.07.01	09.06.89	-	26.09.05
Chile	10.08.90	21.08.90	-	04.08.08	24.10.96	04.12.01	15.09.88	13.01.10	10.08.04
Colombia	28.05.73	21.06.85	22.10.97	-	03.10.96	04.12.03	02.12.98	01.04.05	24.06.08
Ecuador	08.12.77	24.07.84	10.02.93	05.02.98	30.06.95	01.03.04	30.09.99	07.07.06	07.07.06
Paraguay	18.08.89	26.03.93	28.05.97	31.10.00	29.09.95	28.06.02	12.02.90	26.08.96	30.11.04
Perú	12 .07.78	21.01.81	17.05.95	-	02.04.96	10.07.01	27.02.90	08.02.02	05.06.03
Uruguay	26.03.85	19.04.85	21.11.95	08.02.94	04.01.96	24.05.01	23.09.92	06.02.96	27.12.06
Venezuela	23.06.77	24.04.81	-	06.04.94	16.01.95	06.06.06	25.06.91	06.07.98	22.10.03

Respecto al corpus iuris interamericano, argumenta con toda razón Sergio García Ramírez, que se enriquece con las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados para alcanzar una regionalidad plena, a la vez que continuar su tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema.[130] Como se des-

127. Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno, en: *Estudios Constitucionales*, Año 9, vol. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.
128. CorteIDH, Caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2004. Serie C, Nº 111, Párr. 85.
129. Todos los instrumentos están disponibles en: http://www.oas.org/dil/esp/tratadosyacuerdos.htm.
130. Sergio García Ramírez, Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Sergio García Ramírez/Mireya Castañeda Hernández, (Coords.), México, 2009, p. 28.

prende de la tabla, puedo hablar de una quasi plena subregionalidad en Suramérica, pues sólo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre DESC, Brasil no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Bolivia, Colombia y Perú no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. En consecuencia, los seis instrumentos del corpus iuris externo, supranacional, vinculan a los Estados y sus órganos en la salvaguarda de los derechos. En el espacio interamericano tiene singular preeminencia la Convención Interamericana contra el terrorismo, aprobada en 2002, ratificada por nueve de los diez Estados suramericanos in comento, siendo Bolivia la excepción, porque proyecta el grado de compromiso de los Estados en el respecto a respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales,[131] inclusive en la lucha contra esa forma exacerbada de criminalidad,[132] reforzando la comprensión humanista de que "no se preserva el Estado de derecho desmontando sus libertades y garantías."[133]

Elemento vital de la interamericanización es el cumplimiento de las decisiones de la CorteIDH. Siendo los 10 países suramericanos Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y habiendo aceptado la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH, sus decisiones deben ser cumplidas,[134] y las mismas adquieren carácter definitivo e inapelable.[135] Desde comienzos del siglo XXI advierte Antônio A. Cançado Trindade la necesidad de tener un claro entendimiento acerca del alcance de las decisiones de la CorteIDH para construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos y, afirma que "El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente *medidas positivas*

131. Art. 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo: Derechos humanos: 1. *Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. 3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.*

132. En sus considerandos que "el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo que preocupa profundamente a todos los Estados Miembros, atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de la toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región".

133. Sergio García Ramírez, Ombudsman y tutela interamericana de los derechos humanos, en: *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, vol. 3, Año 2006, p. 56.

134. Art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*".

135. Art. 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable* […]".

de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es 'cosa juzgada', obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es `cosa interpretada', válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención".[136] En una graduación del mayor al menor número de casos[137] el panorama a mediados de 2012 es el siguiente para los países suramericanos en cuestión: Perú (26), Venezuela (14), Colombia (11), Ecuador (11), Argentina (11), Paraguay (7), Brasil (5), Chile (5), Bolivia (3), Uruguay (2).

El acervo jurisprudencial está destinado no sólo a promover e incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección.[138] Del propio texto de la CADH en materia de reparaciones se infiere este alcance preventivo. En efecto, el Art. 63.1 estipula la facultad de la CorteIDH, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada." [139] De ello surge el efecto resarcitorio (mirando al pasado), pero a la vez el efecto preventivo y resarcitorio (mirando al futuro). La no repetición de las violaciones a los derechos humanos es un componente central de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos prevista en los arts. 1.1 y 2 de la CADH y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para la CorteIDH la garantía de *no repetición* forma parte de las medidas positivas que el Estado debe adoptar para que la violación a los derechos humanos que ha sido analizada en el caso, no vuelva a ocurrir.[140] Víctor Bazán adiciona el deber del Estado de considerar la jurisprudencia de la Corte como parte del acervo

136. Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de derechos humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): *El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. OEA/Ser.G, CP/doc. 654/02, 17/10/2002. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf.

137. Se trata de casos y no de sentencias, pues un caso puede tener más de un pronunciamiento, pues anteriormente las excepciones preliminares se decidían primero y también hay sentencias de interpretación.

138. Pía Carazo Ortiz, El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica. en von Bogdandy, Armin *et al*.. (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC/MPI, 2009, p. 231; ver también Laurence Burgorgue-Larsen, El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad", en von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho*? *Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC/MPI, 2009, p. 311.

139. El Convenio Europeo tiene una formulación distinta respecto a la satisfacción equitativa porque tiene dos planos, primero la autoridad doméstica y luego el TEDH, que dice expresamente "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa."

140. Caso del "Caracazo" *vs*. Venezuela, Reparaciones, Sentencia de 29/08/2002, Serie C, Nº. 93, párr. 52.

hermenéutico a tomar en cuenta por las autoridades internas para ejercer tal control de convencionalidad.[141]

Es indispensable acotar que para los países suramericanos en cuestión, con la excepción de Venezuela y Bolivia,[142] la regla general de cumplimiento de las obligaciones convencionales contenida en el principio *Pacta sunt servanda* y en la imposibilidad de invocar disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para el incumplimiento de los tratados, de conformidad con los arts. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados encuentra aplicabilidad.[143]

Un elemento final que no puede obviarse a la hora de examinar el deber de cumplimiento por parte de las Estados es la garantía colectiva prevista en la CADH respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otras cosas, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados Partes. Bajo la conocida estrategia *"naming and shaming"*, se persigue posibilitar gestiones diplomáticas para que el Estado pase a cumplir la decisión en cuestión. Le correspondería a la Asamblea General dictar una resolución recomendando a los demás Estados Parte de la OEA imponer sanciones económicas hasta que el Estado cumpla la decisión del Organismo del SIDH. Se trataría de una resolución no vinculante, pero hasta la fecha no se ha utilizado este mecanismo colectivo.[144]

4.2. Una interamericanización coadyuvante de la protección nacional

Desde 1948, el Preámbulo de la DADH se perfiló por esta línea de complementariedad al estipular "que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos". Del mismo tenor es el pronunciamiento que se hace en el Preámbulo de la CADH al reconocer

> que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.[145]

141. Víctor Bazán, Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas, en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N. 18, 2º Semestre 2011, Valencia, 2012, pp. 63-104, p. 93.
142. Argentina (05/12/1972), Bolivia suscrito 23/05/69, sin ratificar, Brasil (25/09/2009), Chile (09/04/1981), Colombia (10/04/1985), Ecuador (11/02/2005), Paraguay (03/02/1972), Perú (14/09/2000), Uruguay (05/03/1982), Venezuela ni suscrito ni ratificado.
143. U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigencia en enero de 1980.
144. Viviana Krsticevic, Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos, en: *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Viviana Krsticevic y Liliana Tojo, (Coord.), CEJIL, Buenos Aires, 2007, pp. 15-112, pp. 34-37.
145. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html.

Así, la complementariedad está expresada en la voluntad de los Estados y configura una herramienta eficaz para garantizar la efectiva protección de los derechos, por cuanto existe la expectativa de que la incorporación del derecho internacional aumenta los niveles de efectividad del derecho interno.[146]

Aprovechando el boom del término "rescate",[147] resulta útil aplicarlo para describir el fenómeno de la complementariedad en tanto un sistema supranacional de derechos humanos acude a "rescatar" a las víctimas cuando sus derechos han sido vulnerados y el propio Estado no ha brindado la protección ni garantías a nivel doméstico. Por ello se reitera que los sistemas regionales de protección actúan "en defecto", como "ultima ratio", y, consecuentemente, no puede calificarse como una intromisión en los asuntos nacionales. En el ámbito interamericano, los órganos de protección, en particular la CorteIDH "intervienen porque un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención."[148]

Esta intervención hasta de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho doméstico por parte de las decisiones de las cortes de derechos humanos, en especial de la CorteIDH,[149] genera tensiones. Esta premisa del control complementario externo se ha revelado en la doctrina como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.[150] Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de

146. Vladlen S. Vereshchetin, New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law, 1 *European Journal of International Law*, 2, en: EJIL, vol. 7, 1996, pp. 29-41.
147. Del latin recaptāre, recoger, que puede entenderse como liberación de un peligro, daño…opresión. Cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*. En el marco de la crisis financiera y la crisis del euro, el vocablo se ha aplicado en los medios de comunicación para aludir al rescate en países como Grecia, Irlanda y Portugal y ¿España? Véase, entre tantos, http://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/como-fue-rescate-grecia-irlanda-portugal/1432429/.
148. Jorge Contesse Singh, Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos, en: *El derecho en América Latina*: *un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (Coord.), Buenos Aires, 2011, p. 252.
149. Matthias Herdegen refiere una cierta comprensión monista entre el derecho interno y el derecho internacional por parte de la CorteIDH al declarar una disposición constitucional como violatoria de la CADH (Caso "La Última Tentación de Cristo" [Olmedo Bustos y otros] *vs*. Chile de 2001) o al declarar que las leyes de amnistía son incompatibles con la CADH y carecen de efectos jurídicos. En el contexto europeo cita el famoso caso de Carolina de Hannover, en el que el TEDH hizo una ponderación diferente al TCF alemán. Cfr. Matthias Herdegen, La internacionalización del orden constitucional, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, Uruguay, p. 75.
150. Héctor Fix-Zamudio, Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, Edgar Corzo Sosa (Ed.), UNAM, México, 2009, pp. 599-695, p. 670; Javier García Roca, Humberto Nogueira y Rafael Bustos, *La comunicación entre los sistemas regionales americano y europeo de protección colectiva de los derechos humanos*: *el diálogo jurisdiccional entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo*. Manuscrito suministrado por el autor, p. 5.

la vigencia de los derechos mediante el "diálogo interjudicial".[151] En este sentido se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el

> fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales.[152] Incluso se advierte que Si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge con naturalidad.[153]

Sin embargo, hay voces críticas que cuestionan el poco margen de apreciación que la CorteIDH deja a los Estados, sin desconocer la relevancia de tal limitación en caso de proteger a los grupos históricamente "soberanos".[154]

4.3. Una interamericanización apalancada por el activismo transnacional y la participación de la sociedad civil

Vale la pena destacar un rasgo básico del sistema interamericano como es el rol jugado por la sociedad civil en esta construcción simultánea y convergente de los órdenes nacionales y supranacional. Bien ha descrito Laurence Helfer la denominada "espiral normativa virtuosa"[155] para aludir al fenómeno de "refuerzo normativo" entre el derecho internacional de los derechos humanos y los órdenes constitucionales domésticos, en el que es determinante el papel de los organizaciones no gubernamentales en el ámbito interamericano.[156] En la doctrina se explica esta espiral en función de las figuras de las "cascadas normativas" de armonización de los órdenes

151. Mauricio Iván del Toro Huerta, El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano, en: *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, Edgar Corzo Sosa (Ed.), UNAM, México, 2009, pp. 531-575, p. 537.

152. Discurso del Presidente de la CorteIDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7/06/2011.

153. Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 06/06/2007, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf. Consulta: 15/11/2011.

154. Francisco R. Barbosa Delgado, Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, en: *Revista Derecho del Estado,* n. 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135.

155. Laurence R. Helfer, *Overlegalizing Human Rights*: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes, 102, Columbia Law Review, 1832-1911, 1832 (2002).

156. Sin acotar la literatura a nivel internacional sobre el papel de los ONGs en los tribunales internacionales, baste citar contribuciones específicas en el marco interamericano como Evorah Cardoso, *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Coleção Fórum Direitos Humanos, 4), p. 96; Enza Tramontana, La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas, In: *La justicia constitucional y su internacionalización*. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, (Coords.), Tomo II, (Mexiko 2010), pp. 533-556; Fabrício Araújo Prado, Dos Direitos Humanos e as Organizações nãogovernamentais: casamento marcado?, en: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Márcio Luís Oliveira (Coord.), Belo Horizonte, 2007, pp. 205-228, pp. 220-222.

nacional e internacional así como de la "rutinización" de la aplicación de estándares internacionales.[157] En el Sur, incluso ha ocurrido un cambio de paradigma. El círculo o espiral comenzó con la presión de los movimientos de derechos humanos en las esferas global y nacional, que como audiencia interesada en la promoción de los derechos humanos, asumió una actuación en *pro* de la adopción formal de los instrumentos tuitivos en el orden internacional y que, en un segundo paso, aparejó la regulación interna para facilitar la aplicación de los tratados internacionales por los operadores del sistema judicial en los casos concretos, cumpliéndose las obligaciones convencionales. La justiciabilidad mediante tal rutinización gracias al florecimiento y espacios ganados por el llamado "Tercer sector", implicó sin embargo un cambio de tácticas para enfrentar la violencia endémica y hacerlo contra un enemigo más difuso en las nuevas democracias.[158]

Como bien afirma Martín Abregú, las ONGs de derechos humanos han sido actores claves en los procesos de consolidación democrática suramericana, primeramente reclamando las violaciones masivas y sistemáticas de las dictaduras y procurando para las víctimas lograr verdad y justicia en las transiciones post-dictatoriales así como mediante la extensión de la nueva agenda hacia los temas de la lucha contra la pobreza y la corrupción, metamorfosis que ha estado acompañada de la "oficialización" por parte de los Estados, cuyos gobiernos pasaron de enemigos declarados de los derechos humanos a la promoción y defensa de estos derechos, aunque sea fundamentalmente retórica.[159] Este empoderamiento en la esfera pública de los grupos anteriormente invisibilizados ha sido posible, en gran medida, por el activismo legal transnacional y los movimientos sociales en la región y se conecta con el siguiente punto, como es, que "las necesidades de protección de los "más débiles" requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna".[160]

4.4. Una interamericanización guiada por el principio de la vulnerabilidad

Los estándares interamericanos apuntan a la configuración de un orden jurídico comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, así como con el bienestar

157. Diego Eduardo López-Medina y Astrid Liliana Sánchez Mejía, La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho penal colombiano, en: *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi* Bogotá (Colombia), vol. 12, pp. 12: 317-352, Edición Especial 2008, p. 322.
158. Malak El-Chichini Poppovic y Lucia Nader Conectas, Derechos Humanos: La construcción de una Organización Internacional Desde/En el Sur, en: *SUR*, vol. 8, N. 15, 2011, pp. 165-189, p. 167.
159. Martín Abregú, Derechos Humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva – una mirada desde la Región Andina y el Cono Sul, en: SUR, São Paulo. Disponible en: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_abregu.htm. Última consulta (22/08/2012).
160. Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli Caso de los "Niños de la Calle" [Villagrán Morales y otros], sentencia de 19/11/1999, Serie C, Vol. 63, párr. 7.

de los países de la región, pero, muy particularmente, con la protección de los grupos vulnerables.[161] En sus comienzos, la Corte se dedicó a acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario y sus negativos legados para la democracia, como por ejemplo delineando "los principios medulares acerca del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves violaciones, masivas y sistemáticas, de derechos humanos. Fijó los límites de las leyes de amnistía." Pero su agenda se ha ampliado para atender "serias deficiencias institucionales, tales como sistemas de justicia inefectivos y sistemas policiales y penitenciarios violentos." La Corte no sólo atiende la reparación a las "víctimas en casos particulares, sino también fija un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos y en el fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos".[162]

La Corte se ha dedicado a la protección de los más vulnerables, mujeres, niños, pueblos indígenas, migrantes, personas privadas de libertad.[163] Como afirma Laura Clérico, en situaciones de desigualdad estructural debe tomarse en serio el principio de igualdad y abarcar "los déficits de redistribución y de reconocimiento. Solo a partir del reconocimiento de ambos resulta posible conmover los patrones de dominación que atraviesan a nuestras sociedades y que no pueden, por ende, ser resueltos desde una perspectiva que confunda *universalidad* con *predominio*. Parafraseando a R. Alexy, el debate democrático no debe ser un debate "sobre" los ciudadanos, sino un debate "con" ellos, pero para que este "con" sea posible es preciso garantizar la paridad en la participación de todos, en especial, la de los afectados por la medida estatal y la de los excluidos."[164]

161. Como bien sostiene Flávia Piovesan, el sistema interamericano ha permitido la desestabilización de los regímenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas como el combate a las violaciones a los derechos humanos y la protección de los grupos más vulnerables. Cfr. Flávia Piovesan, Proteção dos Direitos Humanos: uma Análise Comparativa dos Sistemas Regionais Europeu e Interamericano, en: *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*: *avançando no diálogo constitucionale regional*. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, 2011, p. 635.

162. Víctor Abramovich, De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en: *SUR – Revista Internacional de derechos Humanos*, p. 7 y ss. http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/11/01.pdf.

163. Cfr. Por ejemplo en opiniones consultivas la Opinión Consultiva de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (OC-18/03, Serie A, vol. 18); Opinión Consultiva de la CorteIDH de 28/08/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (OC-17/02, Serie A N. 17, apdos. 53,54 y 60). Sólo por citar algunos casos sobre grupos vulnerables, en pueblos indígenas en los países en estudio, Sentencia de la CorteIDH de 17/06/2005, Comunidad Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguay (Serie C No.125); Sentencia de la CorteIDH de 29/03/2006. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay (Serie C No. 146); Sentencia de la CorteIDH de 8/07/2004, Hermanos Gómez Paquiyauri *vs*. Perú (Serie C No. 110, apdo. 164); mujeres por orientación sexual, Sentencia de la CorteIDH de 24/02/2012, Caso Atala Riffo y niñas *vs*. Chile (Serie C No. 239).

164. Laura Clérico. La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *Estudios Constitucionales*, A. 9, N. 1, 2011, pp. 157-198; p. 192.

La vulnerabilidad constituye un principio rector de la jurisprudencia supranacional de la CorteIDH para asegurar la garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural en el plano doméstico, pasando de ignorados a protagonistas. El órgano supranacional, desde 1984 (opinión consultiva OC-4/84), advierte que el principio de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. En su opinión consultiva OC-18/03 de 2003, la CorteIDH ha dejado sentado el criterio de que el principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Expresamente la CorteIDH señala que, en atención al principio de igualdad ante la ley, el Estado está obligado a "garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho".[165] Como argumenta Víctor Abramovich, "se trata de quienes están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales. Como una especie de asfixia política en los casos de subordinación estructural de ciertos sectores sociales en cuanto al cierre de la esfera pública por los Estados autoritarios. Se trata de situaciones extremas en las que el espacio político del estado nacional funciona como una prisión".[166]

5. Mercosurización

Respecto a la integración económica, me limito al Mercado Común del Sur (Mercosur), organización significativa debido a su impacto interno e internacional,[167] si bien la doctrina está dividida entre "merco-pesimismo" y "merco-optimismo" en torno a la relevancia que se otorga a sus fracasos y a sus éxitos.[168] Mi enfoque se centra en la tutela de los derechos fundamentales, que en el bloque del Cono Sur cuenta ya con aportes no sólo desde el *instrumentarium* normativo (Tratado de Asunción, Protocolos y demás declaraciones)[169] sino también desde lo que denomino la gobernanza democrática mercosureña, apalancada en la defensa de los derechos, en particular los derechos

165. Cfr. CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs*. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2010 Serie C, Nº 214, párr. 250.
166. Víctor Abramovich, Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales, en: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (Coord.) Argentina, 2011, pp. 211-230, p. 221 y ss.
167. Cfr. entre otros, Roberto Bouzas, El Mercosur diez años después: ¿proceso de aprendizaje o déjà vu?, en: *Desarrollo Económico*, Vol. 41, N. 162, Buenos Aires, 2001, pp. 179-200.
168. Cfr. José Briceño Ruiz, Introducción, en: *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, José Briceño Ruiz (Ed.), Buenos Aires, 2011, p. 14.
169. Cfr. Víctor Bazán, El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales, en: *El Derecho*, 10/12/1998, Buenos Aires, Argentina, pp. 10-16.

sociales.[170] Tal como la interamericanización, hay en Suramérica una tendencia de progresiva complementación entre los Estados Partes (EP) y el sistema mercosureño, por el que penetran normas, principios y estándares del bloque en los ámbitos domésticos. A este proceso lo denomino "mercosurización". Se trata en este caso de un proceso iniciado básicamente en el nuevo milenio para superar la década de un Mercosur "mercantilizado" y atender una agenda amplia.[171] Va *in crescendo*, con ritmos más oscilantes. Ilustrar los pasos dados implica dar una mirada a las premisas orientadores en cuanto a la juridicidad.

5.1. Una mercosurización abierta a un amplio *corpus iuris*

La heterogeneidad del *instrumenturium* jurídico en el Mercosur engloba diferentes normas del derecho internacional y se sustenta en una forma "alternativa" de homogenización y hasta de armonización, no con instrumentos jurídico-coercitivos, sino a través de la persuasión y estandarización (*soft law*),[172] pero no menos vinculantes en su cumplimiento por parte de los Estados.[173] Conforme a la Constitución material del Mercosur, que comprende el Tratado de Asunción y los Protocolos, entre ellos el de Ushuaia y el de Asunción, la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración. Por medio de los actos concertados los Estados Partes asumen entonces la doctrina y la práctica del derecho internacional para cumplir este cometido. Utilizo tres cuadros para identificar la dimensionalidad de la normativa garantista de los derechos humanos a la que están vinculados los Estados Partes del Mercosur y que constituyen un piso común de la protección en línea convergente con la protección interamericana.

Una primera tabla contiene los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP), Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a la abolición de la pena de muerte (PF-PIDCP-APM), Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), Convención Internacional sobre la

170. Baste mencionar: Parlasur, Reunión de Alta Autoridades en Derechos Humanos (RAADDHH), Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH), Instituto Social del Mercosur (ISM).
171. Cfr. Mercosur/CMC/DEC. N. 12/11. Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur PEAS, Paraguay, Junio 2012.
172. Manuel Monteagudo Valdez, Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico, en: *Cuadernos Europeos de Deusto*, Vol. 43/2010, Bilbao, 2010, 91-114, pp. 106-108.
173. En Europa la Jurisprudencia del TJUE ha reconocido el valor de los contenidos del *soft law*, que inciden y producen efectos jurídicos a pesar de carecer de carácter vinculante. Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala segunda) de 13 de diciembre de 1989, *Case* C-322/88. Véase en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988CJ0322:ES:HTML.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), Reconocimiento de la Competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (RCCEDR).

	CEDR	RCCEDR	PIDESC	PF-PIDESC	PIDCP	PF-PIDCP	PF-PIDCP APM
Argentina	02-10-1968	x	08-08-1986	24-10-2011	08-08-1986	08-08-1986	02-09-2008
Bolivia	22-10-1970	x	12-08-1982	13-01-2012	12-08-1982	12-08-1982	-
Brasil	27-03-1968	x	24-01-1992	-	24-01-1992	25-09-2009	25-09-2009
Chile	20-10-1971	x	10-01-1972	firmado	10-02-1972	27-05-1992	26-09-2008
Colombia	02-09-1981	...	29-10-1969	-	29-10-1969	29-10-1969	05-08-1997
Ecuador	22-09-1966	x	06-03-1969	11-06-2010	06-03-1969	06-03-1969	23-02-1993
Paraguay	18-08-2003	...	10-06-1992	firmado	10-06-1992	10-01-1995	18-08-2003
Perú	29-09-1971	x	28-04-1978	-	28-04-1978	03-10-1980	-
Uruguay	30-08-1968	x	01-04-1970	firmado	01-04-1970	01-04-1970	21-01-1993
Venezuela	10-10-1967	x	10-05- 1978	firmado	10-05-1978	10-04-1978	22-02-1993

Una segunda tabla abarca Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT); Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (PF-CCT); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (PF-CDPD); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CIPPDF); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CIDTM).

Países	CCT	PF-CCT	CDPD	PF-CDPD	CIPPDF	CIDTM
Argentina	24.04.1986	15.11.2004	02-09-2008	02-09-2008	14-12-2007	23-02-2007
Bolivia	12-04- 1999	23-05-2006	16-11-2009	16-11-2009	17-12-2008	16-10-2000
Brasil	28-09-1989	12-01-2007	01-08-2008	01-08-2008	29-11-2010	-
Chile	30-09-1988	12-12-2008	29-07-2008	29-07-2008	08-12-2009	21-03-2005
Colombia	08-12-1987	-	10-05- 2011	-	11-07-2012	24-05-1995
Ecuador	30-03-1988	20-07-2010	03-04-2008	03-04-2008	20-10-2009	05-02-2002
Paraguay	12-03-1990	02-12-2005	03-09-2008	03-09-2008	03-08-2010	23-09-2008
Perú	07-07-1988	14-09-2006	30-01-2008	30-01-2008		14-09-2005
Uruguay	24-10-1986	08-12-2005	11-02-2009	28-10-2011	04-03-2009	15-02-2001
Venezuela	29-07-1991	-	-	-	-	-

En la tercera tabla se contemplan: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM); Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

mujer (PF-CEDCM); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (PF-CDNCA); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil (PF-CSNPP); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI).

	CPSDG	CEDCM	PF-CEDCM	CDN	PF-CDNCA	PF-CSNPP	ERCPI
Argentina	05-06-1956	15-07-1985	20-03-2007	04-12-1990	10-09-2002	25-09-2003	08-02-2001
Bolivia	14-06-2005	08-06-1990	27-09-2000	26-06-1990	22-12-2004	03-06-2003	27-06-2002
Brasil	15-05-1952	01-02-1984	28-06-2002	24-09-1990	27-01-2004	27-01-2004	20-06-2002
Chile	03-06-1953	07-12-1989	-	13-08-1990	31-07-2003	06-01-2003	29-06-2009
Colombia	27-10-1959	19-01-1982	23-01-2007	28-01-1991	25-05-2005	11-11-2003	05-08-2002
Ecuador	21-12-1949	09-11-1981	05-02-2002	23-03-1990	07-06-2004	30-01-2004	07-10-1998
Paraguay	03-10-2001	06-04-1987	14-05-2001	25-09-1990	27-09-2002	18-08-2003	14-05-2001
Perú	24-04-1960	13-09-1982	09-05-2001	04-09-1990	08-05-2002	08-05-2002	10-11-2001
Uruguay	11-07-1967	09-10-1981	26-07-2001	20-11-1990	09-09-2003	03-07-2003	28-06-2002
Venezuela	12-07-1960	02-05-1983	13-05-2002	13-09-1990	23-09-2003	08-05-2002	07-06-2000

5.2. Una mercosurización convergente y no dicotómica

Como bien señala la doctrina, los tratados de derechos humanos representados en la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH) y los Protocolos de Ushuaia y Asunción del Mercosur han abierto una puerta hacia la universalización de los derechos, en particular, el derecho a ser tratado sin discriminación.[174] Ambos regímenes en Suramérica deben interpretarse de modo complementario y no dicotómico, tal como ocurre entre la protección universal y la regional de los derechos humanos.[175] Por una parte, la CADH dispone en el art. 28.3 que: "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 haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente convención." El Mercosur, aún no siendo una federación, constituye una asociación de Estados en la que debe velarse por las garantías. Por otra parte, el Protocolo de Asunción (PA) regula en su Preámbulo que los Estados Partes del Mercosur reafirman los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. Es una *conditio sine*

174. Mario Alberto Juliano, El control de convencionalidad, en: *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, 18/08/2009. Disponible en: http://derecho-a-replica.blogspot.de/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html.
175. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, São Paulo, 2007, p. 14.

qua non del bloque la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 1 PA), los Estados se comprometen a cooperar mutuamente para la promoción y protección efectiva de los mismos (art. 2) y en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción se aplicarán medidas (art. 3 y ss. PA).

En razón de lo expuesto se colige una evolución dialógica entre ambos sistemas, que hacen referencia recíprocamente al reconocimiento del otro y que giran en la órbita de la salvaguarda de los derechos humanos. Por mandato constitucional, además, todos los instrumentos forman parte del bloque de constitucionalidad, materializándose la fusión de los distintos órdenes normativos, como afirmé *supra*.

5.3. Una mercosurización apalancada por la participación de la sociedad civil

Ab initio la ruta de la participación de la sociedad civil en el Mercosur la fueron marcando los trabajadores y sindicatos a raíz de la postura crítica frente al favorecimiento de los intereses de los empresarios.[176] Desde 1996 funciona el Foro Consultivo Económico-Social del Mercosur (FCES) como órgano de representación de los sectores económicos y sociales de los Estados partes e integrado en su estructura institucional.[177] De allí en adelante se ha avanzado mucho, especialmente bajo la premisa de que las normas y garantías de los derechos humanos tienen como detonante la activación y concientización de la sociedad civil en consonancia con la movilización a nivel global.[178]

El foro de intercambio sobre buenas prácticas en materia de derechos humanos entre los Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados se ha construido paso a paso como espacio de diálogo con la sociedad civil. Valgan dos mecanismos para poner de relieve este aspecto de la mercosurización: los grupos de trabajo y el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur. En primer lugar, mediante diversos grupos técnicos o de trabajo, se han elaborado propuestas en áreas determinantes para la salvaguarda de los derechos, entre ellas: Iniciativa Niñ@sur; Educación y Cultura en Derechos Humanos; Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; Construcción de Indicadores de Progreso en materia de DESC; Memoria, Verdad y Justicia; Instituto de Políticas Públicas; Discriminación, Racismo y Xenofobia, con un subgrupo Diversidad Sexual,

176. Memorias del Seminario Internacional: "*La Participación de la Sociedad Civil en MERCOSUR y en las Negociaciones Comerciales*", Buenos Aires, Argentina, 30/10/ 2003.
177. Adriana M. Montequín, el *Foro Consultivo Económico-Social del Mercosur*: Un análisis de su evolución, percepciones y expectativas de la Sección Nacional Argentina, en: *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, abril-junio, 2007 Nº 88, pp. 1-143.
178. Véase, por ejemplo, *Fórum Social Mundial: A Construção de um mundo melhor.* Governo do Rio Grande do Sul, 2001.

Identidad y Género. El propio Instituto social marca la agenda prioritaria hacia la igualdad.

En segundo lugar, especial significación ha tenido el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos, como organización regional conformada por representantes de la sociedad civil de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que funciona desde el año 2004 para monitorear e incidir en las políticas públicas de derechos humanos en los países del bloque.[179] El Observatorio procura incidir en la institucionalidad del Mercosur para la definición de acciones que promuevan la plena vigencia de los derechos fundamentales, con énfasis en los sectores más vulnerables de la sociedad y con el ánimo de seguir la "agenda". Desde el año 2005 interviene como observador en la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos del Mercosur y en la Reunión Especializada de la Mujer, a lo cual se suman otros enlaces institucionales con el parlamento y los institutos especializados del bloque.

Igualmente el sector académico juega un papel importante, como lo demuestra el ejemplo reciente de la amplia red de grupos de trabajos que conectan a los EP con la sociedad civil para el fortalecimiento de los mecanismos de superación de las asimetrías del bloque, que exige una interacción entre el sector público y el académico.[180]

5.4. Una mercosurización vinculada a los grupos vulnerables

En el Mercosur hay, entre otros, un caso transversal para plasmar la orientación del bloque hacia la lucha contra la desigualdad estructural y la prioridad de los derechos sociales: la protección de los trabajadores. En efecto, la Declaración Sociolaboral (DSL) representa una herramienta común de singular impacto. Desde 1993 se gestó la idea de una Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores del Mercosur con efectos vinculantes y de naturaleza sancionatoria.[181] En 1998 se adopta la DSL, que aunque no fue concebida como un documento de obligatorio cumplimiento, la doctrina advierte el rol preponderante jugado en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores[182] y en el ámbito jurisdiccional se le atribuye el rango de aplicación directa,[183] por parte de los órganos judiciales de los Estados Partes,[184] avanzando hacia

179. http://www.observatoriomercosur.org.uy/es/observatorio.php.
180. Mercosur/CMC/DEC. N. 13/11.
181. Cfr. Jorge Bruni, *Los Órganos Socio Laborales del Mercosur, Historia y estado actual de la cuestión. La construcción de la dimensión social del Mercosur.* Disponible en: http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/dec_soclabor.pdf.
182. Cfr. Hugo Barretto Ghione, Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales, en: *Gaceta Laboral*, Vol. 8, Nº 3, Zulia, Venezuela, 2002, p. 2.
183. A. Perotti, El fallo "Aquino" de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario.* Nº 3, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 607-633.
184. Cfr. Tribunal del Trabajo de Mar del Plata N. 1. "Calandria Pedro Javier C/ Arcor S.A.I.C. s/ cobro de haberes", Expte. N. 48.347, reconoce que además de los tratados internacionales incorporados en el párrafo 2 del inciso 22 del art. 75 de la C.N, también resulta de aplicación en cuanto al principio de no discriminación la Declaración Socio Laboral del Mercosur, suscripta en Río de Janeiro el 10/12/1998, en la reunión del

una aplicación progresiva[185] y constante.[186] Se le reconoce un *status* de normas de *ius cogens*[187] y se ha interpretado como norma imperativa e inderogable en su nexo con los principios generales del derecho internacional.[188]

6. Consideraciones finales: el *ius constitutionale commune* a la luz de los estándares de protección de las personas privadas de libertad

La construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune* en Suramérica se ha generado gracias a la metamorfosis de las Constituciones que permiten una permeabilidad policéntrica y que ha evolucionado a múltiples velocidades. Existe una convergencia y simetría material en cuanto al núcleo del *ius constitutionale commune* u *ordre public* de los derechos humanos, en especial respecto al principio de la vulnerabilidad como guía de los estándares nacionales, internacionales y supranacionales. También se comprueba una sincronización temporal de esa construcción multinivel, pero con oscilaciones y hasta cierto retroceso.

Dicha metamorfosis, en síntesis, ha estado delineada por tres cambios de paradigmas principales. En primer lugar, la emergencia del nuevo paradigma del pluralismo normativo frente al viejo paradigma de la soberanía: La permeabilidad constitucional ha dado paso a un Estado abierto, en su doble vertiente (derechos humanos e integración), representa una decisión soberana, como reflejan los textos constitucionales, con sus distintos grados, pero coherente en las obligaciones convencionales asumidas por los Estados. El policentrismo se manifiesta así no sólo por la asignación de rango constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino por una progresiva ampliación en base a las otras fórmulas expuestas, como los derechos implícitos, la operatividad de los principios *pro homine* e interpretación conforme, por la aplicación de principios del derecho internacional (como el *pacta sunt servanda)* para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, sin alegar razones de orden interno. Es decir, se ha vigorizado el postulado de la garantía efectiva de los derechos.

Consejo del Mercado Común Laboral del Mercosur por los Presidentes de los países integrantes del mismo. Los principios protectorios de la misma son normas de carácter obligatorio por haber sido dictadas por el Consejo del Mercado Común (Órgano Superior del Tratado, art. 10 en virtud del Protocolo de Ouro Preto del 17/12/1994) y por imperio del art. 75 inciso 24 de la C.N. tienen jerarquía superior a las leyes y son complementarias del art. 14 bis. Equipo Federal del Trabajo. Edición N. 43 – Sección: Jurisprudencia provincial.

185. Ver más ampliamente: Tercer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, Secretaría del Mercosur – Fundación Konrad Adenauer, 2005.

186. Adriana Dreyzin de Klor y Alejandro Perotti, *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 143.

187. Cfr. Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de Décimo Turno "Guedes, Rafael c/Banco de Seguros del Estado – accidente de trabajo", ficha IUE:2-101048/2011, sentencia N. 36/12 Montevideo, 30/04/2012. Publicado el 04/05/2012, en: Equipo Federal del Trabajo: http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=618&aid=73978&eid=84&NombreSeccion=Jurisprudencia%20extranjera&Accion=VerArticulo.

188. Lucas A. Malm Green, *Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur*, Hologramática, Facultad de Ciencias Sociales, UNLZ – Año 5, N. 8, p. 97, 2008.

Asimismo, el viejo paradigma que calificaba como aporía la vinculación del sistema interamericano como ordenamiento que sirve de "manto" o "paraguas" a los subsistemas de integración, léase aquí Mercosur, ha quedado en el pasado. Dos argumentos sustentan mi afirmación: primero, que los Estados Partes del Mercosur han solicitado la primera opinión consultiva ante la CorteIDH en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes,[189] dando una señal de interacción entre ambos órdenes normativos, y revelando el constitucionalismo multinivel y segundo, que en la suspensión de Paraguay en el Mercosur, aplicando la cláusula democrática, se invocó la violación de las garantías del debido proceso en el juicio político seguido al Presidente de la República,[190] que ha sido ampliamente desarrollado por al sistema interamericano.

Un tercer eje de la metamorfosis proviene de la transformación cuantitativa y cualitativa de las Cortes, no como órganos de resolución de controversias, sino por su papel de creadores de derecho y en la irradiación de sus decisiones, más allá de los casos concretos. El *ius commune* es un derecho esencialmente de creación jurisprudencial, que se fortalece con el diálogo jurisdiccional y en el que el juez nacional asume un papel protagónico como juez de convencionalidad y como juez de la integración.

A fin de demostrar la configuración *in crescendo* del *ius commune*, concreto el análisis a la constelación de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable. La creación de un orden público común suramericano en base al piso mínimo de protección adoptado por el consenso de los Estados en el código interamericano y mercosureño puede ilustrarse con los estándares de protección de las personas privadas de libertad, ya que representa un ejemplo paradigmático para esclarecer el alcance de la permeabilidad constitucional de los diez países objeto de estudio, tanto por la vía de los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en el ámbito doméstico como por la jurisprudencia tuitiva desarrollada por la CorteIDH, una vez que los diez países también han efectuado el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria y vinculante del órgano supranacional. En *status nascendi* se encuentran los avances en el Mercosur para atender el problema carcelario que buscan penetrar en el campo concreto de las políticas públicas de derechos humanos de los Estados Parte. En razón de su complejidad, me limito a tres elementos específicos: facticidad, juridicidad y diálogo jurisdiccional.

189. Véase el resumen ejecutivo en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPPDH_Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf. También la nota de prensa de la CorteIDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf.

190. Los presidentes de la Argentina, Brasil y Uruguay reunidos hoy en la 43ª Cumbre del Mercosur, en Mendoza, oficializaron la suspensión temporal de Paraguay en el grupo, una semana después de que el ex mandatario Fernando Lugo fuera destituido en un juicio político en apenas 48 horas. Cfr. Víctor Bazán, Mercosur y democracia, Publicado en *Diario De Cuyo*, San Juan, Argentina, 4/07/2012. Sobre las distintas calificaciones a la situación de Paraguay, Cfr. Golpe al derecho internacional, Diario Río Negro, 01/07/2012. http://www1.rionegro.com.ar/blog/laria/?mode=viewid&post_id=235.

6.1. Facticidad

En el contexto latinoamericano, caracterizado por la mayor desigualdad,[191] la situación carcelaria representa un déficit democrático.[192] Como afirmó Rosa del Olmo, en la década de los 90, era llamativo el "silencio carcelario" en América Latina, siendo imperativo despertar un nuevo interés por la cuestión penitenciaria.[193] Ello me motiva a centrarme en esa constelación de casos relativos a la protección de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable, porque coincido con los aportes de CEPAL tendentes a precisar la llamada hora de la igualdad y procurar un cambio estructural que alcanza justamente la igualdad de derechos.[194]

Para el análisis empírico tomo como base el estudio sobre la situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe de Elías Carranza de 2011, en el que destaca la gravedad y sus elementos determinantes, a saber "alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos." Las dos variables principales que aborda Carranza giran en torno a la falta de espacio, generadora de la sobrepoblación y el hacinamiento; y la falta personal, que conlleva a la "anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa."[195]

Esta constelación se presenta con significativa incidencia en los países suramericanos, pues de un total de 95 casos decididos por la CorteIDH en relación a los países en estudio, 28 casos se vinculan con la situación carcelaria, además de las medidas provisionales, como lo evidencia la tabla a continuación:[196]

191. Cfr. CEPAL, Panorama social de América Latina, 2011.
192. Expresión utilizada por la ONG Cels en su obra titulada, Informe Anual 2008 – Capítulo III – La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia, pp. 1-44, Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/ documentos/carceles_ia2008.pdf, consulta: 19/05/2011.
193. Rosa del Olmo, ¿Por qué el actual silencio carcelario?, en: *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2002, p. 369 y s.
194. La CEPAL en sus obras "La Hora de la igualdad: Brechas por cerrar, caminos por abrir" de 2010 y "Cambio estructural para la igualdad: Una visión integrada del desarrollo" de 2012 establece los lineamientos prioritarios para América Latina. Disponibles en línea en su página oficial.
195. Elías Carranza, Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?, en: *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, Chile, 2012, pp. 31-66.
196. Fuente: Página oficial de la CorteIDH. Última consulta: julio 2012.

Países	Total de Casos	Casos Cárceles	Medidas provisionales
Argentina	11	4	1
Bolivia	3	1	-
Brasil	5	1	4
Chile	5	0	-
Colombia	11	1	-
Ecuador	11	5	-
Paraguay	7	1	-
Perú	26	11	2
Uruguay	2	0	-
Venezuela	14	4	6
Total	95	28	15

En cuanto a la facticidad es preciso coincidir con el análisis presentado por Víctor Abramovich conforme al cual

> es posible identificar otra nota diferencial de la práctica de la tortura de las dictaduras y las democracias. Como todas las violaciones a los derechos humanos sucedidas al amparo del terrorismo de Estado de los países del cono sur, la tortura afectaba a todas las clases sociales, pues era una herramienta de persecución política en sentido amplio – partidaria, gremial, barrial, religiosa, estudiantil, entre otra. La tortura que se padece actualmente, en cambio, es socialmente selectiva, ya que los sujetos a quienes alcanza el derecho penal y que padecen las instituciones de encierro suelen ser personas jóvenes, en general del sexo masculino, que viven en los grandes centros urbanos y que pertenecen a grupos sociales desaventajados económicamente, o racial o étnicamente minoritarios.[197]

Si tomo los datos empíricos del caso venezolano para precisar lo fáctico, se constata la vulnerabilidad de las personas privadas de libertad: el 68% proviene de los estratos IV y V, pertenecientes a sectores en pobreza relativa y pobreza extrema o crítica y un 5,7% es analfabeta.[198] El papel que debe cumplir el Estado ha sido ocupado – por vacío o sustitución – por un autogobierno penitenciario que coordina y garantiza los servicios y privilegios, los llamados "'*pranes*' [quienes ejercen el liderazgo en las prisiones], que parte de la población paga o gana a través de contraprestaciones, para sobrevivir en el medio carcelario frente al desamparo institucional".[199] El escenario venezolano muestra cifras alarmantes de la violencia carcelaria,[200] admitida por la autoridad pública estatal ante el sistema interamericano a comienzos de 2011, en tanto

197. Víctor Abramovich, Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur, en: *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 75 y ss.
198. Consejo Superior Penitenciario: Diagnóstico sociodemográfico de la población penitenciaria en la República Bolivariana de Venezuela, 2010-2011.
199. Provea: Situación de los Derechos Humanos en Venezuela. *Informe anual octubre 2009-septiembre 2010*, Provea, Caracas, 2010, p. 391.
200. Entre otros, ver los Informes del Observatorio Venezolano de Prisiones que denuncian una alta cifra de aproximadamente 400 internos que mueren anualmente en las cárceles venezolanas. Cfr. Informe sobre los derechos humanos y el debido proceso de las personas privadas de libertad, en 10 centros penitenciarios, Venezuela, 2009, OVP, Caracas, 2010, pp. 191 y 192.

es consciente de sus "debilidades en el retardo procesal, el hacinamiento en las cárceles venezolanas y el alto índice de violencia".[201] Incluso el Estado adoptó iniciativas como la elaboración de un diagnóstico sociodemográfico de la población y de un Código Orgánico Penitenciario (COP), "que fue sometido a consulta popular y sobre el cual existe un amplio consenso desde distintos sectores que hacen vida política en el país, habiendo sido aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional (AN)".[202] El mismo Estado describió la problemática como un cáncer a mediados de 2011[203] y procedió a la creación de un Ministerio para el Servicio Penitenciario (MSP).[204] La Defensoría del Pueblo, bajo el supuesto de la permanencia tras las rejas de cientos de personas que no disponen de medios financieros para cubrir una caución como medida cautelar sustitutiva de la privación de libertad, intentó un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad del articulado del Código Orgánico Procesal Penal que lo regula.[205] Tal crisis ha tenido una alta connotación en el espacio público,[206] sin alcanzar soluciones satisfactorias ni conocerse los resultados de las investigaciones para determinar las responsabilidades.[207]

Partiendo de la premisa de la dignidad humana como principio rector de los estándares de protección de las personas privadas de libertad, es un deber insistir en apuntar que los sistemas penitenciarios sí tienen cierto margen de acción en cuanto a cumplir estos estándares, aun cuando las políticas públicas penitenciarias se insertan en la política criminal y en la política social de un Estado. Conforme a la tipología propuesta por Andrew Coyle, la acción concreta estatal se orienta a "las condiciones

201. CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV *Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región*, nota al pie de página 1194.
202. Cfr. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, *Informe Anual Octubre 2010/Septiembre 2011*, Provea, Caracas, 2011, p. 365.
203. Con motivo de una de las crisis más larga en una cárcel del país (casi un mes de motín con presos armados en el establecimiento El Rodeo II, y la fuga de un grupo de reos, entre ellos los que lideraban el motín, se divulgó en los medios de comunicación que la crisis de las cárceles es como un "cáncer" que hay que sanear y lamentó que la situación penitenciaria sea "una mancha" para el proceso socialista que lidera desde hace doce años. Véase la declaración del Presidente. http://www.sandiegored.com/noticias/15308/Chavez-dice-que-el-problema-de-las-carceles-es-un-cancer/.
204. Gaceta Oficial Nº 39.721 de 26/07/2011, Decreto N. 8.266 mediante el cual se crea el Ministerio del poder popular para el servicio penitenciario (mppsp).
205. Defensoría del Pueblo. Informe anual 2011, Caracas, 2012, pp. 198 y 199. Disponible en: https://docs.google.com/viewer?url=http://www.defensoria.gob.ve/dp/phocadownload/useruploads/publicaciones/informes_anuales/DdP_Informe_Anual_2011.pdf Consulta (20/08/2012).
206. En la Casa de Reeducación y Trabajo Artesanal, conocida como cárcel de La Planta, fallecieron nueve reclusos y encontraron armas de fuego, municiones, droga. Véase nota de prensa: http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/sucesos/fotos--rastrearan-mafias-carcelarias.aspx. Ver también noticia aparecida en Argentina http://www.clarin.com/mundo/Presos-amotinados-enfrentan-carcel-venezolana_0_701930034.html, y en México(noticia aparecida en el 17/05/2012). Una cronología de los conflictos carcelarios puede encontrarse en http://www.eluniversal.com/sucesos/120820/cronologia-de-conflictos-carcelarios. Consulta: 20/08/2012.
207. Durante la 98 Asamblea Ordinaria Plenaria de la Conferencia Episcopal Venezolana se planteó el cuestionamiento del paradero de las armas de fuego incautadas en la cárcel La Planta. Cfr. Declaraciones de Monseñor Diego Padrón en julio de 2012. http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/politica/cev-pregunta-que-paso-con-las-armas-incautadas-en-.aspx.

físicas de detención; los contactos de los prisioneros con sus familiares y otras personas; el tratamiento especial que deben recibir las personas privadas de libertad en función de su situación específica (género, nacionalidad, edad, enfermedad, etc.); el personal de las prisiones y la supervisión independiente de las mismas".[208]

6.2. Juridicidad

Los diez Estados suramericanos han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 10 establece tres obligaciones principales para los Estados: i) tratar humanamente a quienes son privados de la libertad; ii) separar, tanto a los procesados de los condenados, como a los menores de los adultos; y iii) asegurar que el régimen penitenciario sea un tratamiento resocializador. Por su parte, el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que todos son Estados Partes, les impone obligaciones similares y hace énfasis en el derecho a la integridad personal que tienen las personas privadas de la libertad.

Pero el *soft law* en esta materia sirve de fundamento a los órganos jurisdiccionales para proteger este grupo vulnerable y ha evolucionado hacia una vinculatoriedad progresiva, como son el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.[209] En el ámbito interamericano, los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Resolución 1/08) contempla los lineamientos que recogen el consenso de los Estados, en particular los deberes de investigación de las situaciones irregulares, la determinación de responsabilidades individuales de los funcionarios y la adopción de medidas de no repetición. Este instrumento contempla expresamente las visitas e inspecciones periódicas institucionales a los lugares de privación de libertad.

Un rasgo esencial de la juridicidad común (*ius commune*) está dado por la ratificación de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por los diez países en cuestión y de su Protocolo Facultativo (con la excepción de Colombia y Venezuela). Sus dos pilares son el Subcomité de Prevención de la Tortura y los mecanismos nacionales, que los Estados partes se comprometen a poner en marcha. Existe una convergencia orientada a fortalecer la estrategia más efectiva en materia de prevención de la tortura: las visitas periódicas intempestivas a las instituciones de privación de la libertad de las personas. En particular, asumo una postura a favor de la superposición, pues como manifiesta Santiago Cantón,

208. Andrew Coyle, Prisiones y prisioneros: una revisión desde los estándares internacionales de derechos humanos, en: *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 17-29.
209. Asamblea General de la ONU, Resolución 43/173, de 9/12/1988; Resolución 45/111, de 14/12/1990) y Resolución 45/113, de 14/12/1990, respectivamente.

no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.[210] De especial importancia, en esta materia, es la propuesta del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH) de Mercosur, que, a fin de colaborar con los Estados, ha realizado un seguimiento de la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura, ideados por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas.[211]

Existe una total simetría entre los ordenamientos internos e internacionales, así como el *ius cogens* en rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos. Los instrumentos internacionales e interamericanos, apalancados por la iniciativa de poner en función el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur, son complementarios. Las Constituciones nacionales estipulan el derecho a la integridad personal, incluso algunos también destacan este derecho para las personas privadas de libertad.[212]

El problema de este grupo vulnerable ha sido atendido por la CorteIDH de manera reiterada desde su primera sentencia hace 15 años (Loayza Tamayo vs. Perú) y ha puesto de relieve sus líneas jurisprudenciales en la sistematización realizada a finales de la primera década del nuevo milenio.[213]

La protección que brinda la Corte a las personas privadas de libertad muestra como singularidad que no sólo se realiza por medio del sistema de casos individuales, sino que también comprende el examen de situaciones generales relacionadas con las condiciones carcelarias que develan la crisis penitenciaria que afronta la región. Así se conoce en la doctrina la bifurcación de los estándares de protección de los reclusos: por una parte, la Corte en su tarea de resolver acerca de la convencionalidad de los actos de los Estados (confrontando actos y situaciones generados en el marco nacional con las disposiciones de los tratados internacionales que le confieren competencia) dispone la responsabilidad de éste cuando figura como parte formal y material en un proceso y, por otra parte, dicta orientaciones generales esenciales para los Estados partes en la Convención en materia de los derechos humanos de los reclusos.[214]

210. Santiago Cantón, Prevención de la Tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en: *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.
211. http://ippdh.test-ar.com.ar/backend/Uploads/dirdocumento3.pdf.
212. La Constitución de Venezuela de 1999 es paradigmática, porque regula que "El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad" (Art. 43); dispone expresamente que "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Art 46.2) y estipula que le corresponde al Estado garantizar "un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos" (Art. 272).
213. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2010.
214. Cfr. Florentino Meléndez, Los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. Comentarios sobre la jurisprudencia y doctrina del sistema interamericano. Buscar 12 de noviembre del 2009 el Comisionado

Según la CorteIDH, el respeto a la dignidad humana del recluso es un elemento esencial de la democracia. Partiendo de la significación que el órgano jurisdiccional le asigna a los procedimientos de hábeas corpus y de amparo, la Corte destaca en el Caso Tibi[215] que son "garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el art. 27.2 [de la Convención] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática"[216]. La CorteIDH interpreta el Art. 5.2 de la Convención bajo el entendiendo que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal.[217]

La CorteIDH afirma que en las "instituciones totales", donde la libertad de la persona se halla de jure y de facto suprimida – o radicalmente coartada –, es particularmente intenso el deber de garante a cargo del Estado (deber que comprende, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía) y tiene su fundamento en el respeto de la dignidad humana[218]. El respeto a la dignidad humana se erige como principio rector en materia de la protección de personas privadas de libertad y la Corte da una amplia cobertura a la obligación que el Estado tiene de garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal en función de su papel como responsable de los establecimientos de detención, por lo que "es el garante de estos derechos de los detenidos".[219] Existe una especial relación e interacción de sujeción entre el interno y el Estado, lo que implica responsabilidades particulares y toma de iniciativas para garantizar condiciones de vida digna.[220] Las condiciones de detención deben ser compatibles con la dignidad humana.[221] La prohibición de cualquier lesión sufrimiento, daño a la salud o perjuicio que sufra la persona privada de libertad conforme al Art. 5.2 CADH se complementa con la finalidad esencial de reforma y readaptación reconocida a la pena privativa de libertad por el Art. 5.6 *ejusdem*.[222]

Florentín Meléndez rindió al Consejo de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA un detallado informe de sus cinco años de gestión como Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad.

215. CorteIDH Caso Tibi *vs*. Ecuador, párr. 128.

216. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías. Serie A. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30/01/1987, párr. 42; y cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 8, párr. 97; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16/08/2000. Serie C N. 68, párr. 106; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6/10/1987. Serie A No. 9. párr. 33.

217. Neira Alegría, párr. 60; Lori Berenson Mejía *vs*. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N.. 119, párr. 102; Tibi, párr. 150; Cantoral Benavides, párr. 87; Bulacio, párr. 126; Durand y Ugarte, párr. 78; Castillo Petruzzi, párr. 195; "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 151; De la Cruz Flores, párr. 124.

218. Cfr. CorteIDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs*. Venezuela, Sentencia 5 de julio de 2006, Serie C N° 150; CorteIDH, "Instituto de Reeducación del Menor" *vs*. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112, párrafo 153.

219. Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16/08/2000. Serie C No. 68, párr. 78 y Caso Neira Alegría y otros, supra nota 14, párr. 60; caso Cantoral Benavides, párr. 87.

220. "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 153.

221. Caso Neira Alegría *vs*. Perú, Parr. 60.

222. Lori Berenson Mejía, párr. 101. Igualmente, García Asto y Ramírez Rojas, párr. 223; y Penal Miguel Castro Castro, párr. 314.

Para preservar la legalidad democrática la CorteIDH interpreta como formando parte del núcleo inderogable el derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, que además no es susceptible de suspensión en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte.[223] La Corte otorga la máxima cobertura a la protección de la dignidad humana al señalar que ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.[224] Concibe la tortura a los reclusos como violación de un valor básico de la sociedad democrática. Durante ya 15 años,[225] la Corte viene definiendo el alcance de la tortura y se ha referido a la necesidad de graduar las violaciones a la integridad personal. En cuanto a la definición se basa en la definición que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece se está frente a tortura cuando el maltrato es: (i) intencional; (ii) cause severos sufrimientos físicos o mentales y, (iii) se cometa con un fin o propósito, destacando que la intensidad de la afectación – y su consiguiente calificación como tortura, o bien como tratos crueles, inhumanos o degradantes – depende de diversos factores endógenos y exógenos.[226]

6.3. Diálogo jurisdiccional

El último elemento que me interesa destacar es la convergencia de estándares en la protección de las personas privadas de libertad y su impacto en el ámbito doméstico. Emblemática es la labor tuitiva de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) a favor de este grupo vulnerable en atención a los estándares desarrollados a nivel global e interamericano.[227] En la Sentencia T-153/98 declaró el "estado de cosas inconstitucional" en los establecimientos carcelarios, por la grave situación de hacinamiento en las cárceles, ordenando, entre otros, la elaboración y ejecución de un plan de construcción y refacción de cárceles, la separación de procesados y condenados, la adecuación del Presupuesto General de la Nación para la ejecución del plan y la vigilancia continua de la situación por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría.

El diálogo entre el órgano supranacional y la CCC ha sido sistematizado con una selección de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre la situación en la que viven las personas privadas de libertad, los derechos que deben serles garantizados y las obligaciones estatales "en respuesta a la continuada y generalizada crisis de los sistemas penitenciarios y carcelarios", en un esfuerzo conjunto entre la Oficina en

223. Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs*. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/07/2006. Serie C No. 150, párr. 85; Penal Miguel Castro Castro, párr. 274; Ximenes Lopes, párr. 126, "Instituto de Reeducación", párr. 157.
224. Caso Durand Ugarte párr. 69.
225. CorteIDH, Caso Loayza Tamayo *vs*. Perú. Sentencia de 17/09/1997. Serie C N° 33, párr. 57.
226. Caso Bueno Alvez y Familia Barrios.
227. Cfr. Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán, Las cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un estado de cosas inconstitucionales, en: III Simposio internacional penitenciario y de derechos humanos, Juan David Posada Segura (ed.), Medellín, 2010, p. 161 y ss.

Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Europea.[228] A los fines de este trabajo sólo resalto algunas líneas jurisprudenciales. Tal como lo interpreta la CorteIDH en cuanto a la atención de los grupos estructuralmente marginados, la CCC en la sentencia T-296 de 1998 adopta igual postura y deja sentado que el juez de tutela, como autoridad constitucional, está "obligada a asumir la vocería de las minorías olvidadas", y emplea precisamente como título "juez constitucional-Asunción vocería de minorías olvidadas". En la sentencia T-851 de 2004 se consideró que ciertos derechos de los reclusos no están sujetos a limitaciones legítimas, tales como la vida, la integridad personal y la salud. En su Sentencia T-439/06 se pronuncia sobre el derecho de petición, el derecho al deporte, la recreación y la cultura, y el derecho a la integridad de los reclusos y ordena al Estado medidas positivas (crear un libro de registro de peticiones, la creación de una oficina jurídica con personal especializado encargado de tramitar peticiones, la utilización inmediata y la reglamentación de las canchas deportivas y el gimnasio, la elaboración de un programa de actividades recreativas, deportivas y culturales, entre otras). La sentencia T-322/07 parte de los estándares establecidos en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y la CCC insiste en la separación de sindicados y condenados, el trámite de beneficios administrativos, la seguridad de establecimientos carcelarios y las condiciones de higiene.

La CCC destaca las normas internacionales de derechos humanos, tanto en el sistema universal de protección, como el sistema interamericano de protección, que consagran la dignidad de toda persona privada de la libertad, como uno de los derechos humanos expresamente reconocidos. La CCC, en su reciente jurisprudencia (por ejemplo la sentencia T-690 de 2010), a partir de admitir la relación de sujeción especial en que se encuentran las personas privadas de libertad frente al Estado (como lo hace la CorteIDH), advierte sobre una categorización de los deberes especiales de protección que el Estado tiene, se trate de derechos suspendidos, intangibles o limitables.

Un fallo histórico lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), el 3 de mayo de 2005 (V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus) al establecer estándares mínimos sobre condiciones de detención y prisión preventiva en comisarías y cárceles. Emblemático ha sido esta causa, iniciada por la ONG CELS en 2001 mediante un habeas corpus colectivo, por cuanto el máximo tribunal obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores de Buenos Aires a revisar las medidas de privación de la libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria, modificando el criterio negativo precedente sostenido por los tribunales

228. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Personas privadas de libertad. jurisprudencia y doctrina, Bogotá, 2006. Con la cofinanciación de la Unión Europea. Disponible en: http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/compilacion%20doctrina%20carceles/JurisprudenciaCarceles.pdf.

provinciales de mayor jerarquía. La propia CorteIDH, en su Resolución del 18 de junio de 2005 sobre medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina, en diálogo con la CSJN, destaca la necesidad de "disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires)…"

Tomo como base la opinión crítica de González-Salzberg que questiona los vaivenes de la postura de la CSJN Argentina en lo concerniente a la vinculatoriedad de las decisiones de la CorteIDH, en particular respecto al caso Bulacio y al caso Bueno Alves (en Espósito subordina el contenido de sus decisiones a lo resuelto por la CorteIDH, dado el carácter "obligatorio" de las sentencias de este órgano supranacional, mientras en Derecho, René Jesús al principio no adoptó el criterio de la CorteIDH), en el tema carcelario sí se constata una total convergencia desde el asunto de las medidas provisionales de "Penitenciarías de Mendoza" (CorteIDH, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 2004, 2005, 2006). La intervención de la CSJN se ha orientado a requerir a los gobiernos nacional y provincial que "le informaran acerca de las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a los requerimientos de la CorteIDH" (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006c), asimismo intimó al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas adecuadas para proteger la vida, la salud, y la integridad personal de todos los internos en un plazo determinado y ha decidido que el poder judicial de la provincia que se dispusiera el cese de toda providencia dictada que pudiera implicar una violación de los derechos humanos de los detenidos (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007c).[229]

Una tercera referencia dialógica (implícita) me conduce a la reciente decisión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil concerniente a la prisión preventiva en container. De acuerdo al fallo, esta prisión preventiva contraviene los principios y normas constitucionales e infraconstitucionales, pues usar container como celdas es inadecuado e ilegítimo, se viola la garantía de la dignidad de la persona humana así como otros principios garantistas, entre ellos la presunción de inocencia el respeto a la integridad personal de los presos, la necesaria ejecución de la pena en armonía con la integración social del condenado y del internado (sometido a juicio). Se constata que este tipo de prisión es inhumana y deshonra, para afirmar que "no se combate la violencia del crimen con la violencia de la prisión". El STJ acordó el *habeas corpus*, sustituyendo la prisión en container con prisión domiciliaria y extendió la medida acordada a todas las mujeres y hombres que estén detenidos en las mismas condiciones.

229. Damián A. González-Salzberg, La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación, en: *Sur*, vol. 8, Nº 15, 2011, pp. 117-135, p. 128 y ss.

(HC 142.513/ES, Rel. Ministro Nilson Naves, sexta turma, juzgado 23/03/2010, DJe 10/05/2010).

Brasil es actualmente escenario de un intenso debate en cuanto al tema de la tortura y las condiciones de los establecimientos penitenciarios. Conectas Direitos Humanos, como ONG activa en el seguimiento de la situación carcelaria en ese país, ha reiterado los resultados contenidos en el Informe de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) que revela, tras una serie de visitas a los centros de detención en septiembre de 2011, que el marco jurídico brasileño sobre la tortura es adecuado, pero no se aplica.[230] De allí la importancia de la propuesta del Instituto de Políticas Públicas de derechos Humanos del Mercosur destinada a favorecer el cumplimiento estricto de los estándares internacionales e interamericanos, de modo convergente y progresivo, gracias a la propia permeabilidad del texto constitucional brasileño.

Al diálogo en materia de protección a las personas privadas de libertad le acompañan también paradojas, como se hace patente con la reacción del Estado venezolano ante la reciente sentencia de la CorteIDH, de junio de 2012, en el caso Díaz Peña.[231] En esencia, la CorteIDH confirma su jurisprudencia tuitiva respecto al detenido, al señor Raúl José Díaz Peña, quien permaneció en

> condiciones de detención sumamente deficientes, en particular, por la falta de acceso a la luz y ventilación natural, y las salidas restringidas al aire libre, durante más de seis años, así como el encierro en las noches y con éste las restricciones de acceder al único baño disponible para diez celdas individuales, por más de tres años. Asimismo, encontró probado que el señor Díaz Peña sufrió un serio deterioro progresivo en su salud. Ordenó una vez más que el Estado adopte las medidas necesarias para que las condiciones de detención "se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia, *inter alia*: (i) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; (ii) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; (iii) alimentación de buena calidad, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de la salud y fuerza de la persona privada de libertad; y (iv) atención en salud necesaria, adecuada, digna y oportuna (...)".

La Corte consideró "que las condiciones de detención del señor Díaz Peña no cumplieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno y en consecuencia constituyeron en su conjunto tratos inhumanos y degradantes violatorios de

230. Cfr. Página oficial de Conectas. http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pede-mudancas-no-projeto-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura. Última actualización 03/08/2012.

231. En Venezuela, particularmente en la Plaza Francia de Altamira de Caracas, se realizaron distintas protestas entre octubre de 2002 y parte del año 2003. El 25/02/2003 estallaron dos artefactos explosivos en el Consulado General de la República de Colombia y en la Oficina de Comercio Internacional del Reino de España, situados en Caracas, y Raúl José Díaz Peña fue detenido por su presunta responsabilidad en los mismos. Véase CorteIDH, Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/06/2012, Serie C, Nº 244.

lo dispuesto en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Díaz Peña",[232] pero en el caso, el Estado había alegado en su defensa que se habrían garantizado los derechos fundamentales de los procesados o penados recluidos en ese centro, con la absoluta observancia de las condiciones de salubridad e higiene y que tratamientos médicos pertinentes se habían cumplido.[233] La decisión del órgano supranacional en el caso Díaz Peña provocó una reacción negativa por parte del Ejecutivo, que se reseñó ampliamente en los medios de comunicación, debido a que se anunciaba el "retiro de Venezuela de la Corte"[234] (*sic*) y se argüía que se "protege[n]n a terroristas y a corruptos como Raúl Díaz Peña".[235]

Sin embargo, la reacción del Estado venezolano contradice no sólo el régimen garantista de la Carta Magna de 1999, sino también la praxis del Estado venezolano en un caso anterior relativo a violaciones de los derechos de las personas privadas de libertad, como fue la postura demás, en el caso Retén de Catia.[236] En esa ocasión, el Estado venezolano, en la audiencia pública llevada a cabo en Buenos Aires el 4 de abril de 2006, "reconoció su responsabilidad internacional por los hechos, y se allanó a las pretensiones expuestas por la Comisión Interamericana en su demanda y por los representantes."[237] Se trata de una ruptura de la tradición venezolana,[238] por cuanto

232. CorteIDH, Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/06/2012, Serie C, Nº 244, párr. 141.
233. CorteIDH, Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/06/2012, Serie C, Nº 244, párr. 133 y 134.
234. Conforme a las declaraciones recogidas en los medios en distintos países de la región, "Venezuela se retira de la Corte por dignidad y la acusamos ante el mundo de ser indigna de llevar ese nombre", Cfr. Venezuela, http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/118006/venezuela-rechaza-fallo-de-la-cidh-en-caso-diaz-pena-refleja-complicidad-con-ee-uu-para-proteger-terroristas/; Perú, http://www.elperuano.pe/edicion/noticia-chavez-anuncia-retiro-venezuela-corte-idh-46337.aspx; Chile, http://www.24horas.cl/internacional/venezuela-anuncia-que-se-retirara-de-la-comision-interamericana-de-ddhh-236378; México, http://www.jornada.unam.mx/2012/07/25/mundo/025n2mun; Cuba, http://www.radiohc.cu/noticias/internacionales/19681-anuncia-chavez-retiro-de-venezuela-de-corte-interamericana-de-ddhh.html.
235. Véase declaración en el canal Telesur. http://www.telesurtv.net/articulos/2012/08/01/presidente-venezolano-asegura-que-organismos-como-la-cidh-deben-desaparecer-4102.html.
236. La demanda versó sobre la ejecución extrajudicial de 37 reclusos del Retén de Catia, ubicado en la ciudad de Caracas, Venezuela, la madrugada del 27/11/1992, hechos ocurridos después de un segundo intento de golpe militar en Venezuela, que originaron una agitación al interior del retén, y los funcionarios de custodia interna, más policías y militares, intervinieron masivamente, con uso desproporcionado de la fuerza y disparando indiscriminadamente a la población reclusa. CorteIDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05/07/2006, Serie C, Nº 150.
237. CorteIDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/07/2006. Serie C No. 150, párr. 26.
238. Venezuela reconoció su responsabilidad internacional en el caso El Amparo y en el caso del Caracazo. En el caso El Amparo, trata, en lo esencial, de la violación del derecho a la vida de 14 personas y agravios a 2 sobrevivientes. Efectivos militares y policiales, en un operativo militar, dieron muerte a 14 de los 16 pescadores residentes del pueblo 'El Amparo' que se dirigían en una embarcación por el río Arauca y llegaron al lugar del operativo. Caso CorteIDH. Caso El Amparo *vs.* Venezuela. Fondo. Sentencia de 18/01/1995, Serie C, Nº 19, párr. 19. En el Caracazo, se produjeron 44 víctimas (entre los cuales, 35 personas muertas y 2 desaparecidas) con motivo de los sucesos ocurridos en la ciudad de Caracas, los meses de febrero y marzo de 1989. En la audiencia pública, celebrada en la Corte el 10/11/1999, el Estado reconoció los hechos, aceptó

fue uno de los países pioneros en acudir a la figura jurídica de la solución amistosa en base al "allanamiento" del Estado.[239]

Venezuela debía cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana.[240] No obstante, la justicia constitucional no adoptó una posición dialógica con la CorteIDH, sino al contrario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró las sentencias de los casos Apitz y López como inejecutables y solicitó al Ejecutivo denunciar la Convención Americana alegando una evidente usurpación de funciones de la CorteIDH.[241]

He confirmado mi tesis de la configración de un *ius commune*, no lineal, sino con oscilaciones y hasta retrocesos, a la luz de la protección de las personas privadas de libertad como grupo vulnerable. Por ello, la última palabra, en consonancia con la afirmación de Víctor Abramovich, la dedico a resaltar que el "daño institucional de aplicar una mala decisión de la Corte Interamericana es sensiblemente menor al de incumplir con la decisión, pues ello implicaría cuestionar el mandato constitucional de reconocer el valor obligatorio de las sentencias del tribunal interamericano."[242]

La noción de la doble estatalidad abierta, plasmada en las Cartas Magnas suramericanas, más allá de permitir, obligan a incorporar las normas, principios y estándares generados en la interamericanización y mercosurización, en sus distintas velocidades, en el marco del "mestizaje jurídico" o nuevo paradigma del pluralismo normativo. Si el futuro de la efectiva protección de los derechos humanos en el contexto global está condicionado a los mecanismos nacionales de implementación (Antonio Cançado Trindade),[243]el desafío está en el desarrollo del control difuso de convencionalidad y yo agregaría, en interacción con la aplicación del derecho mercosureño. Hay que

las consecuencias jurídicas que derivan de los hechos y reconoció su responsabilidad internacional (se allanó). CorteIDH. Caso del Caracazo *vs*. Venezuela. Fondo. Sentencia de 11/11/1999, Serie C, Nº 58, párr. 37.

239. Sobre un análisis de los seis primeros casos de solución amistosa, Cfr. Hernán Salgado Pesantes, La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. Memoria del Seminario, 2. ed., México, 2003, p. 97.

240. CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 marzo 2011, punto 837.

241. Sentencia del TSJ N° 1939 de 18/12/2008 declaró inejecutable la sentencia de la CorteIDH en el Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs*. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/08/2008, Serie C, Nº 182. Las críticas a esta denominada inejecutibilidad se han expresado en la doctrina. Carlos Ayala Corao, La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009), en La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina, Tomo II, A. von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (Coord.), México, 2010, pp. 85-157. En fecha 17/10/2011, la Sala Constitucional del TSJ declaró inejecutable el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 01/09/2001, sobre el caso López Mendoza (CorteIDH. Caso López Mendoza *vs*. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 01/09/2011, Serie C, N. 233).

242. Víctor Abramovich, Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. La experiencia de una década, Buenos Aires, 2007.

243. Antônio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2. ed., revisada y actualizada, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR, San José de Costa Rica, 2004, p. 91.

concluir, como advierte Eduardo Ferrer Mac Gregor, que la construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" representará "el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas."[244]

244. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México de 26/11/2010.

9

De la internacionalización del diálogo entre los jueces

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN*

Aclaratoria. 1. El diálogo concertado. 1.1. El diálogo integrado. 1.2. El diálogo convencional. 2. El diálogo desenfrenado. 2.1. Las manifestaciones del diálogo. 2.2. Los sentidos del diálogo. 2.2.1. El ideal sistémico. 2.2.2 El ideal humanista.

Aclaratoria

El presente trabajo está redactado en forma de Misiva doctrinal dirigida a Bruno Genevois, a quien permítaseme llamarle "Estimado Presidente", por haber sido Presidente de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado de Francia y al que está destinado este diálogo.

"Estimado Presidente",

¿Cuántas veces he faltado a mi deber de coger la pluma y, con inspirada y ágil mano, contestar a sus cartas que, cada vez que me llegaban, marcaban el inicio de una efervescente curiosidad intelectual por descubrir su sustancial contenido. Así es, al envío de tiradas aparte acostumbraba usted responder a mano – como a otros colegas míos – para hacerme partícipe de sus observaciones sobre el art. que yo le había mandado conforme a los usos y costumbres de nuestro "mundillo" académico. Y a tomarse el tiempo de entablar una conversación científica epistolar; un "diálogo", mejor dicho, en el que a veces refutaba – apoyándose en argumentos fulminantes – tal o cual aserción que consideraba algo intempestiva; y otras veces saludaba algún análisis conforme a sus convicciones.

* Profesora de Derecho Publico en la Universidad de París I – Panthéon – Sorbonne, Vice-directora del *Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne* (IREDIES). Profesora de Programas de Pos-Grado en varias Universidades Europeas y latino-americanas. Jueza del Tribunal Constitucional de Andorra desde enero de 2012.

Amén de haber sido el que vulgarizó en Francia la expresión "diálogo entre los jueces" – a cual esperaba que se impusiera en lugar de la de "guerra entre los jueces"[1] – fue usted el defensor en el Consejo de Estado de Francia de un diálogo constante sin ser omnipresente, abierto sin ser complaciente, crítico sin ser despreciativo, elogioso (a veces) sin ser adulador, con numerosos representantes de las diferentes generaciones que componen el mundo académico galo. Una apertura de espíritu tanto más señalada y señalable que los códigos de nuestras respectivas instituciones que, en tiempos pasados, fueron marcados por numerosas manifestaciones de una reserva poco propensa a una recíproca empatía institucional. Me es muy grato aprovechar esta ocasión para rendir homenaje a su apertura de espíritu. Ésta se ha manifestado tanto hacia las ideas venidas de fuera – las que no germinaron en el Palais Royal[2] – como hacia los "derechos venidos de fuera", considerados por el autor de la fórmula, el decano Jean Carbonnier, como destructores[3] – tal y como aún hoy algunos catedráticos obcecados siguen pensando y enseñando de manera "fragmentada"... Sin embargo, en la actualidad, ceñirse a una visión nacional del derecho – que puede lindar con una visión nacionalista de éste – es un sinsentido. El tiempo del "mundo acabado" es una realidad que Paul Valéry recalcaba ya en 1919. Hoy en día se hablaría de "mundo globalizado". El concepto es en realidad idéntico. La globalización induce una internacionalización de los sistemas y de los comportamientos judiciales nacionales y no una "nacionalización" del derecho y de los procedimientos judiciales internacionales, lo cual remite a otro tiempo: un tiempo remoto.[4]

Le concedo que el vocablo "internacionalización" es polisémico y que debo explicitarle el sentido que pretendo aquí conferirle. A todas luces el vocablo no tendrá el mismo significado para el constitucionalista – el cual ya no puede hoy ignorar el fenómeno de internacionalización de las constituciones nacionales que se combina, en Europa, con un proceso de "europeización" – y el internacionalista que analiza el régimen jurídico de espacios particulares – como ciudades o territorios – bajo

1. Este aspecto es recordado con frecuencia en Francia por quienes, en doctrina, se interesan por esta problemática. Estoy convencida de que lo mismo harán muchos de los que participan en este libro. Cómo privarme del placer de mencionar aquí esta fórmula suya que se ha vuelto un "clásico" de la doctrina: "a escala de la Comunidad Europea, no debe haber ni gobierno de los jueces ni guerra entre los jueces. Tiene que haber cabida para el diálogo entre los jueces". Se trata de un extracto de sus famosas conclusiones expresadas en el Caso Cohn-Bendit del 22/12/1978, D., 1979, pp.155-161, ver p. 161.
2. Sede del Consejo de Estado de Francia.
3. La fórmula está sacada del destacado ensayo del decano Jean Carbonnier. *Derecho y pasión del derecho en la V República*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p. Si la pluma era ágil y la crítica mordaz, algunas teorías no dejaban de ser criticables. Su diatriba contra el "modo de producción del derecho" (que fustigaba el derecho comunitario y el derecho convencional), así como, de manera transversal, su análisis sobre "la pulverización del derecho por los derechos subjetivos" no los comparto en absoluto (pp.44 y 121). Sin embargo, el ensayo no deja de ser un clásico por la riqueza de las ideas que propaga y la calidad del estilo, siempre contundente.
4. Pensamos aquí de inmediato en los análisis brillantes de Prosper WEIL que, en homenaje a Louis Trotabas – hace ya casi 38 años (!) – identificaba tres ramas (el derecho de las comunidades europeas, el de la función pública internacional y el derecho contencioso de los tribunales administrativos nacionales) que habían permitido al derecho administrativo francés ser "exportado" al ámbito internacional, ver "Droit international public et droit administratif", Mélanges offerts à Louis Trotabas, Paris, LGDJ, 1970, pp. 511-528.

administración internacional,[5] concepciones epistemológicas distintas que no impiden encuentros analíticos fructuosos.[6]

En el marco de este estudio, la internacionalización del diálogo entre los jueces se entiende como la manifestación de la liberalización territorial del diálogo.[7] El juez – está y seguirá siempre ligado a un territorio (para el juez interno) así como a procedimientos judiciales e in fine a un sistema de normas específicas (para los jueces internos e internacionales) – es llevado a abrirse a otros jueces ligados a otros universos sistemáticos. Esta noción de "apertura", lo admito sin ambages, no tiene nada de jurídico. No obstante, ésta permite abarcar el amplio abanico de manifestaciones tanto de la internacionalización como tal como del diálogo judicial que se entabla en un espacio en el que las fronteras territoriales, pero también las culturales, lingüísticas, y de la sociedad se alejan cada vez un poco más. No dudo de que mis apreciaciones sobre este fenómeno susciten por su parte oposiciones o incluso (tal vez) reprobaciones, y también (eso espero) consentimiento y puntos de acuerdo. Dicho de otro modo, estarán presentes todos los ingredientes para que el diálogo que entablamos gracias a su constancia epistolar pueda proseguir. No es inútil recordar que un "diálogo" – cuyo nombre tiene sus raíces en el vocablo latino dialogus que remite a una "conversación filosófica a la manera de los diálogos de Platón"[8] – es ante todo un intercambio de ideas, una discusión, una "conversación entre dos o más personas"[9]. De este modo, y al contrario de una idea preconcebida, induce tanto la oposición, la contradicción o incluso la discordia, como el acuerdo y la concordia; sobretodo, puede llevarse a cabo entre más de dos jueces distintos: el diálogo puede ser tri o incluso multidimensional. El diálogo no tiene porqué manifestarse exclusivamente en el marco de un duo jurisdiccional. Puede nutrirse de múltiples interacciones entre más de dos jueces. Me he visto obligada, estimado Presidente, a pasar por este pequeño

5. Hojeando el Dictionnaire de droit international public publicado bajo la dirección de Jean Salmon en la Editorial Bruylant en 2001, encontrará otras cinco acepciones del concepto de "internacionalización" en el sentido del derecho internacional, ver pp. 600 y 601.

6. Estoy aquí pensando en las reflexiones de Nicolas Maziau que, como constitucionalista y gracias a sus funciones en Bosnia-Herzegovina, observó de cerca algunos fenómenos característicos de "internacionalización", ver "L'internationalisation du pouvoir constituant: essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste", RGDIP, 2002-3, pp.549-579; "La Bosnie-Herzégovine en devenir douze ans après Dayton. Changements attendus et perspectives". Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Paris, Dalloz, 2007, pp.837-856.

7. Del mismo modo que el derecho sale de sus fronteras nacionales – lo que es para Mireille Delmas-Marty la marca de "la internacionalización del derecho", el diálogo hace lo mismo. Le indico a este respecto su lección inaugural en el Collège de France, Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit, Paris, Fayard, 2003, 57p., ver p.13.

8. Es lo que recuerda el Dictionnaire historique de la langue française publicado bajo la dirección de Alain Rey. Se encuentran en la entrada "Dialogue" los siguientes elementos: primero dialoge (hacia 1200), viene del vocablo latino dialogus "conversación filosófica a la manera de los diálogos de Platón", préstamo del griego dialogos "conversación, discusión", término utilizado primero por los filósofos (Aristóteles y Platón) y derivado de dialegein "discutir".

9. Esta última fórmula es el primer sentido especificado por el Diccionario Littré: "(lat. dialogus), conversación entre dos o más personas".

ejercicio de esclarecimiento semántico de su "fórmula". No que fuera "oscura" cuando usted la usara en el contexto muy particular de la integración comunitaria europea (volveré sobre ello). Sin embargo, ha recibido tantos ecos doctrinales que la han hecho difícil de captar, lo que es, sin duda alguna y paradójicamente, el precio a pagar por un éxito fulgurante. ¿Cuántos coloquios, libros, artigos, la utilizan (pero muy a menudo con sentidos diferentes), por lo emblemática que es de una nueva configuración de las relaciones entre las instituciones encargadas de administrar justicia? Desde luego, ¿pero de qué configuración y de qué instituciones se trata precisamente? En efecto, partiendo del postulado de que el diálogo induce a la vez oposición-desacuerdo y acuerdo-concordia, quedan por identificar los contextos en los que las manifestaciones de las discusiones judiciales nacen y se desarrollan.

No dudo de que esté usted de acuerdo conmigo en que la eclosión internacional del "trato entre los jueces"[10] es un fenómeno fascinante y considerable desde que el derecho internacional se ha caracterizado por un brote jurisdiccional notable.[11] A la era de la centralización judicial encarnada por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia ha seguido la de la descentralización del poder de juzgar a escala internacional. De ahí que el "diálogo entre los jueces" cobrara un cariz muy singular. Sin aplicarme a una sistematización de la cuestión (imposible en las pocas líneas de esta misiva), me parece que dos tipos de contextos permiten la emergencia y el desarrollo de intercambios de ideas entre los jueces.

El primer tipo de diálogo se inserta en el "sistema" jurídico – más o menos sofisticado – y cobra la apariencia de la verticalidad en la medida en que se materializa entre un juez internacional y un juez interno. En este caso, un conjunto de obligaciones procesales específicas que derivan de los sistemas internacionales que dominan los ordenamientos jurídicos internos va a obligar a los jueces – ubicados en ambas orillas del espacio jurídico, la orilla nacional y la orilla supranacional – a conversar. El segundo tipo de diálogo se inserta en un espacio mucho más abierto en la medida en que en ningún momento está ligado a un sistema específico. En este caso, jueces de diversos orígenes entablan conversaciones judiciales sobre la base de una apertura espontánea al mundo de la justicia en su globalidad internacional. La improvisación

10. Esta bonita fórmula, "le commerce des juges", es de Antoine Garapon y Julie Allard que, con gran destreza analítica, se han interesado, a su manera, por el lugar ocupado por el juez en la globalización, ver *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris: Editions du Seuil et La République des idées, 2005, 96 p.

11. Encontrará en las actas del coloquio de Lille de la Société française pour le droit international comunicaciones que reflejan las numerosas interrogaciones que derivan de la multiplicación de las jurisdicciones internacionales v. La juridictionnalisation du droit international, Paris, Pedone, 2003, 545p. En el seno de la comunidad de internacionalistas sigue el debate sobre las consecuencias de tal fenómeno: algunos temen una "fragmentación" del derecho internacional que desemboque en una "sectorialización"; mientras que otros ven la manifestación de una legitimidad renovada. Esto condujo la famosa Comisión para el derecho internacional a adoptar en su 58a sesión las Conclusiones del Grupo de estudio La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Annuaire de la Commission du droit international, 2006, Vol. II (2).

epistolar judicial es lo acostumbrado, aunque esconde en realidad múltiples intereses. Estos jueces conversan cualquiera que sea su sistema de vinculación (internacional o nacional) y su especialidad (resolución de los litigios interestatales o de los litigios comerciales, sanción de los crímenes internacionales, declaración de las violaciones de los derechos humanos, control de constitucionalidad, control de la acción administrativa, control de las conductas de los particulares, etc…). En ambos casos – que el diálogo sea concertado (1) o desenfrenado (2) –, estas conversaciones judiciales se materializan concretamente de modo idéntico. Es el intercambio de referencias a decisiones judiciales "externas" (nacionales e/o internacionales) lo que marca el diálogo judicial. Sin embargo, veremos que si la materialización de este diálogo cobra la misma apariencia referencial, no tienen en absoluto el mismo sentido.

Al finalizar la lectura de estas líneas de introducción, mi mayor deseo es que usted haya entendido que no pude resistir a la tentación (incontestablemente tan dulce) de homenajearle escribiendo una misiva doctrinal con múltiples símbolos. Ésta encarna tanto su participación personal en el diálogo entre los jueces como la que usted entabló con la doctrina. Además, al someter a su deslumbrante sagacidad intelectual estas ideas sobre el fenómeno de la "internacionalización" del diálogo entre los jueces, persigo también y ante todo la continuidad de nuestra propia correspondencia sobre las múltiples interacciones entre jurisdicciones.

1. El diálogo concertado

Quien como usted abogó por el diálogo en el espacio muy particular de la integración comunitaria europea, no podrá sino adherir a la idea de que el rechazo a priori de lo que "viene de fuera" no tiene sentido. Si el bullicioso "Dany el Rojo" fue una de las figuras emblemáticas de una juventud en busca de libertad en mayo del 68, ha dejado sobre todo su nombre en los anales judiciales del derecho administrativo para la comunidad de juristas franceses. El caso Cohn-Bendit ocupa un lugar preferente entre los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa,[12] clásico entre los clásicos del derecho público en el cual todos los estudiantes apasionados por el derecho pasan y pasarán felices momentos descubriendo los arcanos de la evolución jurisprudencial administrativa. Este caso le dio a usted la oportunidad, como Comisario del gobierno[13], de expresarse en el marco de un litigio en el que resplandecía con toda su fuerza el derecho comunitario europeo y en el que fue planteada por el Tribunal administrativo de París la cuestión prejudicial. Sabemos hasta qué punto este diálogo organizado, más aún, concertado entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de justicia es vital para el desarrollo del proceso de integración europea. Este

12. Cómo no resaltar aquí que este libro fue para mí una revelación en segundo año de derecho; levantó definitivamente mi entusiasmo por el derecho público.
13. CE, Ass., 22/12/1978, Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit, Rec. 524, concl. B. Genevois, Dalloz, 1979, p. 155.

diálogo integrado (1.1) – que se establece y se lleva a cabo en una especie de verticalidad desprovista de jerarquía, al menos en teoría – es el cimiento de la cooperación jurisdiccional indispensable para el desarrollo de una integración armoniosa impregnada de interpretación y de aplicación uniformes del derecho comunitario. Ahora bien, hoy en día este tipo de diálogo ya no es exclusividad del continente europeo. Al ser múltiple el proceso de integración, ha prosperado con variantes específicas en Latinoamérica y en África para gran satisfacción de los comparatistas del fenómeno integrativo. A fin de cuentas otro aspecto de la internacionalización. La liberalización "territorial" se vuelve aquí liberalización "continental". Nacido en el continente europeo, el diálogo integrado se ha exportado porque el mimetismo institucional ha repercutido infaliblemente en el fenómeno jurisdiccional.

Al lado de este diálogo integrado, está el que se desarrolla en el universo muy particular de las convenciones de protección de los derechos humanos. A priori, resulta menos estructurado visto que no está reglamentado por ninguna disposición equivalente al art. 234 TCE (nuevo art. 267 TFUE). Sin embargo viene inducido por la subsidiariedad de los mecanismos de garantía colectiva que asciende al juez nacional a "juez convencional de derecho común" para retomar una fórmula famosa del léxico del derecho comunitario. A pesar de que no se haya institucionalizado el "trato" judicial, éste vive con fuerza y tiene como consecuencia que se hayan metamorfoseado todas las ramas de los derechos internos de tal modo que los jueces se vuelven el motor de los cambios normativos e incluso de los cambios de sociedad de los Estados Partes en las Convenciones de protección. Este diálogo convencional (1.2), ampliamente conocido y analizado en Europa, también ha rebasado las fronteras del "Viejo continente". Se está desarrollando hoy igualmente en el Hemisferio Sur entre los jueces de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alter ego demasiado ignorado por la Corte de Estrasburgo. No tardará en desarrollarse en el continente africano en cuanto los recursos ante la Corte africana de derechos humanos y de los pueblos sean efectivos.[14]

1.1. El diálogo integrado

Se trata, en el abanico de manifestaciones del diálogo entre los jueces, de la figura más completa en el sentido en que está enmarcada y organizada – dicho de otro modo,

14. La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue creada por el Protocolo de "Ouagadougou", dicho protocolo relativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consagra la creación de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Firmado en ocasión de la 34ª sesión de la OUA en Ouagadougou en Burkina-Faso el 8 y 10/06/1998, entraba en vigor el 25/01/2004. La Corte se implantó en Arusha en Tanzania tras la elección de sus once jueces. Actualmente, está en espera de conocer sus primeros casos. Al ser abundantes los escritos al respecto, me limito a citar algunas publicaciones recientes, ver A. Pieter Van Der Mei, "The New African Court on Human and People's Rights: Towards an effective Human Rights Protection Mechanism for Africa?", Leiden Journal of International Law, 18, 2005, pp.113-129; F. Ouguergouz, "La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation universelle", AFDI, 2006, pp.213-240.

institucionalizada – por una disposición específica de un tratado internacional: el famoso art. 234 del tratado que instituye la Comunidad Europea.[15] La orquestación procesal es en este caso magistral hasta el punto de imponer al juez nacional quién en último recurso someterá la cuestión al Tribunal de Justicia.[16] En teoría, esta obligación excluye el diálogo, que es un momento en el que se manifiesta infaliblemente una parte de la libertad propia del intercambio de argumentos. Ahora bien, obligar, es un acto autoritario; obligar, es constreñir. La imperatividad erradica, a priori, el libre arbitrio. Y sin embargo, incluso en el marco de esta figura procesal en la que en apariencia no hay espacio para la discusión, se estableció un intercambio de ideas entre la institución a la que usted dedicó gran parte de su carrera profesional y el Tribunal de Luxemburgo. ¿Se disgustará usted si le recuerdo que al Consejo de Estado de Francia le costó mucho (¡qué eufemismo!) aceptar les reglas del juego prejudicial? Al mismo tiempo (y anticipo aquí su reacción que imagino será de contestación), si no hubiera habido sedición, es evidente que el diálogo no se hubiera podido entablar porque una vez la obligación acatada, la libertad y así el diálogo desaparecían. Dicho de otro modo, la resistencia del Consejo de Estado de Francia a la obligación de someter la cuestión al Tribunal de Justicia inscrita en el mármol de los tratados abrió una brecha en la obligación del apartado 3; la contestación resquebrajó la imperatividad convencional. La discusión podía entonces iniciarse. Y nadie mejor que usted conoce sus entornos y contornos. Del caso Société des pétroles Shell-Berre al caso Cilfit; o sea del apoteosis de la "téoría del acto claro" defendida por Nicole Questiaux[17] a la consagración del margen de apreciación mencionado por F. Capotorti,[18] los jueces del Palais Royal lograron la hazaña de llevar a cabo y orientar lo que podríamos llamar – para variar los placeres metafóricos – "la plática judicial". Reconocerá usted que los jueces de la Meseta de Kirchberg estuvieron "a su escucha" (a la escucha del Consejo de Estado de Francia, mejor dicho), procediendo a una interpretación judicial del art. 234 TCE respetuosa de su rango como del de las jurisdicciones supremas de los

15. Le concedo con mucho gusto que uno de los lastres de las variaciones sucesivas de la integración comunitaria europea es el "transformismo" permanente de la numeración de las disposiciones de los tratados. Después del art. 177 TCEE, le tocó al artículo 234 TCE encarnar la cuestión prejudicial, antes de que el art. 267 TFUE lo haga a su vez, si se logra sobrepasar el segundo "No" irlandés de la construcción comunitaria para que la ratificación del Tratado de Lisboa firmado el 13/12/2007 sea algún día completa. Sin embargo, habida cuenta de su memoria excepcional, conocida y alabada por todos, apostaría a que esto no representa dificultad alguna para usted.

16. La obligación de someter la cuestión al Tribunal de Justicia se ha desplazado hacia el juez que no instruye en último recurso tratándose de la apreciación de validez; obligación fundamentada en el derecho pretoriano con el fin (una y otra vez) de garantizar la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario. Que yo sepa, esta audacia del Tribunal de Justicia con la sentencia Foto-Frost… no acarreó resistencias… De ahí que no se planteara ni asomo de diálogo.

17. CE Ass. 19/06/1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, Rec., 344, concl. N. Questiaux. Nicole Questiaux también discutió – bajo el ángulo doctrinal – el significado del artículo 177 TCE; presentaba su visión de las cosas en 1974, ver "a collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du traité de Rome)", Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos, Paris, LGDJ, 1974, pp. 387-395.

18. CJCE, 2/10/1982, Cilfit, asunto 283/81, Rec., 314, concl. F. Capotorti.

Estados miembros en su conjunto. No cabe duda de que usted conoce la proyección de esta teoría forjada por sus homólogos de los otros países de la Unión Europea.[19] Las decisiones judiciales y, más específicamente las que proceden de su ilustre institución, no tardaron en circular como un reguero de pólvora entre sus colegas europeos, unas veces para bien, y otras veces no tanto, de la buena relación jurisdiccional con los jueces de Luxemburgo.[20] Las estadísticas, a este respecto, son elocuentes.[21] Las reticencias de algunas jurisdicciones supremas – le aseguro que recurro aquí a una lítote – no dejaron de provocar reacciones cuando menos paradójicas: ¿sabía usted que el legislador sueco había venido en ayuda del Tribunal de Justicia? En efecto, pidió a las jurisdicciones y autoridades públicas obligadas a someterse al Tribunal de Justicia que no lo hicieran, que justificaran su negativa.[22] Cuando no es el legislador el que salta al ruedo, es el juez constitucional el que viene como refuerzo para que se respete la obligación del emblemático art. 234 TCE, transformado por el juego de los enmarañamientos sistémicos, i en obligación constitucional![23] ¿Qué se puede

19. La doctrina extranjera que analiza el mecanismo prejudicial comunitario tiene a gala mencionar la teoría del acto claro; su presentación es un paso obligado del análisis de la utilización del artículo 234 T.CE. Son innumerables los escritos al respecto; le remito al estudio reciente de F. Fernandez Segado en los Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, "Le contrôle de 'communautariété' de l'ordre juridique interne réalisé par le juge national et ses conséquences sur le système constitutionnel", Renouveau du droit constitutionnel, *op. cit*., pp.1231-1262, pp.1247-1249.

20. España, por la cual conoce mi inclinación cultural, se destacó muy deprisa en este ámbito ya que el Tribunal Supremo (TS, 15/03/1991) se inspiraba expressis verbis de la teoría del acto claro y eso mucho después de la sentencia Cilfit. Ahora bien, para los comentaristas españoles, la invocación de dicha teoría no era pertinente in casu. Le remito a la sentencia del TS de 15/03/1991 y a los comentarios de D. Liñan Noguera, M. López Escudero, "Crónica sobre la aplicación judicial del derecho comunitario en España (1991 et 1992)", Revista de instituciones europeas, 1993, p.257. Se trata solo de un ejemplo entre muchos por supuesto. A este respecto, la RIE, qui es ahora la Revista de derecho comunitario europeo dedica una crónica regular que apunta las resistencias o al contrario las aceptaciones del sistema jurídico español respecto al derecho comunitario europeo. Por lo que respecta la difusión de esta teoría en Austria, por ejemplo, véanse las sentencias VfSlg 14.390/1995, 14.886/1997, 15.106/1998, 15.657/1999, 16.039/2000 mencionadas por H. Schäffer, Autriche, *Cours suprêmes nationales et cours constitutionnelles: concurrence ou collaboration*?, In memoriam Louis Favoreu, J. Iliopoulos-Strangas (dir.), Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Athènes-Bruylant, 2007, pp. 95-123, especialmente p.108.

21. Las instituciones judiciales que dan vida al mecanismo prejudicial son las llamadas instituciones "inferiores" (¡qué palabra más fea!) – dicho de otro modo las que no están obligadas a activar la cuestión prejudicial – los tribunales supremos en su conjunto mantienen una actitud circunspecta respecto a esta "cuestión". No vaya a imaginar que esta aserción es fruto de un a priori, tanto más inapropiado en un "diálogo científico"; es el resultado de la consulta de las preciosas estadísticas facilitadas por el Tribunal de Justicia. En su Informe de actividad 2007, descubrimos que la Corte de Casación francesa activó 76 veces el mecanismo, el Consejo de Estado 40 veces, mientras que las "otras jurisdicciones" lo activaron en 627 ocasiones. No es mi intención en absoluto "estigmatizar" las jurisdicciones francesas. Pero comparando cosas comparables, o sea un Estado miembro que formaba parte de los "seis" países fundadores y cuya arquitectura judicial es relativamente similar a la francesa, salta a la vista una tendencia hiperbólica. Así en Bélgica, El Tribunal de Casación planteó 69 cuestiones, el Consejo de Estado 42, mientras que las llamadas "otras jurisdicciones" plantearon 439. Particularidad del control de constitucionalidad belga, el Tribunal de Arbitraje – recién bautizado Corte Constitucional – activó en 5 ocasiones el artículo 234 T.CE. Para Italia, las cifras son: Corte suprema di Cassazione (94); Consiglio di Stato (60); "otras jurisdicciones" (785).

22. Ley sueca del 1/07/2006.

23. Le remito – por el aprecio que le tiene usted al derecho comparado – a las jurisprudencias de los Tribunales constitucionales alemán (Trib. const. 8/04/1987, Kloppenburg), austriaco (Trib. const. 11/12/1995; Trib. constit., 26/06/1997) y español (Trib. Const., 19/04/2004; Trib. const., 19/06/2006) según las

decir entonces de la Corte Europea que también se ha sumado a la partida?[24] Cuando una obligación (comunitaria) esconde varias más (constitucional y convencional) transformando los sistemas jurídicos en sistemas mestizos,[25] se toma conciencia de la excepcional transformación de las fuentes de lealtad del juez interno.

Sin embargo, a pesar de la obligación que se intensifica multiplicándose; a pesar de que todo esté hecho para que ésta – aun adaptada (Cilfit) – sea acatada, el diálogo integrado ha estado, estará y seguirá estando marcado por numerosos sobresaltos por su poca propensión a aceptar sin condiciones reglas del juego consideradas (por algunos jueces y en algunas épocas) demasiado desestabilizadoras para el ordenamiento jurídico interno. Bien sabe usted que desde el clásico caso Simmenthal,[26] el diálogo integrado inducido por el art. 234 TCE (nuevo art. 267 TFUE) puede crear interferencias con los diálogos prejudiciales de tipo constitucional. Asimismo se conoce el reglamento de precedencias establecido por el Tribunal de Justicia en casos de confrontación de obligaciones. Aun así, a más de treinta años después de la solución propuesta por el Tribunal, el paisaje judicial dista mucho de ser uniforme y algunas altas jurisdicciones siguen rebelándose (cuán asombroso cuando se sabe que su origen está en los "antiguos" Estados miembros), otros (integrados más recientemente en el universo comunitario) aceptan el juego.[27] Elementos todos estos que hacen que las discusiones judiciales sean cuestiones controvertidas, sobretodo sabiendo que existen también en el seno mismo de los sistemas jurídicos nacionales.[28] La misma constatación vale para otra manifestación del diálogo integrado: me refiero al diálogo que sigue vivo respecto a la visión absoluta de la primacía determinada por el Tribunal de justicia, que se sabe lo relativa que es respecto a las jurisdicciones nacionales.[29] Hoy en día

cuales el "derecho juez" protegido por sus respectivas constituciones es susceptible de ser infringido si por ventura la obligación del art. 234 T.CE fuera incumplida.

24. Sobre el control por la Corte Europea de la utilización del mecanismo prejudicial del artículo 234 T.CE, encontrará algunas referencias clásicas en CEDH, 23/03/1999, Desmots v. Francia (IIIe sect., DR) y CEDH, 7/09/1999, Dotta v. Italia (IIe sect., DR).

25. Me refiero aquí a un fórmula sacada de un artículo muy interesante escrito a cuatro manos por N. Levrat y I. Raducu sobre el "mestizaje jurídico", ver "Le métissage des ordres juridiques européens (une "théorie impure" de l'ordre juridique)", Cahiers de droit européen, 2007-1, pp.111-147.

26. CJCE, 9/03/1978, Simmenthal, asunto 106/77, Rec., 1978, 629, concl. Reischl.

27. El Tribunal constitucional alemán (decision del 1/07/2006, BvL 4/00), consideró imposible establecer una jerarquía entre el art. 234 T.CE y su hermano gemelo constitucional el art. 100 de la Ley Fundamental. Confia al juez inferior la apreciación de la utilidad y la oportunidad de uno u otro procedimiento en el marco de un litigio específico. Confrontada a la misma problemática, La Corte Constitucional de la República Checa por su parte, en una decisión del 21/02/2006, se ajustó a los cánones de la jurisprudencia Simmenthal.

28. Seguramente se habrá interesado por la querella que sacudió al mundillo judicial "belga", cuando el Tribunal de Casación se negó a plantear al Tribunal de arbitraje cuestiones prejudiciales de constitucionalidad. Le remito al respecto a los estudios de M. Verdussen, 'Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage', La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.179 y J. Van Compernolle, M. Verdussen, "La guerre des juges aura-t-elle lieu? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'Arbitrage", JT, 8/04/2000, p.302.

29. Este diálogo se considera integrado por ser cosustancial del proceso de integración; sin embargo no está "institucionalizado" como el procedimiento de cooperación entre jueces del art. 234 T.CE. No cabe aquí tratar más extensamente el tema. Es ampliamente conocido; se sabe que es renovado muy regularmente

(lo estaba evocando un poco más arriba), la figura procesal de la cuestión prejudicial ya no es de exclusividad europea; se ha "internacionalizado" en el sentido en que ha sido importada por otros sistemas de integración. A decir verdad debería decir más bien que la Unión Europea propició la exportación del modelo de "integración" y por consiguiente, los procedimientos judiciales que le van unidos. Así es, la integración se ha vuelto un "valor" en sí, que la Unión, con mucho orgullo, promueve y respalda *ad extra*.[30] A mi modo de ver este elemento es esencial. A este propósito, espero que me autorice una (corta) digresión. La doctrina recalca sistemáticamente – y en ello tiene toda la razón – la sacrosanta summa divisio entre los sistemas del *Common Law*, por una parte, y del derecho continental, por otra, para descifrar el juego de influencias ue tienen a escala planetaria los Estados que representan estos dos sistemas, que reflejan a su vez, se quiera o no se quiera, dos maneras de pensar. Ahora bien, en esta batalla de "modelos" jurídicos, hay un *tertium gentium*: el derecho de la integración en persona que compite a su vez por influir en los dos sistemas. Quería precisarlo porque en realidad pocos estudios se han centrado en esta circunstancia tan importante como la oposición tradicional entre derecho anglo-sajón y derecho continental.[31] Dicho esto, vuelvo al mecanismo prejudicial. Éste se ha previsto en todos los sistemas africanos y latinoamericanos de integración, lo que confirma – si aun fuera necesario – que se trata de una condición procesal percibida como imprescindible para el establecimiento y la viabilidad de creación de un derecho integrado.[32] No obstante, aunque está previsto en los textos no por ello forma parte de una mecánica jurisdiccional rutinaria.

---

por la evolución del derecho tal y como la tienen en cuenta los antiguos Estados miembros (por supuesto estoy pensando aquí en la jurisprudencia del Consejo Constitucional de la República Francesa que desde 2004 mantiene en vilo al mundo de los constitucionalistas comunitaristas). Asimismo el tema dista de estar agotado porque los jueces de los nuevos Estados miembros pretenden a su vez poner sus límites constitucionales al proceso de integración.

30. Bastará para convencerle (si por ventura le invadiera una duda) señalarle la organización en Nicaragua, el 4 y 5/10/2007 gracias al apoyo financiero y político de la Unión Europea, del Primer Encuentro de Cortes Internacionales y Regionales de Justicia. Así, gracias al Programa Pairca – Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana, han podido intercambiar ideas y experiencias los jueces de once jurisdicciones internacionales y regionales. El diálogo no es aquí "jurídico" sino diplomático. Este tiempo de la "diplomacia de los jueces" es fundamental. Bien lo sabe usted quien se encuentra con regular frecuencia en el marco de encuentros institucionalizados (coloquios y otros foros) pero también y tal vez sobre todo en ocasión de encuentros más informales (almuerzos improvisados), con sus homólogos de todas las especialidades y de todos los países.

31. Debe usted de pensar que me olvido mencionar una de las numerosas investigaciones de la Sección de estudios y de informes del Consejo de Estado de Francia que había subrayado, con toda la razón, que no había que resignarse a un "cara a cara reductor" entre el *Common Law* y el derecho romano-germánico. No lo olvido: L'influence internationale du droit français. Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 19 juin 2001, París, La documentation française, 2001, 159 p.

32. Art. 16 del Tratado de Libreville para la Corte CEEAC; art. 17 del Tratado de Libreville para la Corte Cemac; art. 12 del protocolo adicional n.1 al T.Uemoa; art. 32 a 36 del protocolo de Cochabamba para el Tribunal de Justicia de la Comunidad andina; art. 22 k. del acuerdo de Panamá para la Corte Centroamericana de Justicia; art. IX (c) del Tratado de St Michaël para el Tribunal de Justicia del Caribe.

Si los sistemas de integración africana funcionan y si las jurisdicciones comunitarias africanas son efectivas, su balbuceante actividad muestra que el mecanismo prejudicial no es (aún) el procedimiento estrella,[33] como lo es en Europa.[34] Hay que darle tiempo al tiempo para que los jueces nacionales se acostumbren al derecho integrado y acepten todas sus consecuencias procesales. En América Latina, la situación es distinta aunque no está exenta de paradojas. El sistema de integración más logrado – i.e. el que mejor funciona en el "subcontinente" – es el de la Comunidad Andina. Su funcionamiento judicial otorga un papel destacado al recurso de anulación – que permite un acceso facilitado de los ciudadanos a la sala de audiencias de la jurisdicción de Quito[35]– mientras que la consulta prejudicial experimenta un éxito ejemplar[36] – donde por cierto las referencias a la "jurisprudencia madre" son muchas (quiero hablar aquí de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; volveré sobre ello). Hasta aquí nada paradójico, el universo andino está solo demostrando que las resistencias a la consulta no son consustanciales de los sistemas de integración. En realidad, se tiene uno que sumergir en el universo del sistema de integración centroamericano[37] y en la actividad de la Corte Centroamericana de Justicia de Managua (Nicaragua), efectiva desde el 12/10/1994, para tomar conciencia de los límites de la ingeniería institucional. De los siete Estados miembros del sistema, solo El Salvador, Honduras y Nicaragua han ratificado el Estatuto de la Corte de

33. Me permito indicarle aquí los estudios de S-J. Priso-Essawe que dedica en el Recueil Penant una Crónica sobre la Cemac y más precisamente sobre la actividad del Tribunal de Justicia de esta organización que se ubica en Chad, ver "Chronique CEMAC. Chronique des activités de la Cour de justice de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale", Penant, 2007, n. 858, pp.105-125.

34. Las estadísticas no engañan. Cada año, los informes de la Corte de Justicia facilitan preciosas informaciones sobre su actividad en función, en particular sobre el reparto de los asuntos por naturaleza del procedimiento. La palma se la llevan sistemáticamente (por lo menos desde el año 2000), las cuestiones prejudiciales. Para el año 2007, de los 580 casos iniciados – el Presidente Skouris recalcó que se trataba de la cifra más alta en la historia del Tribunal – 265 eran cuestiones prejudiciales, mientras que 221 concernían los recursos directos entre los cuales a los recursos por incumplimiento les toca la parte del león (212 recursos por incumplimiento frente a 9 recursos de anulación) ver Corte de Justicia de las Comunidades, Informe Anual 2007, p.86-87.

35. Es necesario señalar que el Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina (Quito), el peruano Ricardo Vigil Toledo, gran conocedor de los derechos de la integración se complace en mencionar a menudo que las restricciones del acceso de los ciudadanos a la sala de audiencias comunitaria (europea) – los famosos límites del apartado 4 del art. 230 T.CE ratificados con estrépito por el Tribunal de Justicia en su célebre sentencia UPA – no existieron en Quito. Lo recordaba en ocasión de un seminario de reflexión en Madrid en octubre de 2007 sobre el tema "Hacia una Corte suprema Latinoamericana", ver R. Vigil Toledo, "El aporte del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina a la consolidación del bloque regional y la actitud al respecto de los tribunales supremos de los países miembros", Comunicación presentada en Madrid en octubre de 2007 en ocasión del Seminario "Hacia una Corte Suprema Latinoamericana", mimeógrafo p.8. Le remito asimismo a su opúsculo Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de naciones, Quito, Octubre de 2006, 177p.

36. El Tribunal de Justicia de la Comunidad andina (Quito) ha tramitado, desde 1985, 1407 consultas prejudiciales con un pico para el año 2005 donde tramitó 233 consultas. Estos datos estadísticos se encuentran en el portal de la "Comunidad Andina" (www.comunidadandina.org).

37. Se compone de los siguientes Estados: Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y por adhesión, Belice, y se constituyó por el Protocolo de Tegucigalpa (1991) a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos.

Managua;[38] sin embargo ésta ha establecido (y por lo tanto impuesto) su competencia respecto a todos los Estados miembros del sistema.[39] Esta jurisprudencia constructiva (que no deja de recordar el activismo judicial inicial de la Corte de Luxemburgo) era necesaria para asegurar, sencillamente, la supervivencia del conjunto sistémico. Si por una parte la Corte de Managua supo sin estados de ánimo (y a pesar de las vivas protestas) asegurar su perennidad y la del sistema, no pudo imponer a los jueces nacionales su consulta en base al art. hermano, el art. gemelo, en otras palabras en base al equivalente centroamericano del art. 234 TCE (nuevo art. 267 TFUE),, el art. 22.k del acuerdo de Panamá.[40] Ahora bien – y ahí es donde surgen los límites de la ingeniería institucional – todo había sido hecho para que esta consulta fuera facilitada. En efecto, los jueces de la Corte Centroamericana son directamente designados por los jueces de las Cortes Supremas de los Estados miembros. Se podía pensar que de este modo se establecía un cordón institucional entre los jueces supranacionales y los otros con el fin de evitar la trampa del alejamiento, tanto institucional y sociológico como humano. ¡Qué error! En catorce años de actividad, solo se le ha planteado una consulta prejudicial a la Corte de Managua y no procede siquiera de una Corte Suprema.[41] El diálogo es inexistente; las jurisdicciones nacionales lo rechazan. Esto plantea, en última instancia, la cuestión de la viabilidad de un sistema en el que uno de sus actores principales no pretende "jugar el juego", ostentando una completa indiferencia a las "reglas sistémicas", i.e. de los sistemas jurídicos. Ahora bien, aun en la confrontación (y tal vez sobretodo gracias a ella), el diálogo es la señal tangible de que un sistema jurídico vive. ¿Ignorarlo no es – a la inversa – la señal de una muerte lenta?

38. El Estatuto entraba en vigor para dichos estados el 2/02/1994 de conformidad con la interpretación del artículo 48 realizada por el Consejo Judicial Centoamericano. Para descubrir las especificidades del sistema, podrá remitirse a R. Chamorro Mora. La Corte Centroamericana de Justicia. *Integración Eurolatinoamericana*, F. Molina Del Pozo (coord.), Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 414.
39. Corte Centroamericana de Justicia, 13/12/1996, caso n. 9, n. 4-1-12-96, Gaceta oficial de la CCJ, n.4, 22/02/1997; Corte Centroamericana de Justicia, 13/01/2005, caso nº 66, Gaceta oficial de la CCJ, n.18, 1/02/2005.
40. Adoptado sobre la base del Protocolo de Tegucigalpa del 13/12/1991, el acuerdo de Panamá del 12/12/1992 es constitutivo del Estatuto de la Corte y presenta de forma detallada el funcionamiento de las diferentes vías procesales de la Corte de Managua que es a la vez una Corte internacional (tanto en lo contencioso como en lo consultivo), una Corte de integración, una Corte arbitral y por último, pero no menos importante una Corte de Apelación: "Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o la interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del sistema." Si por ventura la immersión en este universo integrativo le intriga y desea profundizar la cuestión – que demuestra cuan obsoletos pueden ser los modelos jurisdiccionales – me permito indicarle un estudio que realicé en ocasión del coloquio de Lille organizado por la Société française pour le droit International. *Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit International*. Paris: Pedone, 2003, pp.203-264.
41. La consulta procedía de la Primera Cámara del Tribunal Civil de San Salvador en 2006. Esta información importante la facilita mi colega argentino Alejandro D. Perotti – gran conocedor de la jurisprudencia de los sistemas de integración europeo y latinoamericano – en su estudio: "La autoridad de la doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia, su aportación a la consolidación del bloque regional y la actitud al respecto de los tribunales Constitucionales/Supremos de los Estados Miembros". Hacia una Corte Suprema latinoamericana, Madrid, 2008.

1.2. El diálogo convencional

Mientras que usted inauguró la fórmula de diálogo entre los jueces en el marco del procedimiento de "cooperación entre jueces" del art. 234 TCE, la expresión florece hoy, por no decir que brota en todas las direcciones en el universo convencional europeo.[42] Las publicaciones son tantísimas: demuestran por sí solas, no el desplazamiento de las obligaciones (las del mecanismo prejudicial perduran), pero si al menos el de las preocupaciones.[43] Hay que decir que Francia ha ocupado un lugar "privilegiado" estos últimos años en los anales judiciales europeos. Las condenas fueron a menudo transmitidas por los medios de comunicación incluidos los de la otra parte del mundo.[44] Las constataciones de violación que han excluido partes importantes de ramas del derecho francés no han cedido, mientras que los cuestionamientos de los modos de organización de la justicia – anclados en los usos y costumbres judiciales de su institución como los de la Corte de Casación – han sacudido los códigos y las certidumbres, suscitado la ira y la reprobación; en resumen, han fomentado las resistencias. Las pláticas judiciales fueron marcadas a veces por la discordia, a veces por la concordia. Ahora bien, en el contexto del Convenio, este estado de cosas es en realidad lógico. Quisiera, estimado Presidente, llamar su atención sobre este punto. En efecto, le he dicho antes que si había existido diálogo en el universo integrativo (entre las jurisdicciones supremas de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia), éste era excepcional en la medida en que, normalmente, la obligación planteada por el art. 234, apartado 3 TCE no acordaba ningún margen de maniobra a las jurisdicciones internas que tenían que haberse plegado, sin discutir, a la obligación de la cuestión prejudicial. Ahora bien, tal no es la configuración del sistema convencional. Como el Convenio no orquesta el diálogo, como las decisiones del Tribunal tienen solo un alcance declarativo, la cuestión vuelve al campo de los ordenamientos jurídicos

42. Habrá usted notado que utilizo aquí una metáfora primaveral y no patológica lo que hubiera sido el caso si hubiera utilizado el término "proliferación" (a menudo utilizado en el universo internacional para referirse al fenómeno de multiplicación de las jurisdicciones nacionales).

43. Las referencias que siguen le serán seguramente familiares. En efecto, non solo porque no hay publicación que no escape a su atención sino también porque ha participado usted en muchas de ellas en ocasión de coloquios en los que se encuentran jueces y universitarios para "dialogar". La lista que sigue no pretende ser exhaustiva, tan abundantes son los estudios al respecto, ver F. Lichere, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.), Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?, Bruxelles, Bruylant, 2004, 242 p. (Col. Droit et justice, n. 54); B. Lukaszewicz, H. Oberdorff (dir.), Le juge administratif français et l'Europe: le dialogue des juges (Actes du colloque du 50ème anniversaire des tribunaux administratifs), Grenoble, Pug, 2005, 360 p.; Institut de Droit Europeen des Droits de L'HOMME, Cahiers de l'Idedh, n.11, 2007 (más especialmente la primera parte sobre el "diálogo entre los jueces").

44. La sentencia del 22/01/2008, E.B v. Francia – que trata de un tema "universal" (el de la adopción por los homosexuales, en este caso, une mujer soltera homosexual) – se benefició de una "cobertura mediática" impresionante, incluyendo zonas remotas de América del Sur, como en Uruguay donde la sentencia fue comentada tanto en el telediario de la noche como en el periódico más leído del país, La República. Que Uruguay tuviera la informacion judicial más actualizada sobre el tema no es en realidad nada sorprendente. En efecto, se trata del primer país de América Latina en reconocer el matrimonio entre dos personas del mismo sexo gracias a une ley que entró en vigor en enero de 2008 ver Ley de Unión concubinaria, n.18.246. El primer matrimonio civil entre dos hombres se celebró el 17/042008.

internos. Y aquí no valen generalizaciones. El mosáico constitucional europeo va a darle a la problemática del diálogo convencional apariencias proteiformes.

No ignora usted que algunos sistemas constitucionales han implementado una orquestación del diálogo entre los jueces internos con el sistema convencional. En efecto, ¿cómo interpretar el art. 10.2 de la Constitución española sino como una obligación de integrar el referente convencional entre los parámetros del control de constitucionalidad que le deja la mejor parte a los derechos fundamentales? Esto explica que en España, la alta jurisdicción madrileña – apoyándose en su texto constitucional – aplique, sin mala voluntad alguna, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo; y por una excelente razón, ¡la obligación es constitucional![45] Dicho de otro modo, nada de diálogo que hubiera emergido de una resistencia frontal, casi epidérmica a la jurisprudencia europea. Los estudios españoles no traducen ninguna efervescencia doctrinal sobre el diálogo entre los jueces comparable al que prevalece en Francia;[46] la explicación es simple: las constelaciones constitucionales no tienen ningún punto en común. ¿Qué decir de la situación en Alemania que revela hasta qué punto nada es estable y que el único elemento de certidumbre jurídica concierne a la inconstancia judicial? Es el alemán un sistema constitucional que se abrió al derecho del Convenio Europeo por la vía pretoriana,[47] la cual ha demostrado una empatía judicial excepcional en todos los aspectos relativos a la jurisprudencia europea[48] y, que de repente, vuelve brutalmente sobre tal apertura.[49] Observamos hasta qué punto

45. Con un asomo de pérfida ironía nos podemos preguntar cómo hubieran evolucionado las cosas de no haber existido el art. 10§2. Sea lo que fuere, la paradoja, para un país como España, es que la interpretación constitucional del Convenio – aun cuando se basa en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo – puede conllevar elementos de inconvencionalidad. Pienso aquí por ejemplo en la sentencia del Tribunal Constitucional del 24/05/2001 (STC nº 118/2001). El juez constitucional recurrió al mecanismo de protección por rebote para proteger el derecho medioambiental alineándose con el estándar fijado por la sentencia López Ostra (Corte EDH, 9/12/1994, asunto López Ostra contra España). Ahora bien, a pesar de esta empatía convencional evidente, fue in fine "desestimado" por la Corte en el asunto Moreno Gómez (Corte EDH, 16/11/2004, Moreno Gómez contra España). Encontrará usted una presentación más detallada de este asunto en el análisis que realicé en ocasión de un coloquio organizado por el IDEDH de la Universidad de Montpellier, "L'appréhension constitutionnelle de la vie privée. Analyse comparative des systèmes allemand, français et espagnol", Le droit à la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, F. Sudre (dir), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.69-115.

46. En realidad, si existen "tensiones ocasionales" entre el Tribunal Constitucional español y la Corte Europea – para retomar la expresión del antiguo vicepresidente del Tribunal Consttiucional español – resultan más de dificultades inherentes a la articulación entre un sistema internacional de protección de los derechos humanos y de los sistemas nacionales de protección de los derechos constitucionales o fundamentales. Me permito remitirle al muy interesante estudio de F. Rubio Llorente. "La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes". Renouveau du droit constitutionnel.., *op. cit*., pp.1387-1410, especialmente 1399.

47. Tribunal Constitucional alemán, 26/03/1987, Pakelli.

48. Ya que descartaba, por no decir que suprimía, la regla clásica plasmada en la conocida máxima latina "lex posterior derogat priorit".

49. Tribunal Constitucional alemán, 14/10/2004, Görgülü. Por falta de sitio para desarrollar la presentación de la argumentación del Tribunal Constitucional alemán, me permito indicarle los estudios de J. Gerkrath, "L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande", RTDH, 2006, pp.706-726; A. Weber, "Double ou triple protection des droits fondamentaux en Europe?", Renouveau du droit constitutionnel…, *op. cit*., pp. 1747-1759.

la jurisprudencia está marcada con el sello de lo aleatorio y puede variar en función de los sistemas, pero también de las épocas y de los jueces…[50]

En Francia, conocemos la situación. Por una parte, el Consejo Constitucional se ampara en la Declaración de 1789 y pretende ignorar (en realidad sabemos que finge ignorarlo) el Convenio Europeo.[51] El contenido (oficial) del bloque de constitucionalidad no se moverá, aunque nadie puede hoy negar la influencia de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo en las decisiones del Consejo Constitucional. El diálogo existe, pero está atenuado por las características de "la aplicación furtiva"[52] del Convenio. Por otra parte, el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación son, con el conjunto de jurisdicciones administrativas y judiciales del país, los famosos "jueces convencionales de derecho común". El control de convencionalidad les incumbe. Aquí pues, todo depende de la buena voluntad de los llamados jueces "ordinarios" (otra expresión malograda) y de la buena interpretación que llevan a cabo en lo cotidiano del Convenio Europeo. En resumidas cuentas, todo depende de su lealtad convencional, de su compromiso para hacerse los abanderados en el sistema jurídico francés de los "valores" vehiculados por el Convenio Europeo. Por supuesto, es ahí donde nacen los problemas porque la interpretación (nacional) de la interpretación (europea) no es nada fácil.[53] Sin volver aquí sobre el folletín judicial relativo al estatuto del Comisario del gobierno y del Abogado general – que ha sido en Francia el tema más emblemático estos últimos años del "diálogo entre los jueces" ya que se ha alimentado de las resistencias repetidas y de los puntos de acuerdo finalmente logrados – me gustaría

50. Qué frustración no poder, sobre este punto (como en realidad sobre todos los demás), profundizar en un análisis más aguzado y por definición más matizado. Pero mi "carta abierta" no puede transformarse en "carta río abierta"… En todo caso, la apreciación general según la cual la relación con la jurisprudencia convencional europea depende de los sistemas, de las épocas y de los jueces es válida. Para un análisis país por país, el coloquio a la memoria de Louis Favoreu es una excelente herramienta. Sabemos cuánto le interesaba el tema porque en realidad estaba enojado (el vocablo está por debajo de la realidad) por la invasión de las jurisprudencias europeas y las múltiples obligaciones que hacían recaer en los Tribunales Constitucionales. Ver Cours suprêmes nationales et cours européennes? Concurrence ou collaboration? in memoriam Louis Favoreu, J. Iliopoulos-Strangas (dir.), Athènes-Bruxelles, Ant.N. Sakkoulas-Bruylant, 2007, 381p.

51. Nada mejor que la lectura sobre el tema de los estudios de un miembro del Consejo Constitucional. Conocerá sin duda el de O. Dutheillet de Lamothe "Le Conseil constitutionnel et le droit européen", RDFC, 2004, pp.30 y sig.

52. Hace unos años, en un artículo publicado en la Revue belge de droit constitutionnel, ya había utilizado esta expresión destinada a evocar para el lector la imagen de los "aviones furtivos": aunque son reales, no dejan de ser invisibles para los radares más perfeccionados…

53. Lo recalcaba usted recientemente en ocasión de uno de los coloquios anuales del Centre de Recherche et d'Etudes sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (Credho) organizado en la Universidad de Sceaux. Muy pedagógicamente, presentaba las tres hipótesis a las que, según usted, el juez nacional se veía confrontado. "Hay primero los casos en los que las sentencias de la Corte, por la claridad de su contenido y el carácter novedoso en relación con el derecho interno, conducen a cambios profundos. Hay después hipótesis en las que las sentencias tienen una motivación muy factual y muy circunstancial. Esto dificulta cualquier extrapolación, y por lo tanto cualquier utilización. Por fin, hay sentencias interesantes por su contenido pero cuya pronunciación interviene en un momento en que el derecho interno ya ha evolucionado. Se tiene entonces la sensación de que por muy dignas de interés que sean en cuanto a razonamiento jurídico, llegan demasiado tarde", La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2006, P. Tavernier (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2007, p.67.

interpelarle de modo provocador ¿No es en verdad la interpretación europea la que acaba por prevalecer? Que se examine la cuestión a través del prisma de "la autoridad de la cosa interpretada" o el del "imperativo de disciplina jurisdiccional" (para retomar su expresión),[54] ¿no es la jurisprudencia europea al fin y al cabo (i.e. al cabo de un diálogo caracterizado por sus muchas tensiones) una especie de apisonadora que acaba por ganarse la adhesión de los jueces internos a Estrasburgo? ¿No será el diálogo más que una engañifa en la medida en que siempre vence el argumento europeo? Interrogaciones 'un tanto' provocadoras se lo concedo, pero que no hay que tener miedo de plantear. En realidad, la situación se caracteriza por sutiles matices; al fin y al cabo cada uno de los dos actores judiciales "saca sus castañas del fuego".

Hay que reconocer que la lógica de la garantía colectiva instituida por el mecanismo convencional – soberanamente aceptada por los Estados, nunca está de más recordarlo – tiene como objetivo establecer una protección mínima común a la que todos los Estados partes al Convenio deben esforzarse por adherir so pena de ver cómo implosiona el sistema.[55] Aunque se puedan considerar – con una pizca de provocación irónica – las resistencias a las sentencias Kress[56] y Martinie[57] como una pérdida de tiempo y como una gesticulación judicial que revela reflejos institucionales corporatistas (aquí debo confesar cierta exageración en mi propósito) – admitirá usted que el juez interno sabe también perfectamente sacar provecho de la lógica convencional. ¿No es él quien, al fin y al cabo, participa en una reforma de fondo de las legislaciones anticuadas y obsoletas? ¿No le otorga eso un prestigio realzado? Y sobretodo, ¿no se entrega a lo que se ha llamado en doctrina "la interpretación constructiva"[58] ? En este caso particular, admitirá usted que incontestablemente recupera

54. Recordó usted que el Consejo de Estado no se acogía a la teoría de "la autoridad de la cosa interpretada" creada por Boulouis (en el marco comunitario) y difundida por Joël Andrianstimbazovina (en el universo convencional). En aquella ocasión mencionó usted las conclusiones de los comisarios sobre la sentencia Subrini (CE, 11/07/1984, D. 1985, p. 150) así como las emitidas en la sentencia Bitouzet (CE, 3/07/1998, Rec. 288, concl. Abraham, RFDA 1998, 1243). No obstante, enseguida después precisó usted: "Es obvio sin embargo que la jurisprudencia europea tiene que ser tomada en cuenta por el juez administrativo. Pero eso responde a un imperativo de disciplina jurisdiccional por parte del juez y no a una obligación jurídica vinculada a la autoridad de la cosa juzgada o interpretada", La France et la Cour européenne des droits de l'homme…, *op. cit*., p.85.

55. G. Cohen-Jonathan, "La fonction quasi-constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme", Renouveau du droit constitutionnel…, *op. cit*., pp.1127-1153. ¿No cabría también recordar con cierta solemnidad que el sistema fue creado en 1950 para evitar el regreso al primer plano de la escena europea de excesos políticos de toda índole que habían desfigurado Europa conduciéndola hacia el abismo?

56. Corte EDH, Gran Sala, 7/06/2001, Kress contra Francia.

57. Corte EDH, Gran Sala, 12/04/2006, Martinie contra Francia.

58. F. Sudre, "A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité", Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Paris, Pedone, 2004, pp. 205-224, especialmente p.218. Frédéric Sudre define así la interpretación constructiva: "El juez nacional no vacila en realizar una interpretación constructiva de las disposiciones del Convenio explotando con dinamismo las potencialidades que le ofrece el instrumento convencional para el ejercicio de su control de convencionalidad... [Toma dos vías]. Sea que el juez interno lleva a cabo una interpretación extensiva que lo conduce más allá de la interpretación europea, y se admitirá entonces que el juez nacional prosigue el diálogo con el juez europeo. Sea que el juez interno realiza una interpretación novedosa en ausencia de jurisprudencia europea, y se reconocerá en este caso que esboza un diálogo con el juez europeo, a quien le incumbe a continuación concretarlo".

la voz cantante de "la plática judicial". Además, aunque la "política jurisprudencial" de la Corte Europea está efectivamente marcada en sus grandes líneas por el recurso a una interpretación teleológica que acarrea una ampliación importante del campo de aplicabilidad del Convenio,[59] no es menos cierto que el mecanismo del margen de apreciación nacional permite a los jueces nacionales conservar cierta latitud nada despreciable sobre todo en temas particularmente sensibles…[60]

En realidad, esta temática en la que los derechos fundamentales (porque están por supuesto en el corazón del diálogo) se hallan atrapados en el enlazamiento de los sistemas jurídicos nacionales y convencionales resulta sistemáticamente confusa, desviada, desvirtuada por la parcialidad – consciente o inconsciente, ostentada o no – de la plusvalía sea del sistema nacional, sea del sistema internacional. De ahí, dicho sea de paso[61] (siempre me han gustado los obiter dicta) la vacuidad de la oposición entre lo que atañe, por una parte, a lo descriptivo, y, por otra, a lo prescriptivo. ¿La objetividad científica no debería imponer, al contrario, el reconocimiento de la imposibilidad de ser absoluta, íntegra e irremediablemente objetivo en el análisis del derecho, de los derechos y de los sistemas de los que depende? Refutar la protección convencional en nombre de una premisa pretendidamente metodológica, pero que en realidad no es más que un a priori ideológico, no es válido; tampoco resulta válido considerar a priori que encarna el no va más de la protección de los derechos. Estas dos posturas pueden fácilmente volverse extremistas, incluso integristas. Lo que es, lo seguro, lo que existe, es el enmarañamiento de obligaciones (que nacieron y se desarrollaron cada vez en contextos históricos y sociales muy precisos todos igualmente legítimos); ése es el imprescindible equilibrio que los jueces intentan alcanzar por medio del diálogo. Son en efecto conscientes de que la interpretación de los derechos debe coincidir al máximo para que la multiplicidad de los sistemas no origine una cacofonía protectora… "Ordenar el pluralismo" ¿no es ésa hoy, sin decirlo a las claras, la nueva labor de los jueces?

59. Edouard Dubout recalca perfectamente esta situación en su estudio "Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme", RTDH, 2008, n. 74, pp.383-419.
60. Últimamente, en algunos asuntos emblemáticos, se ha recurrido a este mecanismo en la etapa de la determinación del contenido de los derechos y ya no solo en la etapa de las condiciones de ejercicio de éstos. Esta utilización cuando menos iconoclasta del "margen de apreciación nacional" fue vivamente criticada en doctrina cuando se trató de analizar el asunto Vo contra Francia. Los autores lo achacaron como un "error" de la Corte (ad ex. X. BIOY, "L'arrêt Vo c. France, Une lecture publiciste. Cour EDH, 8 juillet 2004", RDP, 2005-5, p.1426; F. Sudre (dir.) "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", RDP, 2005-3, p.767). Ahora bien, podemos preguntarnos hoy con toda legitimidad en base a la confirmación de este mismo procedimiento en el asunto Evans (Corte EDH, Gran Sala, 10/04/2007, Evans contra Reino Unido, §§54-57) si, más que un error o una torpeza, no se trataría de una "estrategia" deliberada de la Corte que se negaría – sobre las cuestiones relativas al "fin de vida" – a hacer del Convenio un instrumento de harmonización de los derechos dejando así a los jueces nacionales la libertad de interpretar como les parezca las legislaciones internas. De verificarse esta intuición, significaría que la Corte renunciaría a ser un instrumento de harmonización de los derechos sobre estas cuestiones y dejaría libre cauce al mosáico constitucional y legislativo en la materia en Europa.
61. *Los obiter* dicta siempre me han gustado por no decir fascinado; sin duda haya abusado en estas líneas con algunos pasajes que lindan con el tema, pero una vez más no pude resistir a la tentación.

La internacionalización del diálogo entre los jueces me obliga (en realidad, no puedo disimular mi felicidad al someterme a este ejercicio), a abordar la liberalización territorial del diálogo convencional y, por ende, a exponerle brevemente la situación latinoamericana. Aunque la lógica inducida por el sistema convencional americano es la misma que la lógica convencional europea – en la medida en que deriva de un sistema jurisdiccional de garantía internacional de los derechos – no es menos cierto que el tiempo que se necesitó para implementar el sistema interamericano como el de su potenciación no fueron los mismos evidentemente en América y en Europa.[62] Numerosas diferencias caracterizan los dos modos de protección regional de los derechos. En lo que aquí me interesa, es decir los estígmatas del diálogo convencional, se puede afirmar que existen evidentes relaciones (nada "peligrosas", puede usted estar tranquilo) entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales.[63] Han desembocado en un "diálogo" – menester es recordar aquí que éste puede cobrar tanto la apariencia de la discordia como la de fructuosos acuerdos. En realidad, el "trato judicial" que relaciona al juez de San José y los jueces nacionales deriva de una doble serie de parámetros. Por una parte, la Convención americana impone (y no induce como en Europa) la puesta en conformidad de los sistemas legislativos nacionales con la norma convencional (art. 2 de la Convención americana),[64] mientras que por la otra, numerosos sistemas constitucionales internos no solo atribuyen un puesto específico a los tratados de protección de los derechos sino que incluyen la jurisprudencia convencional americana entre sus parámetros de control de convencionalidad.[65] Solo tomaré un ejemplo que encarna de forma

62. El sistema convencional americano nació el 22/11/1969 y empezó a desarrollarse solo diez años más tarde, el 18/07/1978. La entrada en vigor laboriosa de la Convención Americana de derechos Humanos se explica por la influencia de los regímenes autoritarios en las sociedades del Hemisferio Sur en aquella época. Le invito a leer, con un entusiasmo muy particular, el prólogo que el juez mexicano Sergio García Ramírez, Presidente de la Corte Intermaericana de Derechos Humanos de 2004 à 2007, redactó para abrir el libro que tuve el placer de escribir con una jurista española, A. Úbeda de Torres, Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp.VII-LXXVIII. Descubrirá usted toda la riqueza del universo interamericano de los derechos y el poder de la doctrina procedente de América.
63. Cr., entre otros, H. Nogueira, El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno; Uprimmy para Colombia, M. Góngora Mera, "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la Convergencia de Estándares sobre Derechos de las Víctimas", en: La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac Gregor y M. Morales Antoniazzi (Coord.), Instituto Max Planck de Derecho Público comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, M. E. Góngora Mera, Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication, Inter-American Institute of Human Rights, San José, C.R.:, 2011.
64. Se lee así: "Si el ejercicio de los derechos y libertados mencionados en el artículo 1 no está ya garantizado por las disposiciones legislativas u otras, los Estados partes se comprometen a adoptar conforme a sus prescripciones constitucionales y a las disposiciones de la presente Convención las medidas legislativas u otras necesarias a hacer efectivos estos derechos y libertades."
65. Le indico algunos grandes nombres de la doctrina latinoamericana que se han interesado por estas cuestiones, ver H. Fix-Zamudio, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte interamericana de Derechos humanos", *Revista latinoamericana de Derecho*,

ejemplar estos dos elementos emblemáticos del enmarañamiento de los sistemas, se trata de Colombia.[66] Los arts. 93 y 94 de la Constitución colombiana del 06/07/1991 establecen la superioridad de los tratados relativos a los derechos humanos ratificados por el Estado así como las normas de derecho internacional humanitario que no pueden ser suspendidos incluso en período de estado de excepción.[67] En este contexto excepcional de apertura al derecho internacional de los derechos humanos así como al ius in bello, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana era un referente primordial que había que tomar en consideración a la hora de interpretar la Constitución.[68] Así, en el ámbito de las violaciones masivas de los derechos humanos o en materia de libertad de expresión, no faltan las referencias explícitas a la jurisprudencia interamericana, mientras que la doctrina ha señalado que las inspiraciones implícitas se contaban en nada menos que ciento setenta asuntos.[69] En tal contexto, el diálogo es sinónimo de concordia como lo ha demostrado igualmente la jurisprudencia argentina[70] o también la peruana.[71] Esta posición ha sido explícitamente alentada por la Corte Interamericana misma en los asuntos históricos recientes que consideran que la lógica del sistema es inducir

Año 1, n.1, Enero-Junio de 2004, pp. 141-180; E. Jiménez de Arechaga, "La Convención americana de derechos humanos como derecho interno", Boletín da Sociedade Brasileira de Directo Internacional, Brasilia, n.69-71, 1987-1989, pp. 35-55.

66. J. Córdoba Triviño, "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, pp.667-684.

67. Le remito directamente a la Constitución colombiana para que valore usted su apertura al derecho internacional: Art. 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él." [Estos dos últimos apartados fueron añadidos a raiz de una reforma en 2001 con el fin de tomar en cuenta los imperativos inducidos por el derecho internacional penal]. Art. 94: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

68. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010/00, y también sentencia C-406/96.

69. J. Córdoba Triviño, *op. cit.*, p.671.

70. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 14/06/2005, Simón, Julio Héctor y otros la conocen todos los internacionalistas. Los jueces supremos argentinos declararon nulas las famosas leyes dichas de "Punto Final" del 24/12/1986 y de "Obediencia Debida" del 4/06/1987 adoptadas por el gobierno de Raúl Alfonsín a pesar del riesgo de mantener vivo el sentimiento de injusticia de las familias de desaparecidos. Algunos extractos significativos de esta sentencia vienen reproducidos en una revista publicada gracias al apoyo de la Corte Interamericana, pero también del Instituto interamericano de derechos humanos, de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Fundación Konrad Adenauer, que lleva un nombre cargado de símbolos: Diálogo jurisprudencial, n.1, Julio-Diciembre 2006, pp. 257-273. Para una panorámica de la situación argentina, ver E. S. Petracchi, "Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, pp.1253-1278.

71. Tribunal Constitucional de Perú, 29/11/2005, Santiago Martín Rivas, asunto n.4587-2004-AA/TC.

un "control de convencionalidad" puesto en obra directamente por el juez interno, cualquiera que sea su labor en la arquitectura constitucional – i.e. que el control de constitucionalidad sea difuso o concentrado.[72] Inútil es decir que el tiempo de las resistencias no ha llegado (¿aún?) al continente latinoamericano. ¿Será ineluctable? Hay que seguir al acecho de la evolución del diálogo convencional en América, pero ya comienzan a aparecer manifestaciones de resistencias.[73]

2. El diálogo desenfrenado

El diálogo se considera desenfrenado cuando ninguna imposición, ningún sistema jurídico obliga, constriñe, induce el diálogo. Aparece fuera del juego sistémico (integrado tanto como convencional). Por consiguiente, nace en la resistencia a las obligaciones de un sistema. Ninguna brida sistémica lo dirige, lo reglamenta, lo orienta. Si se presentan algunas manifestaciones emblemáticas del diálogo desenfrenado, tienen toda la apariencia de la espontaneidad.

En realidad, las cosas son más complejas. Podemos legítimamente preguntarnos si la crónica del diálogo desenfrenado no es en realidad la de un diálogo más que anunciado. El juez que dialoga así con otros jueces, sin que suponga ninguna obligación,

72. CorteIDH, 26/09/2006, Fondo y reparaciones, Almonacid Arellano y otros c. Chile, Serie C n.154, §124. Reproduzco aquí uno de los puntos clave de esta importante sentencia: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Este extracto da a entender que el juez interno tiene el poder de resolver un conflicto entre una ley interna y una disposición de la Convención Americana en provecho de ésta. Sobre todo, invita al juez interno a aferrarse no solo al texto de la Convención, sino por supuesto a la interpretación realizada por la Corte, lo que supone que esté atento a la evolución jurisprudencial interamericana. Algunas precisiones complementarias fueron aportadas sobre este control en el asunto de los Trabajadores despedidos del Congreso. Se puede leer que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad'77 ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". CorteIDH, 24/11/2006, Fondo y reparaciones, Trabajadores despedidos del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú, Serie n°158, §128. Entre tantos, cfr. Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.). *El control difuso de convencionalidad*. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, México: Fundap, 2012.

73. Véase por ejemplo la Sentencia 1939, de fecha 18.12.2008, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela acerca de la inejecutabilidad de las sentencias de la CorteIDH. Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html. Cfr. Carlos Ayala Corao, La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de venezuela (1999-2009), Fundación Manuel García Pelayo, Estudios, Caracas, 2009; Allan Brewer-Carías, "El juez constitucional *vs*. la justicia internacional en materia de derechos humanos", en: *Revista de Derecho Público*, N. 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 261-266. Sagués resalta que esta postura es diametralmente opuesta al control de convencionalidad, Cfr. N. P. Sagués, El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, en: Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un *ius commune* latinoamericano, Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), UNAM, México, 2011, p. 396.

está en realidad atrapado en una red de imposiciones más o menos exigentes (A). Como la teoría de la «mano invisible» de Adam Smith, un conjunto de obligaciones judiciales invisibles impulsan a los jueces a dialogar, a citar «jurisprudencias venidas de fuera», las que se sitúan fuera de su propio sistema de referencia[74]. Si se consigue descifrar el círculo de las obligaciones, aparece entonces el sentido del diálogo; más valdría decir los sentidos (B).

2.1. Las manifestaciones del diálogo

No pretendo, en este homenaje epistolar, presentar el florilegio de los diferentes tipos de jurisdicción que rigen el mundo entero. Me niego rotundamente a que se distraiga su atención debido a una presentación que muy rápidamente se transformaría en letanía "negativa". Simplemente pretendo revelarle las manifestaciones más impactantes de este diálogo desenfrenado que se ha llevado a cabo tanto de modo horizontal como de modo vertical en el interior de los continentes, pero también entre sus orillas. Estas imágenes geométricas no están más que para ayudar a visualizar un fenómeno de una riqueza en todos sus aspectos excepcional; no lo considere como un juicio de valor sobre la igualdad o al contrario la jerarquía entre las jurisdicciones. La configuración de las relaciones entre los derechos, los sistemas y los jueces ya no está marcada por tales apreciaciones hoy invalidadas por una compleja realidad jurisdiccional. El enmarañamiento es hoy la palabra clave; la "red", para llamarla por su nombre, propaga las teorías contemporáneas del derecho.[75] Por cierto, el consejo de estado, considerando las conclusiones de uno de sus jóvenes miembros en el ya histórico asunto arcelor ¿No estaba demostrando esta apertura a las teorías que me atrevo a llamar "las teorías de la apertura" al atribuir a las tesis "delmas-martianas"[76] del "pluralismo ordenado" un puesto de honor?[77]

74. No pretendo aquí hacer la distinción entre los jueces internos y los jueces internacionales y su respectivo uso tanto del derecho interno "extranjero" (*foreign law*) como del derecho internacional como tal. Algunos especialistas (en particular constitucionalistas) no sitúan en el mismo plano la utilización de las decisiones de justicia internas "extranjeras" y las decisiones internacionales. Me refiero aquí al muy interesante artículo de S. Sanders. "Judicial dialogue in common law countries", Renouveau du droit constitutionnel…, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 413-428.

75. El libro de F. Ost y de F. de Kerchove, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. se ha vuelto hoy un "clásico"; señal inequívoca de los cambios en profundidad que irrigan el derecho y, por vía de consecuencia, los estudios sobre el derecho. No hay mejor prueba de ello que la reflexión acerca de las teorías sobre el pluralismo jurídico, ver a este respecto L. Fontaine (dir), Droit et pluralisme, Bruxelles, Bruylant, 2007, 398 p.

76. La fórmula en francés, "Delmas-Martiennes", es regularmente utilizada (con empatía) por los que siguen con entusiasmo las reflexiones de M. Delmas-Marty, gran jurista de "la apertura", del "desplazamiento de miradas" cuyos estudios demuestran que la superación de las fronteras entre las ramas del derecho como entre las disciplinas es no solo posible sino deseable. Su trilogía sobre las "fuerzas imaginativas del derecho" renueva sin ser igualada la reflexión sobre el modo en que hay que abarcar hoy en día el estudio del derecho, Le relatif et l'universel, Le pluralisme ordonné, La refondation des pouvoirs. Todos estos títulos están publicados en la Editorial Seuil (2004, 2006 y 2007).

77. Conclusiones del Comisario del gobierno Mattias Guyomar en el asunto juzgado por el Consejo de Estado el 8/02/2007, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, req. 287110.

Echemos juntos un vistazo si lo desea a lo que podría aparecer de buenas a primeras como un diálogo horizontal espontáneo. Está atravesado por una summa divisio bastante clásica. La horizontalidad nacional caracteriza un diálogo entre jueces nacionales de países diferentes, mientras que la horizontalidad internacional estriba en la manifestación del diálogo alimentado entre las numerosas y diversas jurisdicciones internacionales. Citar decisiones nacionales "extranjeras" para jueces constitucionales y supremos es hoy algo corriente; la "fabricación" de las decisiones judiciales está influenciada por el derecho comparado y repercute automáticamente en en el aspecto formal de las decisiones judiciales. Sobran ejemplos y los medios modernos de comunicación electrónica, los bancos de datos en la red son instrumentos valiosos para descubrir estas "pláticas judiciales". Numerosas decisiones demuestran por ejemplo que europa está hoy irremediablemente interconectada en una red judicial. así, en el marco de lo que constituye la "anécdota" de la puesta en obra de la orden de arresto europea, conviene señalar la increíble apertura a las decisiones venidas de fuera en la sentencia constantinou de la corte suprema de Chipre.[78] Asimismo se pueden citar las sentencias de los tribunales constitucionales de Alemania, Grecia y Polonia sobre la orden de arresto europea.[79] ¿Qué decir también de la apertura de las jurisdicciones del *common law* a la jurisprudencia de otras jurisdicciones nacionales? La corte constitucional de Sudáfrica, la corte suprema de Australia, la corte suprema de Canadá o la corte de apelación de Hong-Kong no vacilan en referirse a una jurisprudencia nacional extranjera en su sistema de referencia.[80] En cuanto a la horizontalidad internacional, no le extrañará que le diga que es increíblemente proteiforme y bastante variada. Puede materializarse entre cortes ubicadas en un mismo continente, a pesar de las diferencias de estatuto y de oficio entre los jueces. Así es el caso con el diálogo entre la corte europea de derechos humanos y la corte de justicia de las comunidades europeas, demasiado conocido para que me detenga en él. ¿Qué decir de las "pláticas" entre la corte europea de derechos humanos y las jurisdicciones internacionales penales;[81] entre la corte de justicia de las comunidades

78. Corte Suprema de la República de Chipre, 7/11/2005, Abogado general contra Costa Constantinou, n. 294/2005.
79. Tribunal Constitucional de Alemania, 18/07/2005, 2BvR 2236/04, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, pp.1119-1128; Corte de Casación de Grecia, 20/12/2005, n. 2483/2005; Tribunal Constitucional de Polonia, 27/04/2005, P 1/05, Dziennik Ustaw 2005.77.680.
80. Corte Constitucional de Sudáfrica, State v. Makwanyane, n. 3/94; Corte Suprema de Australia, Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth (1992), 177 CLR 106; Corte Suprema de Canadá, Soulos v. Korkontzilas, 146 DLR (4th); Corte de Apelación de Hong Kong, Leung Kwok Hung v. Hong Kong Special Administrative Region, 8/07/2005. Estas diferentes decisiones están citadas en S. Sanders "Judicial dialogue in *common law* countries", Renouveau du droit constitutionnel…, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 413-428.
81. Son múltiples por supuesto porque los dos jueces se ven obligados en sus respectivos recursos a tomar en cuenta, sea el derecho de los derechos humanos y así la jurisprudencia europea para unos (ad ex. TPIY, 22/10/1997, Mrskic, Dokmanovic y otros; TPIY, 4/09/1998, Delalic), sea el derecho internacional y más específicamente la jurisprudencia internacional penal para otros (Corte EDH, 21/11/2001, Al-Adsani contra Reino Unido; Corte EDH, 4/12/ 2003, MC contra Bulgaria). Estas instancias judiciales son inducidas con la misma naturalidad a tomar en consideración cuestiones vinculadas con la doctrina del *lis pendens*.

europeas y el "embrión de jurisdicción" correspondiente a la organización mundial del comercio;[82] entre la corte de justicia, la corte aele y el tribunal internacional del derecho del mar?[83] Este diálogo también se materializa más allá de las fronteras continentales, cruzando los océanos. ¿Qué decir del diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea?[84] ¿Entre la corte de Quito[85] o la de ouagadougou[86] y la corte de Luxemburgo?

Desgranar las manifestaciones nacionales e internacionales de este diálogo horizontal desenfrenado no tendría fin al igual que las manifestaciones del diálogo vertical que se manifiesta entre las jurisdicciones nacionales e internacionales cuando ningún sistema (integrado y/o convencional) les obliga a mantener tales "pláticas". Cuando la corte suprema Sudafricana o, hecho excepcional, cuando la corte suprema de los estados unidos,[87] hace suya la jurisprudencia de la corte europea, es un acontecimiento notado y de notar. Cuando a su vez la corte de estrasburgo coquetea con las jurisprudencias de la corte suprema de Canadá, de Australia o de Sudáfrica, no se puede pasar de largo tal circulación de decisiones judiciales.[88]

Sobre este último punto, le remito al razonamiento de la Corte Europea en el asunto Bankovic (Corte EDH, 12/12/2001, Bankovic y otros) respecto a los procedimientos paralelos ante la CIJ y el TPIY.

82. Le remito aquí no a referencias jurisprudenciales sino a un estudio que realiza una buena síntesis sobre la cuestión bajo el enfoque particular de las relaciones entre sistemas y que le permitirá valorar el "estado" del diálogo entre las dos jurisdicciones, A. Laget-Annamayer, "Le Statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire: en attendant la consécration de l'invocabilité", RTDE, 2006, pp.249-288.

83. CJCE, 30/05/2006, Comisión c. Irlanda, C-459/03, rec. I-4635.

84. Los estudios doctrinales comparativos sobre los dos sistemas de protección de los derechos son a menudo fruto de antiguos presidentes de la Corte de San José. Para algunos ejemplos, se pueden citar los estudios del uruguayo Hector GroS Espiell, "Le système interaméricain comme régime régional de protection des droits de l'homme", Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975, T. 145, nº 2, pp. 7-55; "La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme", Liber Amicorum Marc-André Eissen, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp.233-246; del brasileño Antonio Cançado Trindade, "The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights", Human Rights Law Journal, 2004, v. 25, n. 5-8, p. 157 o también por supuesto del estadounidense Thomas Buergenthal, "The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction", Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Rolv Ryssdal, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold (eds.), Köln/Berlin/Bönn/München, Carl Heymans, 2000, pp. 123-133.

85. Ad ex. Corte de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 3, AI, 96.

86. Véanse las conclusiones del juez ponente Mbacké en el asunto juzgado por la Corte de Justicia de la Unión Económica del Oeste Africano, 29/05/1998, Laubhouet Serge c. Comisión de la Uemoa del 29/05/1998, Recueil de la Jurisprudence de la Cour de l'Uemoa (01-2002), Ouagadougou, Burkina-Faso, pp.21-41. Ver la tesis de D. Sanou, La juridictionnalisation des organisations d'intégration économique régionale en Afrique, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2012 (directora de tesis, L. Burgorgue-Larsen) (por publicar en 2013).

87. Corte Suprema de Estados Unidos, 26/06/2003, Lawrence v. Texas [539 US, 2003]. Esta sentencia ha dado la vuelta al mundo de las crónicas judiciales. En efecto la Corte operó un viraje espectacular respecto a la sentencia Bowers v. Hardwick [478 US, 1986] al poner fin a la represión penal de la sodomía. Además de la decisión de fondo, fue la manera de cambiar de rumbo lo que fue destacado. De la sentencia Dudgeon c. Irlanda del 22/10/1981 vino la motivación central del juez supremo, no sin oposiciones internas procedentes en particular del Chief justice Rehnquist (Presidente) y de sus jueces Thomas y Scalia.

88. J. F. Flauss, "Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen, Lausanne, 14-15/04/2000, Zürich, Schulthess, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2002, pp. 159-182.

En realidad, emergen – imponentes e inapelables – los límites de semejante inventario desprovisto de análisis explicativos. Porque a fin de cuentas, una vez realizada la constatación, nos abruman los cuestionamientos. sobre todo, ¿Hasta qué punto se puede generalizar, se puede hacer caso omiso de cada contexto, de cada desmarcación del oficio del juez, de cada estígmata de los ordenamientos (nacionales e internacionales), todos ellos factores que pueden explicar el uso de decisiones judiciales "exógenas" a los sistemas referentes? Asimismo, ¿No resulta un poco simplista hablar de apertura a las decisiones judiciales sin acercarse a los diferentes modos de citación y por lo tanto de uso concreto? Una referencia a nivel de los "hechos" no tendrá el mismo valor que un lugar escogido en la argumentación del juez. Asimismo, el uso por un juez disidente de las decisiones extranjeras no tendrá el mismo alcance ni el mismo significado que su uso por un colegio de jueces. ¿No resulta demasiado reductor hablar de "diálogo" cuando en realidad se podría ver sólo un uso absolutamente clásico del derecho comparado? Soy consciente de que las dificultades metodológicas son innumerables a la hora de abarcar tales cuestionamientos que se multiplican hasta la saciedad. Así, ¿cómo facilitar explicaciones que valgan cuando la cartografía precisa y finalizada de los diálogos judiciales a través del mundo es un intento insensato, imposible de realizar, salvo disponiendo de un batallón de comparatistas y de herramientas inteligentes de búsqueda informática, y aun así... las decisiones judiciales que circulan y que acceden a la notoriedad judicial mundial no son más que la cara emergida de un "iceberg judicial" tentacular y al fin y al cabo insondeable, ¿No es así?

A pesar de esos muchos obstáculos, aspiro sin embargo (a menudo hay que ser un tanto inconsciente para avanzar) a localizar y entresacar los datos objetivos que explican la apertura a las jurisrprudencias "exógenas". Dicho de otro modo, ¿Por qué tal empatía judicial? Podría replicar de inmediato con otra pregunta que ya facilita parte de la respuesta. ¿Por qué no? ¿Por qué, mientras que todos los sectores de la sociedad están atrapados por la globalización, por qué imaginar que los mundos judiciales puedan mantenerse al margen de este movimiento? Se trata, antes de todo, de un signo de los tiempos modernos marcados por cierto espíritu "cosmopolita". Me permito agregar que es un signo de la buena salud de la justicia. Los jueces no quedan encerrados en su torre de marfil cuando por todas partes apremia la necesidad de adaptarse a la interpenetración de los mercados, de las economías, de la finanza, de la investigación, etc... los cuestionamientos se vuelven prácticamente idénticos a través de los cinco continentes, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. los jueces no podían quedarse al borde del camino, i.e. fuera de las múltiples mutaciones de los sistemas jurídicos y de sus interconexiones; no podían ser meros espectadores de este movimiento sin desear (¡cuán comprensible!) hacerse actores de primer plano so pena de ver cuestionadas su autoridad y sin duda también su legitimidad (ya a menudo controvertidos). En este contexto de apertura de los sistemas, no es de extrañar que todos los actores que lo componen estén atentos a lo que sucede "fuera", lo que no

deja de repercutir en su función a la hora de juzgar. Así, los abogados de las partes[89] como los *amici curiae* (cuando los procedimientos, nacionales o internacionales, permiten su intervención),[90] los "defensores objetivos del derecho" (para mencionar una figura que conoce usted bien) son todos ellos actores que lógicamente dan a conocer a los jueces la existencia de decisiones judiciales "exógenas" al sistema referente. Esta apertura a las decisiones judiciales "externas" resulta tanto más necesaria cuando, en realidad, los jueces son llevados a competir entre sí. La competencia no afecta solo a los mercados; irradia también el derecho. La "lucha por el derecho"[91] es una lucha sin tregua en la que hay que hacerse oir e imponer su "cultura jurídica". La doctrina ha analizado esta situación bajo el ángulo de la batalla de los modelos entre *common law* y derecho continental (he aludido a ello más arriba).[92] No obstante, en el universo de aparente espontaneidad del diálogo de los jueces, existen otros factores fuera de esta lucha de modelos que explican que los jueces se abran a otros jueces. Presentar estos factores, me lleva irremediablemente a interrogarme sobre el significado del diálogo.

2.2. Los sentidos del diálogo

Al facilitarle a continuación los dos sentidos del diálogo que me aparecen como el resultado de tendencias de fondo, soy consciente que tal presentación binaria, me hace correr el riesgo de una simplificación excesiva de las cosas y de dejar de lado la "complejidad" de lo real. El "paradigma de la simplificación",[93] denunciado con fuerza por Edgar Morin, es desgraciadamente una trampa en la que fácilmente se puede caer; el pensamiento cartesiano está inevitablemente ligado a Occidente por no decir a Francia.[94] Intentaré no caer en ella poniendo de relieve cada vez que sea

89. Este punto viene evocado en el estudio de S. Saunders, "Judicial dialogue in common law countries", Renouveau du droit constitutionnel…, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 413-428. Ver también G. Canivet, "Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la 'bénévolance' des juges", Revue des Sciences criminelles, Octobre-décembre 2005, pp.805-806: "los abogados son también potentes vectores de influencia. Son ellos quienes, por las referencias que invocan y las citaciones que hacen de jurisprudencias externas, establecen concordancias entre las cortes internacionales o nacionales."

90. El que fue Primer Presidente de la Corte de Casación (y que ahora ocupa el Palacio Montpensier) llegó a escribir: "desde hace varios años, la Corte de Casación está en búsqueda de procedimientos que permitan, ante ella, la expresión de los intereses generales implicados en las cuestiones debatidas en el marco de los recursos que se le presentan (…). Se trata de pedir explicaciones sobre un hecho común a toda una serie de litigios y cuya buena apreciación es necesaria par forjar, en ausencia de ley al respecto, la regla de derecho oportuna", G. Canivet, "L'amicus curiae en France et aux Etats-Unis", Revue de jurisprudence commerciale, mars-avril 2005, n. 2, p.99 et 106.

91. F. Ost, "Obiter dicta". Dire le droit, faire justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. XXII.

92. J. Allard, A. Garapon, Les juges dans la mondialisation, Paris, Seuil, 2005, p.; G. Canivet, "Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la 'bénévolance' des juges", Revue des Sciences criminelles, octobre-décembre 2005, pp.805-806.

93. E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005, p.18 (Col. Points Essais).

94. E. Morin escribe también que "vivimos bajo el imperio de los principios de disyunción, de reducción y de abstracción cuyo conjunto constituye lo que llamo 'el paradigma de la simplificación'. Descartes formuló este paradigma que domina Occidente, desuniendo el sujeto pensante (*eco cogitans*) y la cosa material (*res extensa*), es decir filosofía y ciencia, y planteando como principio de verdad las ideas 'claras y separadas', es decir el pensamiento disyuntivo en sí. Este paradigma, que controla la aventura del pensamiento occidental

necesario las contradicciones, las tensiones, los escollos del diálogo. Si "la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de la confusión, de lo inextricable, del desorden, de la ambigüedad, de la incertidumbre",[95] intentaré no dejarme desestabilizar. Más allá de la complejidad de lo real, aparece sin embargo que el diálogo contiene un ideal (a veces reivindicado, a veces inducido) de coherencia. En ocasiones se trata de asegurar la coherencia de sistemas cuyos principios de funcionamiento son similares: nos topamos en este caso con una lógica de sistema, es el ideal sistémico (1º); en otras ocasiones se trata in fine de hacer prevalecer una visión común de los derechos de la persona humana incluso de su grado de protección, es el ideal humanista (2º).

2.2.1. El ideal sistémico

El ideal sistémico es manifiesto en el campo de los procesos de integración (económico y político); inducen necesariamente un diálogo entre los jueces de los sistemas integrativos. Unos cuantos ejemplos bastarán, eso espero, para convencerle. Deténgamonos un momento sobre las razones que explican que la Corte AELE haga referencia a las decisiones de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.[96] Convendrá usted que en este caso ningún procedimiento institucionalizado obliga al diálogo y que no existe lucha alguna por una "cultura jurídica" específica. En realidad, las referencias vienen inducidas por las obligaciones que derivan de la existencia de los sistemas del Espacio Económico Europeo por una parte y de la Unión Europea por otra y cuyos principios de funcionamiento deben ser interpretados entre sí del modo más compatible posible so pena de crear desorden, incertidumbre, por no decir inseguridad jurídica.[97] La coherencia es vital para la efectividad de los sistemas AELE y UE y permite explicar el diálogo. En realidad, se encuentra esta necesidad de coherencia vital en el diálogo entre los jueces nacionales – aferrados al sistema de integración europea – cuando tienen que poner en ejecución la decisión marco relativa a la orden de detención europea… Cuando uno se interesa por la circulación de las decisiones judiciales entre los sistemas de integración europea, africana y latinoamericana, lo que

desde el siglo XVII, ha permitido sin duda los enormes progresos del conocimiento científico y de la reflexión filosófica; sus últimas consecuencias nocivas sólo empiezan a revelarse en el siglo XX". Ibidem, p.18.

95. Ibidem, p.21.

96. Para un ejemplo reciente, ver Corte AELE/EFTA Court, 30/10/2007, Efta Surveillance Authority / The Kingdom of Norway, E 2/07.

97. Leamos lo que escribe un especialista de estas dos Cortes: "The relationship between the interpretation of EC and EEA principles, wich are in many respects identical to EC law, the EFTA Court is obliged to follow ECJ precedents from before 1992, and to take later ECJ judgments duly account. In the other hand, the ECJ is not obliged to take account of judgements of the EFTA Courts. Yet, as the ECJ's President has stated, ignoring EFTA Court precedent would simply be incompatible with the overriding objective of the EEA agreement, wich is homogeneity.", M. Bronckers, "The relationship of the EC Courts with other International Tribunals: non-committal, respectful ou submissive?", Common Market Law Review, 2007, pp. 601-627, especialmente p. 605. La referencia a las palabras pronunciadas por el presidente Skouris es la siguiente: V. Skouris, "The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A pardigm fot international cooperation between judicial institutions", Baudenbacher, Tresselt, Orlygson (Eds.), The EFTA Court: Ten years on, Oxford and Portland, 2005, p.123.

se constata revela la complejidad del desciframiento del sentido de la circulación de las decisiones judiciales. En efecto, si el ideal de coherencia se mantiene presente, no reviste el mismo significado que en el universo europeo. Es desde luego vital pero no del mismo modo. Me explico. En realidad, no se trata aquí de "diálogo", en el sentido que he definido en mis propósitos liminares. No existe una discusión propiamente dicha "de a dos o a varios". Se impone la unilateralidad en lugar del intercambio. En efecto, las Cortes de Quito, de Managua o de Ouagadougou, todas jurisdicciones reguladoras de la construcción de los Mercados Comunes andino, centroamericano y de África del Oeste mencionan sistemáticamente las decisiones de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias,[98] pero la inversa no existe en absoluto. La Corte de Luxemburgo ignora literalmente estas jurisprudencias aunque la Unión Europea en sentido amplio no ignora sus "jóvenes" sistemas de integración. La explicación de la referencia a la jurisprudencia de los jueces de la meseta de Kirchberg no estriba ni en la obligación (no hay huella alguna en los tratados constitutivos de las organizaciones africanas y latinoamericana), ni en una manifestación de estrategia de competencia destinada a imponer una "cultura jurídica". En realidad, solo domina la necesidad de dar más peso a una jurisprudencia balbuceante otorgándole la autoridad incontestable de la historia: la de la "jurisdicción madre" que fue la que participó en la construcción del sistema de integración europeo. El sentido del diálogo (que, como lo hemos visto, no es un diálogo propiamente dicho…); el sentido de la importación de la jurisprudencia comunitaria europea (es más exacto así) implica tomar los hábitos de la legitimación. De este modo, la consecuencia de tales referencias es al fin y al cabo la consagración de una coherencia sistémica intercontinental que valoriza la especificidad de las organizaciones de integración. Se puede incluso afirmar que a la inversa es a lo que desemboca la reciente mención a la jurisprudencia fundadora Costa c. Enel por Wilfrido Fernández, Expresidente del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del Mercosur. En la primera "opinión consultiva" emitida por el Tribunal cuya sede se ubica en Asunción, Paraguay[99], el Presidente – in fine puesto en minoría… – aprovechó la ocasión para presentar su concepción del mecanismo prejudicial tal y como existía en el sistema del Mercosur con el fin de que pudiera asemejarse al art. 234 T.CE…[100] Y se desató en una vibrante defensa del reconocimiento específico del derecho de la

98. Al faltar de espacio, me permito remitirle a un estudio que realicé en honor de un colega que tuvo la suerte de trabajar durante muchos años con el Presidente poeta Léopold Sedar Senghor, "Prendre les droits communautaires au sérieux. La force d'attraction de l'expérience européenne en Afrique et en Amérique latine", *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*. Etudes en l'honneur du Professeur Jean-Claude Gautron, Paris: Pedone, 2004, pp.563-580.

99. Tribunal Permanente de Revisión (TPR), opinión consultiva del 3/04/2007, n. 1/2007 (www.mercosur.int).

100. El procedimiento de la "opinión consultiva" es una figura procesal "híbrida". Se ha inspirado en el mecanismo prejudicial del artículo 234 T.CE, pero sin adoptar toda su lógica ya que la opinión emitida por el TPR no vincula a las jurisdicciones nacionales. Este punto, como lo puede imaginar, suscita vivas controversias doctrinales en América, ver entre los abundantes estudios, R. Ruiz Diaz Labrano, "Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, pp.629-651.

integración, creador de un "orden público regional". El ideal sistémico se manifiesta también cuando un juez se preocupa por preservar la unidad de un orden jurídico en el que viene incorporado. Me refiero aquí a la jurisprudencia de la Corte Europea que, por estar irremediablemente relacionada con el derecho de las organizaciones internacionales, porque no puede sustraerse a las reglas del derecho internacional público (como por ejemplo el derecho de los tratados), no puede prescindir del ordenamiento jurídico internacional. Evocamos aquí la dimensión legitimadora cuando la Corte de Estrasburgo se preocupa por mencionar sentencias de su homóloga que dominó sola, por mucho tiempo, el universo judicial internacional: la Corte Internacional de Justicia.[101] La preocupación por la legitimación no tiene por supuesto nada que ver con la evocada anteriormente por las Cortes africana y latinoamericana. En este caso se trata de legitimar una postura – ortodoxa o innovadora – al mencionar los precedentes judiciales de la CIJ para conformarse con ella o a alejarse,[102] en todo caso para mencionar las pasarelas entre el ordenamiento convencional de los derechos humanos y el ordenamiento internacional general. ¿Puede hablarse aquí tecnícamente de "diálogo" con la CIJ? Esta instancia judicial es conocida por relegar a un lugar subsidiario (por no decir prácticamente inexistente) el art. 38§1.d del Estatuto del que se sabe que autoriza a aplicar "decisiones judiciales". Si se complace en el "narcisismo jurisprudencial", es extraordinariamente indiferente a la jurisprudencia de los otros tribunales internacionales y nacionales.[103] Eso explica que la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo no haya tenido hasta ahora ningún eco en sus largas decisiones.

2.2.2. El ideal humanista

El derecho, ahora más que nunca, está determinado por los valores.[104] Aunque no se resuman a la protección de los derechos fundamentales, es difícil negar que ocupan un lugar cada vez más central en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Ahora bien, tomando algo de distancia para intentar discernir las líneas de fuerza del diálogo desenfrenado, aparece de modo bastante evidente que tiende al fin y al cabo al establecimiento de una coherencia de los valores humanistas. Lo que llama aquí la atención es que todos los jueces, sea cual sea su especialidad y

101. Estos últimos años el asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía – el cual dio lugar a dos sentencias – ha llamado la atención de los comentaristas en la medida en que la Corte de Estrasburgo manifestó una apertura excecional a la jurisprudencia de la CIJ (Corte EDH, 6/02/2003, Mamatkulov y Askarov c. Turquía y Corte EDH, Sala Grande, 4/02/2005, Mamatkulov y Askarov c. Turquía).
102. Los vínculos entre la Corte EDH y el derecho internacional son tales que dan lugar a una Crónica anual realizada por G. Cohen-Jonathan y J.-F. Flauss en el Annuaire français de droit international.
103. El artículo de M. Kamto es a este respecto de lo más edificante, escrito además con tanta brillantez y elegancia de estilo como lo corrobora su expresión "narcisismo jurisprudencial". Ver "Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales", La juridictionnalisation du droit international, Paris, Pedone, 2003, pp.393-460.
104. Le remito sobre este punto al curso impartido por Mireille Delmas-Marty a lo largo del primer semestre de 2008 en el Collège de France donde se trató de los "valores", más aun de las "comunidades de valores" (www.collegedefrance.org).

su sistema de referencias, están determinados por esta potenciación de los derechos. Eso no quiere decir que la tendencia esté exenta de oposiciones, de rechazos, en una palabra, de confrontaciones. El camino hacia el ideal es caótico y no lineal: la universalidad de los derechos, de su contenido, de su alcance no son aceptados por todos y por todo. Hay jueces efectivamente que rechazan el diálogo (ignorando sencillamente a los otros jueces); otros al contrario si se prestan al juego del "trato judicial", es en realidad para refutar más fácilmente valores a los que no suscriben.

Empecemos por un diálogo de los más conocidos, el que se entabla ante nuestros ojos – i.e. en Europa – entre las dos cortes supranacionales. Haciéndonos aquí un poco los ingenuos – por no decir los hurones[105] – nos podemos preguntar porqué las Cortes de Luxemburgo y de Estrasburgo se abrirán tan a menudo a la jurisprudencia la una de la otra. La primera contestó al llamamiento apremiante de las cortes constitucionales para paliar la laguna original de los tratados constitutivos. Al hacer esto, gracias al mecanismo de los principios generales del derecho, ha acabado otorgándole un lugar privilegiado a la Convención y luego a la jurisprudencia de la Corte Europea. En este caso también admitirá usted que no existía ninguna obligación impuesta por el sistema tal como estaba previsto en su origen; que no existía ni existe competencia alguna entre los modelos; sin embargo, las obligaciones (en apariencia "invisibles") inducidas por el sistema de integración la han llevado a tomar en cuenta el llamamiento de las cortes internas, valorizando así las decisiones de la Corte de Estrasburgo… Asimismo, cuando ésta hace referencia a la jurisprudencia comunitaria y que le atribuye un lugar privilegiado en sus sentencias, es grosso modo en la mayoría de los casos[106] para exportar al sistema convencional, a pesar de las diferencias de naturaleza y de objetivos que existen entre los dos universos, una noción que le permita asumir el reto de la compatibilidad.[107] De estas complejas interferencias nacieron múltiples enmarañamientos e interconexiones que unen a las dos Cortes, obligadas (por no decir condenadas…) a asegurar in fine en el continente europeo la homogeneidad de los derechos fundamentales y de los conceptos que les están vinculados.[108] A pesar de la ausencia de obligación jurídica y mientras que la Unión Europea por una parte y el

105. Cómo no recordar aquí un famoso artículo que, siendo estudiante, me apasionó: "Un Huron au Palais Royal".

106. En realidad, es tal la multiplicidad de casos que los matices podrían ser innumerables. Intento sin embargo ceñirme a lo esencial...

107. Estoy pensando por ejemplo en la jurisprudencia Pellegrin c. Francia de 1996 en la que la Corte se reapropia la noción comunitaria de "funcionario". Más recientemente en el muy importante asunto D.H. y otros c. República Checa del 13/11/2007, fue la noción de "discriminación indirecta" tal y como se plantea en los textos de derecho derivado y la jurisprudencia comunitaria la que retomó la Sala Grande de la Corte de Estrasburgo.

108. Sin embargo las dos Cortes no deberían de caer en una "tendencia al seguimiento" que rebajaría el nivel de protección. Las sentencias emblemáticas de lo que podría calificarse con severidad de "tendencia al seguimiento"… son las sentencias de la Corte de Estrasburgo del 30/06/2005, Bosphorus Hava c. Irlanda (que otorga al sistema comunitario de protección de los derechos una garantía de convencionalidad reservándose, sin embargo, una puerta abierta para una eventual condena en caso de insuficiencia manifiesta de la protección jurisdiccional) y la sentencia de la Corte de Luxemburgo del 22/09/2006, España c. Reino

Consejo de Europa por otra no tenían porqué a priori estar hasta tal punto relacionados – incluso atados de pies y manos – el enredo de obligaciones ha acabado ganando una necesaria y saludable apertura al otro. La misma constatación vale para el diálogo que se ha entablado entra las Cortes interamericana y europea de derechos humanos. No obstante cabe señalar que al inicio la corriente fue solo en sentido único: la Corte de San José no vaciló en apoyarse, precoz y abundantemente, en la jurisprudencia de su homóloga de Estrasburgo. Se trataba sencillamente de asegurar la legitimidad de sus decisiones amparándose en una jurisprudencia más antigua, más conocida y por vía de consecuencia dotada de una "autoridad" incontestable. Sin embargo, el diálogo ha sucedido a la importación pura y llanamente legitimadora. Hoy en día la Corte Europea – ayudada por cierto por las informaciones transmitidas por los *amici curiae* – ya no ignora los avances originales de su homóloga interamericana.[109] El resultado es una harmonización de la interpretación de los derechos, a pesar de las especificidades propias de los sistemas convencionales americano y europeo.

Pienso fundamentalmente que se impone la misma constatación global a la hora de descifrar el diálogo entre las Cortes Supremas de los países del *common law*, entre éstas y la Corte Europea de Derechos Humanos[110] o entre ésta última y los tribunales penales internacionales.[111] Los aspectos procesales y materiales de los derechos están en el centro de los intercambios. Exploremos rápidamente, si me lo permite, estos dos elementos.

El diálogo permite constatar la difusión de lo que algunos han llamado un "modelo" del proceso equitativo.[112] En este marco, la cuestión del derecho de acceso al juez – parte integrante del proceso equitativo – está en el centro de toda la atención al constituir ni más ni menos la llave de entrada para una protección efectiva de los derechos sustanciales. Europa se encuentra por cierto a este respecto en el corazón de un dilema propio de las democracias: ¿se puede en nombre de la lucha contra el terrorismo descartar el derecho al juez, hasta mermarlo en su sustancia? El reto es aquí claramente identitario. Entran en juego principios fundadores de la identidad

Unido que valida la reforma del derecho electoral británico que tenía como fin sacar las consecuencias de la sentencia de condena Matthews c. Reino Unido de 1999.

109. Se da el caso por ejemplo en materia de desapariciones forzadas, Corte EDH, Sala Grande., 8/07/1999, Cakici c. Turquía; Corte EDH, 9/05/2000, Ertak c. Turquía; Corte EDH, 13/06/2000, Timurtas c. Turquía. Es sintomático constatar que la famosa ONG Cejil (El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, actor de primer orden del sistema interamericano de protección de los derechos) se presentó como *amici curiae* para dar a conocer a los jueces europeos la riqueza de la jurisprudencia interamericana sobre esta cuestión.

110. W. Schabas, "L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des Cours suprêmes du Commonwealth", L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des Cours suprêmes.

111. A. Cassese, "La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales", Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, G. Cohen-Jonathan, J-F. Flauss (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.29-82.

112. C. Girard, "Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs (Réflexions sur la problématique générale)", H. Ruiz-Fabri (dir.), Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, pp. 21-51.

europea que descansan sobre el respeto de los derechos fundamentales. Ahora bien, si la circulación del "modelo del proceso equitativo" es incontestable, su efectividad en cambio no se da por sentada una vez por todas en un mundo cambiante, inestable, complejo, debatido por exigencias contradictorias. Pero hoy Europa vacila, intenta encontrar un término medio, no sin dificultad, no sin hacer tambalear sus valores. El legislador de la Unión se siente efectivamente cómodo con el respeto de los derechos de la persona,[113] mientras que el juez, por su parte, hace lo que puede, incluso torpemente, para salvaguardar la identidad constitucional de la Unión otorgando al derecho al juez un lugar preponderante entre las normas de *ius cogens*.[114] Si la solución no escapa a las críticas – en particular porque ha implicado aprobar la reglamentación comunitaria,[115] – no deja de ser reveladora de una voluntad de hacer "concreta y efectiva" la noción de "Unión de derecho", particularmente en la adversidad. Por su lado, los Estados Unidos han zanjado pero de forma paradójica. La jurisprudencia de la Corte Suprema se caracteriza por un hiato importante. Por un lado, la instancia judicial suprema ha acabado reconociendo a los detenidos de Guantánamo el derecho de cuestionar la legalidad de su detención ante los tribunales civiles norteamericanos, aprovenchando la ocasión para fustigar la acción del Congreso que había querido eludir las decisiones de la Corte.[116] Por otro, en el asunto Medellin contra

113. H. Labayle, "Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible", RAE, 2006-1, pp. 93-109; R. Tiniere, "La collaboration de certains Etats européens au programme de restitutions extraordinaires de la CIA en Europe et la protection européenne des droits fondamentaux", RAE-LEA, 2006-2, pp.537-556.

114. Esta temática, lo sabemos de sobra, es en síntesis la de los famosos asuntos Yusuf, Kadi, Hassan TPICE, 21/09/2005, Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-306/01, rec., p. II-3533; TPICE, 21 de septiembre de 2005, Yassin Abdullah Kadi C. Consejo de la Unión Europea y Comisión de Las Comunidades Europeas, asunto t-315/01, rec., P. Ii-3649; tpice, 12 de julio de 2006, chafiq Ayadi C. Consejo de la Unión Europea, asunto t-253/02; Tpice 12 de julio de 2006, Faraj Hassan C. Consejo de la Unión Europea y Comisión de Las Comunidades Europeas, asunto t-49/0. Ver el estudio muy preciso de P. Stangos et de G. Gryllos – "Le droit communautaire a l'epreuve des realites du droit international: Leçons tirees de la jurisprudence communautaire recente relevant de la lutte contre le terrorisme international", CDE, 2006, N°3-4, PP.429-482.

115. El dilema hoy se presenta del siguiente modo: ¿va a renegar la Corte de Justicia – en el marco del examen del recurso del histórico asunto Yusuf /Al Barakaat International Foundation – sus valores y aceptar que un reglamento comunitario que ha implementado una resolución del Consejo de Seguridad, sin que personas y entidades consideradas como "terroristas" puedan defenderse ante un tribunal independiente, permanezca válido? ¿Va ésta a seguir la argumentación del TPI que – a pesar de haber adoptado varios derechos fundamentales, en particular el derecho al juez, como norma de ius cogens – no ha vacilado en validar el reglamento comunitario, o seguirá, al contrario las valerosas conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro, quien, al situar la problemática en el terreno único de los derechos fundamentales, propone la anulación tanto de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia como la del reglamento comunitario? Conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro presentadas el 23/01/2008 en el asunto Al Barakaat International Foundation, C-415/05 P.

116. Corte Suprema de Estados Unidos, 12/06/2008, Boumedienne v. Bush, n° 06-1195. Este asunto sigue la misma línea que las decisiones dictadas en 2004 y en 2006 que el Congreso, en manos de los "neoconservadores", había eludido sistemáticamente. Las dos decisiones pioneras de 2004 consideraban que tanto los "combatientes enemigos" (ciudadanos norteamericanos detenidos en el marco de la guerra contra el terrorismo) como los "combatientes irregulares" (detenidos no nacionales) tenían que poder acceder a la justicia civil estadounidense, ver Corte Suprema de Estados Unidos, 28/06/2004, Hamdi v. Rumsfeld, n. 03/6696; Corte Suprema de Estados Unidos, 28/06/2004, Rasul v. Bush, n. 03/334. Para una visión general

Texas,[117] se negaba a que la importante sentencia Avena[118] pronunciada por la Corte Internacional de Justicia en el marco del contencioso consular vinculara a los tribunales norteamericanos,[119] lo cual hizo reaccionar muy viva y rápidamente a algunos miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.[120] El autismo para con el derecho internacional y por consiguiente para con las decisiones judiciales internacionales es una constante de la cultura judicial norteamericana:[121] el municipal *law* debe en efecto prevalecer sobre el *international law*.[122]

Si el diálogo está marcado por discordancias que revelan la imposibilidad de entresacar una visión universal e intemporal del significado del acceso al derecho, la misma constatación caótica se puede sacar para el significado del contenido y el alcance de los derechos. Por un lado, el diálogo desenfrenado saca a la luz la emergencia de líneas de fuerza sobre las problemáticas que afectan a todas las sociedades. La orientación sexual, la vida y la muerte son así cuestionamientos que, cualquiera que sea el lugar del planeta, conducen a los jueces a "desplazar sus miradas" e interesarse por soluciones extranjeras, internas o internacionales. La problemática de la homosexualidad (que desemboca en la de la homoparentalidad); la del fin de vida (que induce la de la eutanasia o de la pena de muerte); la temática del inicio de la vida (y por consiguiente del estatuto del nascisturus), son todas ellas interrogaciones existenciales que impregnan las pláticas judiciales. Sobre todas estas cuestiones, existen puntos de encuentro, a veces con serios ajustes, por no decir severas oposiciones. Lo seguro es que los jueces se abren a las decisiones extranjeras: pueden usarlas a título de consolidación con el único fin de reforzar una argumentación interna, o bien, de forma más audaz con el objetivo ostentado de operar un cambio de rumbo magistral. Fue el caso particular de la Corte Suprema de Estados Unidos cuando se remitió al asunto Dudgeon,[123] rompiendo todos los códigos y tradiciones judiciales,

de la postura de los Estados Unidos respecto a la justicia internacional, me permito remitirle a un estudio que fue apasionante escribir, "Les Etats-Unis d'Amérique et la justice internationale. Entre l'utilisation et l'instrumentalisation du droit international", Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force, R. Ben Achour, S. Laghmani (dir.), Paris, Pedone, 2004, pp.233-269.

117. Corte Suprema de Estados Unidos, 25/03/2008, Medellín c. Texas, n. 06-983.

118. CIJ, 31/03/2004, Fondo, Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América), ver M. Benlolo-Carabot, AFDI, 2004.

119. En detrimento del juez Breyer que, en su opinión disidente, se apoyó, entre otras cosas en algunas decisiones judiciales extranjeras así como en algunas disposiciones constitucionales (en particular la Constitución de los Países Bajos) para refutar la argumentación mayoritaria.

120. Véase la proposición de resolución presentada por el diputado belga Luc Van Den Brande, respaldada por otros catorce parlamentarios el 2/05/2008 (doc. 11606). Los puntos 4 y 5 rezan lo siguiente: "4. Según la asamblea, la precitada decisión de la corte suprema implica un desprecio inaceptable por el derecho internacional y un rechazo manifiesto de conformarse a las obligaciones que incumben a los estados unidos respecto a la carta de las naciones unidas. 5. Por este motivo, la Asamblea recomienda a los estados unidos que se conformen con sus compromisos internacionales asegurando, con los medios que considere oportunos, una revisión efectiva de las condenas de los nacionales mexicanos citados en la sentencia avena, así como lo ha dictado la más alta jurisdicción internacional."

121. D. Vagts. "The United States and its Treaties: Observance and Breach", 95, AJIL 2001, p. 313.

122. M.N. Shaw. *International Law*. Cambridge, University Press, 2003 (5. ed.), pp. 143-151.

123. Corte EDH, 22/10/1981, Dudgeon c. Reino Unido.

para poner fin a su jurisprudencia que durante décadas había avalado la penalización de la homosexualidad. Si el asunto Lawrence c. Texas[124] marcó una pequeña revolución, tampoco hay que considerarlo como el advenimiento de una nueva "era". La Corte estuvo dividida y las reacciones en el mundo político estadounidense fueron extraordinariamente excesivas.[125] Volvemos a la complejidad de lo real, difícil de abarcar. Asimismo, el diálogo desenfrenado entre los jueces que utilizan la noción de *ius cogens* para prohibir la transgresión de algunas normas – como la prohibición de la tortura, del genocidio, de las desapariciones forzadas pero también de la no discriminación o el derecho al juez[126]– revelan también la emergencia, aunque sea caótica, de una "comunidad de valores" según la expresión de Mireille Delmas-Marty. Los derechos económicos y sociales no quedan fuera de estas pláticas judiciales. El derecho a la vivienda o el "derecho a la alimentación" (*the right to food*) están en el centro de tensiones sociales que sacuden las sociedades, tanto desarrolladas como en desarrollo; una vez más, los jueces deben seguir con atención los estremecimientos jurisprudenciales sobre estas cuestiones para inspirarse o al contrario apartarse de estas decisiones; en todo caso, muy a menudo para referirse a ellas. Entre los países regidos por el *common law*, Sudáfrica es el más adelantado en términos de "apertura". Después del famoso asunto Grootboom que impone al Estado, en materia de derecho a la vivienda, obligaciones de acción en situaciones de extrema gravedad,[127] es el asunto Mazibuko el que viene marcado por una jurisprudencia receptiva a las

124. Corte Suprema de Estados Unidos, 26/06/2003, Lawrence v. Texas.

125. La resolución adoptada por la Cámara de Representantes el 17/03/2004 (H. Res. 568) revela la importancia de la polémica suscitada allende el Atlántico.

126. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en el asunto Anto Furundzija del 10/12/1998, § 154, afirmaba: La calificación de una norma de jus cogens tiene un "efecto disuasorio en el sentido en que recuerda a todos los miembros de la comunidad internacional y a los indivíduos sobre los que tienen autoridad que se trata de un valor absoluto que nadie puede transgredir." (n. IT-95-17/1-T). Se trataba en este asunto de la prohibición de la tortura. La solución fue retomada por la Corte Europea de Derechos Humanos que se refirió expresamente a la sentencia del TPIY (Corte EDH, 21/11/2001, Al-Adsani c. Reino Unido). La Corte Interamericana no tardó en participar en este diálogo intercontinental, CorteIDH, 11/03/2005, Fondo y Reparaciones, Caesar c. Trinidad y Tobaggo, Serie C n°123. Fue particularmente audaz al erigir el principio de igualdad y de no discriminación como norma de jus cogens en su famosa opinión, consequencia de un recurso del gobierno mexicano (CorteIDH, 17/09/2003, Opinión consultiva, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Serie A n°18). En algunos asuntos históricos del año 2006, fueron a la vez el acceso al juez y la prohibición de las desapariciones forzadas lo que se erigió en norma de jus cogens (CorteIDH, 22/09/2006, Fondo y reparaciones, Boigurrú c. Paraguay Serie C n. 153 y CorteIDH, 29/11/2006, Fondo y reparaciones, La Cantuta c. Perú, Serie C n.162). Pero la audacia (algunos la llamarían inconsciencia) no procede sólo de América. Conocemos las sentencias del TPICE que erigen como norma de jus cogens a la vez el derecho de propiedad, los derechos de la defensa y por último pero no menos importante (como la Corte de San José) el derecho al recurso judicial efectivo (TPICE, 21/09/2005, Ahmed Ali Yusuf, Barakaat International Foundation, T-306/01; TPICE, 21/09/2005, Kadi, T-315/05; TPICE, 12/07/2006, Ayadi, T-253/02; TPICE, 12/07/2006, Hassan, T-49/04; TPICE, 31/01/2007, Minin, T-362/04). No puedo aquí presentar todas las "revelaciones judiciales" de las normas de jus cogens. Me interesa pero llamar su atención sobre el hecho de, después del TPIY en el asunto Goran Jelic, la CIJ acabó saliendo de su reserva legendaria al afirmar el 3/02/2006 en el asunto República Democrática del Congo contra Rwanda que "el litigio concierne al respeto de una norma [la prohibición del genocidio] que tiene [seguramente el carácter de norma de [jus cogens]." (§64)

127. Corte Suprema de Sudáfrica, 4/10/2000, República de Sudáfrica ver Grootboom y otros, n.11/2000.

influencias exteriores: las del derecho internacional como tal pero también de las jurisprudencias nacionales extranjeras. Son a la vez sentencias brasileñas, argentinas, francesas (sí, estimado Presidente... francesas) y británicas las que ha usado el juez supremo sudafricano para declarar inconstitucional un sistema de prepago del agua y para imponer la necesaria realización progresiva de un acceso al agua potable.[128]

Estimado Presidente, ¿qué decirle para finalizar este panorama que puede dejar una sensación de vértigo? Nada seguro ni definitivo. Aunque se disciernen unas perspectivas, no son nunca lineales, de ahí la dificultad extrema de pensar con justeza. Pero sí estoy convencida de que el diálogo, el cual cobra una dimensión planetaria, lanza un desafío importante tanto a los investigadores como a los profesionales del derecho. La dificultad radica en estar a la altura de tales desafíos analíticos y prácticos. En todo caso auspicia bonitas perspectivas de investigación que no dejarán de alimentar tanto las pláticas judiciales como las /«nuestras» pláticas doctrinales.

128. Corte Suprema de Sudáfrica, 1/05/2008, Mazibuko v. Johannesbourg, n. 06/13865, en particular §§86-91.

10

El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno

Humberto Nogueira Alcalá*

Introducción. 1. Las comunicaciones transjudiciales, el diálogo de jueces y de jurisdicciones constitucionales. 1.1. Las comunicaciones transjudiciales. 1.2. El diálogo entre tribunales. 2. Los jueces como protagonistas de la circulación jurídica a través de sus sentencias. 2.1. La comunicación transjudicial o el diálogo jurisdiccional entre jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional en materia de derechos humanos. 2.2. Las modalidades de utilización del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de las cortes internacionales por las jurisdicciones domésticas. 2.3. La función del control de convencionalidad. 3. El diálogo jurisdiccional horizontal entre jurisdicciones constitucionales. 3.1. El uso del derecho no doméstico por las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado. 4. Las potencialidades y riesgos del diálogo entre jurisdicciones. 5. Las objeciones y resistencias al diálogo entre jurisdicciones constitucionales. 6. El diálogo jurisdiccional interno de los tribunales o cortes constitucionales. 7. Algunas consideraciones sobre la utilización del derecho no doméstico y el derecho convencional internacional de derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno. 8. Consideraciones finales.

Introducción

El objeto del artigo[1] es el de analizar como impacta en las jurisdicciones constitucionales un escenario de creciente convergencia y de interpenetración de los ordenamientos jurídicos o de globalización del derecho, movimiento que se ha denominado de comunicación transjudicial y de fertilización cruzada,[2] como asimismo de cooperación y diálogo internacional

* Doctor en Derecho por Universidad Católica de Lovaina la Nueva. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Miembro Asociado Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya.

1. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Nº 1110016-2011 en desarrollo por el autor del presente artículo. Publicado originalmente en: Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, 2011, pp. 17-76.

2. Anne-Marie Slaugther, "A tipology of transjudicial communication", 29 University of Richmond Law Review, 1994, p. 99.

entre magistraturas, entre éstas, las que centran nuestra atención son las de carácter constitucional, lo que lleva a una práctica jurisdiccional que utiliza crecientemente la información comparativa y en ocasiones el método de derecho comparado.

Ello implica considerar cuando y de que forma los tribunales constitucionales u otras jurisdicciones constitucionales utilizan en su razonamiento jurídico, para adoptar sus resoluciones, el derecho constitucional de otros estados y las decisiones de sus jurisdicciones constitucionales, lo que puede denominarse comunicaciones **transjudiciales horizontales en forma genérica**, algunas de las cuales pueden llegar a constituir **diálogos jurisdiccionales** que tiene un carácter espontáneo, en otros casos, son solamente monólogos.

La utilización de la jurisprudencia constitucional comparada por las jurisdicciones constitucionales es un fenómeno relativamente reciente, lo que ha sido facilitado por las nuevas tecnologías informáticas, los encuentros y seminarios internacionales de magistrados constitucionales, entre otros, los cuales permiten conocer con rapidez y casi simultaneidad las respectivas producciones jurisprudenciales.

En relación con el uso del derecho constitucional extranjero y las sentencias de jurisdicciones constitucionales de otros países por las jurisdicciones constitucionales, se consideran elementos indicativos de esta comunicación transjudicial con el derecho no nacional o doméstico, la cita en los fallos de las jurisdicciones constitucionales de disposiciones constitucionales de otros estados, como asimismo, las referencias realizadas a la jurisprudencia de otras cortes supremas o tribunales constitucionales, atendiendo a la diversidad de jurisdicciones constitucionales existentes en los distintos países. A su vez, son indicadores de comunicaciones transjudiciales en materia de derechos humanos, la cita de jurisprudencia de cortes internacionales de derechos humanos por las judicaturas nacionales, como son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Europea de Derechos Humanos, asimismo forman parte de este diálogo interjudicial las citas de las respectivas jurisprudencias entre Cortes Internacionales de Derechos Humanos.

1. Las comunicaciones transjudiciales, el diálogo de jueces y de jurisdicciones constitucionales

1.1. Las comunicaciones transjudiciales

La denominación de comunicaciones transjudiciales se lo debemos al estudio y tipología de ellas realizadas por Slaughter, donde desarrolla una tipología para comprender este nuevo fenómeno de uso infrecuente en épocas anteriores,[3] como es el uso habitual por tribunales nacionales del derecho extranjero o la jurisprudencia emanada de tribunales extranjeros, las cuales son utilizadas para utilizar nuevos

3. Anne-Marie Slaugther, "*A tipology of transjudicial communication*", 29 University of Richmond Law Review, 1994, pp. 99-137.

argumentos normalmente no considerados en el ámbito nacional o para reforzar las propias soluciones jurisdiccionales. Obviamente este fenómeno es aún mayor si existen convenciones que determinen la existencia de órganos jurisdiccionales supranacionales como es el caso del Tribunal de Luxemburgo en la Unión Europea o la Corte Penal Internacional, como asimismo cuando se desarrollan jurisdicciones internacionales en virtud de tratados internacionales de derechos humanos como son la Corte Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones jurisdiccionales son vinculantes, obligatorias e inapelables por los Estados Partes. En esta última perspectiva se establece una categoría de comunicaciones transjudiciales ya no de carácter horizontal, sino de carácter vertical.

Para efectos de nuestro análisis que se detiene en el ámbito de la jurisdicción constitucional, debe considerarse como comunicaciones transjudiciales horizontales aquellas que se concretan por el uso del derecho constitucional extranjero o de la jurisprudencia constitucional extranjera, en forma espontánea y libre por la jurisdicción constitucional nacional, ya que no existe ningún vínculo jurídico que obligue a ello, por lo tanto se recurre a dicha normativa o jurisprudencia por simpatía, por reconocimiento de mayor experiencia y por uso de razonamientos a los cuales se les reconoce cierta autoridad o legitimidad que refuerzan las decisiones jurisdiccionales nacionales. Esta perspectiva se refuerza aún más en países que pertenecen a un mismo sistema jurídico como es el anglosajón. Asimismo, es importante de considerar la comunicación transjudicial entre Cortes Internacionales como es la existente entre la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, como asimismo de estas con el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En el ámbito de las comunicaciones transjudiciales de carácter vertical debemos tener presente la función que cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional americano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito regional europeo, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados que han reconocido su jurisdicción, la que determina obligaciones de resultado. Especial impacto tiene en este ámbito, la Corte Interamericana en virtud de las obligaciones que establece el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para los estados partes,[4] de adecuar su ordenamiento jurídico y sus prácticas, ya sea a través de "medidas legislativas o de otro carácter", dentro de las cuales se encuentran de ser necesario las reformas constitucionales, como asimismo, el deber de actuación de los órganos jurisdiccionales dentro del ámbito de sus competencias, de respetar y garantizar los derechos convencionalmente asegurados, como asimismo, a las sentencias que determinan las obligaciones precisas que emanan de los casos concretos, como

4. Dicho art. 2º de la CADH, precisa: "*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*".

asimismo de las interpretaciones de los derechos emanadas de la *ratio decidendi* de los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Es así, como a partir de la sentencia en el caso "*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*",[5] la Corte ha determinado la obligación de los jueces ordinarios y constitucionales nacionales de realizar un control de convencionalidad del derecho interno de conformidad con el derecho convencional y las interpretaciones de este contenidas en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que debe ser efectuado "*de oficio*" por las respectivas jurisdicciones nacionales, como lo establece la jurisprudencia uniforme de la Corte Interamericana.[6] Esta interpretación del derecho interno según lo dispuesto en la Convención constituye una obligación que toda jurisdicción nacional debe cumplir de buena fe, constituyendo una consecuencia natural de haber ratificado la Convención y de obligarse a respetar y garantizar los derechos contenidos en ella y de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas obligaciones. Esta perspectiva le da a las sentencias de la Corte Interamericana un carácter vinculante que estructura la comunicación transjudicial de carácter vertical, del cual ninguna jurisdicción nacional puede desvincularse, sin actuar infringiendo la obligación de cumplir de buena fe la sentencia y hacer incurrir al Estado por su actuación jurisdiccional negligente y culpable en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

Es por ello que muchas cortes supremas y tribunales constitucionales en el ámbito regional han asumido expresamente en sus sentencias este deber jurídico explicitándolo claramente, de seguimiento de su jurisprudencia, así ocurre con la Corte Suprema Argentina, Chilena, de Costa Rica, de El Salvador, de México, de República Dominicana, de Uruguay, como asimismo, los Tribunales y Cortes Constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Guatemala.[7]

Esta perspectiva se ve reforzada en el contexto latinoamericano por la fuerte interrelación entre derechos humanos y Constitución, donde los derechos fundamentales aparecen claramente conformados en sus atributos y garantías tanto por la fuente

5. CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, párrafos 124-125.
6. CorteIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158, párr. 128; Caso La Cantuta *vs*. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/11/2006. Serie C No. 162, párr. 173; Caso Heliodoro Portugal *vs*. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12/08/2008, serie C No. 186, párrafo 180; Caso Rosendo Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párrafo 339. Caso Manuel Cepeda Vargas *vs*. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26/05/2010. Serie C No. 213, párrafo 208, nota 307; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs*. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2010. Serie C No. 214, párrafo. 311; Caso Fernández Ortega y Otros *vs*. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párrafo 234; Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010; Caso Gelman *vs*. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011 Serie C No. 221, párrafo 193.
7. Esta materia la abordaremos específicamente en otro artículo que forma parte de este proyecto de investigación, que se encuentra en preparación.

constitucional como por las fuentes del derecho internacional, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos con fuente interna e internacional. Ello es especialmente claro a partir de los nuevos textos constitucionales o las reformas a los ya vigentes que ocurren en las últimas dos décadas del siglo XX y los primeros años de este nuevo siglo XXI.[8]

Así puede sostenerse que las citas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las jurisdicciones nacionales ordinarias y de carácter constitucional por la obligatoriedad de su contenido, constituye una forma de comunicación transjudicial con algunas características de verticalidad, sin perjuicio de que puede llevar a un diálogo jurisdiccional, como ocurre cuando la Corte Interamericana de

8. Desde 1980 hasta el presente se han concretado las siguientes disposiciones en constituciones nuevas o reformadas: La Constitución Chilena, reformada en 1989, en su art. 5º, inciso 2º, determina que: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*". La reforma constitucional argentina de 1994, incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22, que establece las atribuciones del Congreso, la especificación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ellos son: "*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*" "*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*". La Constitución Boliviana de 2009, en su art. 410 explicita con meridiana claridad la idea del bloque de constitucionalidad, determinando: "*II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas del Derecho Comunitario, ratificados por el país*". La Constitución de Brasil de 1988, art. 4, determina que "*la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos*". A su vez, en la enmienda constitucional N° 45 de 2004, estableció en su art. 5º, § 3º que "Los tratados y convenciones internacionales aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos votaciones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales", con lo cual los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. La Constitución de México, reformada el 10/06/2011, en su art. 1º determina: "*Art. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*" La Constitución de República Dominicana de 2010, en su capítulo III, art. 74 determina en su numeral 2 y 3: "*2. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado Dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los Tribunales y demás órganos del Estado*". La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*".

Derechos Humanos cita en sus fallos sentencias de los tribunales constitucionales o de las cortes supremas nacionales, como ocurre para citar un caso reciente de 2011, con el caso "*Gelman* vs. *Uruguay*", donde la Corte Interamericana cita diversas sentencias de países latinoamericanos y europeos.[9]

A su vez puede señalarse un tipo de comunicaciones transjudiciales o de diálogo horizontal espontáneo y libre entre la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, aún en contextos parcialmente disímiles, pero con una base jurídica común, de enriquecimiento mutuo, con una deferencia necesaria, aún cuando asimétrico por la cantidad de sentencias acumuladas en uno y otro sistema y la cantidad de sentencias que se producen anualmente, como asimismo la mayor riqueza de derechos analizados por la jurisdicción europea en materia de derechos de reunión, asociación, derechos políticos, familia, integridad moral, para solo señalar algunos tópicos, aún cuando la Corte Interamericana ha podido aportar a la jurisdicción europea en materia de derecho a la jurisdicción, obligación de investigar y sancionar, derecho a la verdad, entre otros aspectos.

1.2. El diálogo entre tribunales

La expresión diálogo de los jueces es utilizada de manera habitual en forma ambigua para describir el fenómeno a través del cual algunas jurisdicciones consideran, en diversas modalidades los precedentes de jurisdicciones no nacionales provenientes de un Estado Extranjero o de una jurisdicción internacional o supranacional. Si se utilizara en forma precisa el vocablo diálogo implica bidireccionalidad en oposición a monólogo y fertilización cruzada del uso del derecho, vale decir, un intercambio de argumentos de ambas partes, lo que implica necesariamente un conocimiento cabal de los fallos del otro, dicho diálogo no necesariamente implica siempre acuerdos en enfoques y soluciones, sino que también implica reconocer diferencias contextuales, orgánicas y normativas. Dicho diálogo implicará migración de principios o razonamientos considerados válidos de un tribunal a otro, como ha ido ocurriendo por ejemplo con el principio o postulado de proporcionalidad, como asimismo, de contenido esencial de los derechos, para señalar solamente algunos ejemplos de diseminación de principios que han sido asumidos por prácticamente todas las jurisdicciones constitucionales, aunque no necesariamente se explicite formalmente el haber asumido tal perspectiva. Dicho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional, integrándose en las relaciones entre las jurisprudencias de los diversos tribunales y cortes. El diálogo jurisdiccional constituye así el procedimiento a través

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman *vs*. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011, Serie C No. 221.

del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas frente a diversos problemas que deben resolver jurisdiccionalmente.

El diálogo transjudicial implica libertad, apertura, equilibrio, persuasión, ausencia de visión hegemónica.

En materia de diálogos jurisdiccionales puede distinguirse los diálogos realizados entre jueces, tribunales y cortes que no se encuentran vinculados por el orden jurídico nacional ni internacional o supranacional, que se denomina como diálogo horizontal, el cual se diferencia de los diálogos verticales, donde el uso del razonamiento, argumentación o interpretación existente en un determinado fallo o precedente jurisprudencial debe necesariamente ser tenido en consideración por otros tribunales en virtud de una vinculación jurídica que determina la obligación de su seguimiento, donde la autonomía y libertad de una de las jurisdicciones está condicionada por su vinculación jurídica a la otra; y de diálogos verticales-horizontales, en los cuales si bien existe un vinculo jurídico y una relación de asimetría entre quienes participan del diálogo, ambos se retroalimentas con sus razonamientos, interpretaciones y decisiones jurisdiccionales. Puede sostenerse que el diálogo transjudicial tiene como objetivo la colaboración constructiva entre los diversos interlocutores con el objeto de buscar las mejores soluciones para problemas jurídicos similares.

Los diálogos o comunicaciones transjudiciales horizontales son los auténticos, son aquellos que se desarrollan entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, actúan por persuasión, ya que no deriva de ninguna obligación jurídica internacional ni constitucional,[10] lo que se facilita cuando se participa de una identidad cultural, de compartir un mismo sistema jurídico y del desarrollo de comunes métodos de razonamiento jurídico, de una identidad con el Estado constitucional democrático; aunque la no existencia de todos estos factores, no impide el intercambio de ideas y de razonamientos, aún en contextos disímiles, como ocurre entre el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún cuando los contextos políticos y culturales en que operaban, en las décadas de los años 70 a los 90 del siglo XX, eran significativamente diferentes, siendo mas similares a partir del último decénio del siglo pasado. En este tipo de comunicaciones se insertan también los usos de las jurisprudencias constitucionales de otros estados por parte de un tribunal constitucional nacional.

Los diálogos o comunicaciones transjudiciales verticales, son aquellas que establecen una vinculación jurídica en virtud del derecho internacional o supranacional entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales o supranacionales, relación que muchas veces es de carácter unidireccional, implicando el seguimiento

10. Guido Smorto. L'uso giurisprudenziale della comparazione. Ponencia en Convegno Aristec "Sciencza giuridica e prassi", Palermo, Italia, 26 al 28/11/2009, p. 1; Anne-Marie Slaugther. "A tipology of transjudicial communication". 29 University of Richmond Law Review, 1994, p. 124.

de los tribunales nacionales de sentencias o estándares fijados por los tribunales internacionales o supranacionales que tienen un carácter vinculante para los operadores jurídicos domésticos,[11] producto de obligaciones convencionales.

Este diálogo o comunicación transjudicial de carácter más vertical se facilita en el caso regional latinoamericano en relación al espacio europeo por una mayor homogeneidad cultural, aunque no siempre ideológica, como asimismo, por compartir un mismo reconocimiento de derechos humanos y los instrumentos que los contienen, los que por regla general, se consideran parte del propio sistema jurídico, conformando un verdadero *ius commune* o *lengua franca* en base a los cuales se dota de jurisdicción a tribunales internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito regional americano, con la auto exclusión de Estados Unidos y Canadá. Así en nuestros países unos mismos derechos tienen dos niveles de protección la constitucional y la convencional, la nacional y la internacional, lo que requiere que los jueces nacionales e interamericanos se muevan en la misma dirección, en una perspectiva de cooperación coordinada y constructiva, especialmente cuando dicha perspectiva viene exigida desde los mismos textos constitucionales, produciéndose el doble movimiento de constitucionalización de los derechos asegurados en el sistema interamericano y, en muchos casos, de los tratados que lo conforman, los cuales sin dejar de ser derecho internacional, son, a la vez, derecho interno; como asimismo, una internacionalización del derecho constitucional. A su vez, las jurisdicciones domésticas se constituyen al incorporarse el derecho convencional como derecho interno, en jueces que deben aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo presente que dichas normas han sido objeto de una interpretación auténtica y final por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio, que dicha normativa e interpretación es dinámica en el tiempo. Así, los tribunales nacionales deben aplicar e interpretar los derechos fundamentales dentro del marco del estándar mínimo asegurado por el derecho convencional y la interpretación del mismo formulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cooperación constructiva entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es necesaria para el correcto funcionamiento tanto de los sistemas jurídicos nacionales como del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Esta cooperación constructiva a favor de los derechos exige buena fe en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, un diálogo constante y de permanente desarrollo y una voluntad efectiva de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, que son la base de una mejor calidad de vida de cada uno y todos los seres humanos en los ámbitos nacional, regional y mundial.

11. Didier Maus. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. In: *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*, Nº 80, 2009, p. 682.

El diálogo de jueces y entre jurisdicciones constitucionales se presenta en mayor medida en el derecho constitucional y respecto de los derechos fundamentales, ya que este tiene en su contenido muchos enunciados normativos que operan mas como principios que como reglas,[12] lo que aumenta la función de los jueces en su interpretación y desarrollo del razonamiento judicial en los casos específicos y en el control abstracto de inconstitucionalidad.

2. Los jueces como protagonistas de la circulación jurídica a través de sus sentencias

A partir de los trabajos de Anne-Marie Slaughter,[13] y de Bruce Ackerman, "The Rise of Word Constitucionalism",[14] se hace presente en la doctrina constitucional la función que desempeñan los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, mediante la utilización de argumentos "extra sistémicos" en las sentencias, como son las alusiones al derecho extranjero, al derecho internacional y a las sentencias de los respectivos tribunales constitucionales o a las jurisdicciones internacionales, especialmente a aquellas con competencia sobre derechos humanos.

Recordemos las palabras de Zagrebelsky, en su discurso como Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana en el 50º aniversario de la misma,[15] las cuales podemos encontrar actualizadas en su trabajo "*El juez constitucional en el siglo XXI",* en el cual nos señala:

> Si se admite que el derecho no es sólo voluntad formalizada en ley y que la ley es una parte y no todo, no hay dificultad para las jurisprudencias constitucionales a abrirse a la consideración de los elementos constitucionales materiales del constitucionalismo actual, no en contra, pero a través de las normas constitucionales de principio, las cuales tienen que ser interpretadas y aplicadas. Este tipo de normas, formuladas con el recurso de conceptos que, para valer, tienen que ser conceptualizados a través de concepciones, constituyendo el salvoconducto para la circulación de las experiencias constitucionales entre órdenes distintos y por su recepción en tribunales constitucionales.
>
> (…)
>
> "En este cuadro se coloca la propensión actual, cada vez más marcada, de la práctica y de la ciencia del derecho constitucional a "mirar más allá".

12. Ver, Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Ver asimismo: Leticia Gianformaggio. L´interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argumentazione basata su principi. In: *Studi sulla giustifficazione giurídica*, Torino: Giappichelli, pp. 97 y ss.; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de una dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996.
13. Anne Marie Slaugther. A tipology of transjudicial communication. *29 University of Richmond Law Review*, 1994, pp. 99-137; A Global Community of Courts. *Harward International Law Journal*, Volumen 44 Nº1, invierno de 2003; A new World order, Princeton University Press, 2004, Cuarta impresion 2005.
14. Bruce Ackerman. The rise of Word Constitucionalism. 1997, In: *83 Virginia Law Review*, 1997, pp. 771 y ss.
15. Gustavo Zagrebelsky, "Corti Costituzionali e diritti universali", En: *Revista Trimestrale di diritto púbblico* Nº 2, 2006, pp. 297-311.

(…)
Hoy, a diferencia del pasado, un constitucionalismo exclusivamente nacional se condenaría progresivamente a la impotencia y a la marginación de una ciencia que pierde progresivamente el control de la misma materia. La actitud abierta no es un lujo, un accesorio; es una necesidad vital. Los órganos de la justicia constitucional han venido construyendo un círculo de relaciones consolidadas y a veces institucionalizadas en asociaciones, conferencias, intercambios de experiencias entre Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas y Altas autoridades de garantía constitucional. Desde hace tiempo se desarrolla una generación de constitucionalistas con un estilo de vida "cosmopolita", que hacen de la comparación la esencia de sus búsquedas. Centros académicos de investigación de todo el mundo contribuyen eficazmente a un diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas del derecho público, son ciertamente entre los más fructíferos. Todo esto es una evidencia llena de sentido, por la facilidad de la comprensión recíproca, la espontaneidad de las discusiones y la muy frecuente concordancia de intenciones.[16]

Es necesario tener presente también el aporte de Peter Häberle, el que en su obra constitucional ha planteado e impulsado la consideración del derecho comparado como quinto método de interpretación del derecho.[17]

2.1. La comunicación transjudicial o el diálogo jurisdiccional entre jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional en materia de derechos humanos

El llamado **diálogo jurisdiccional vertical o regulado**[18] es aquel que se establece entre tribunales internacionales o supranacionales cuya jurisdicción emana del derecho internacional de los derechos humanos o de un derecho supranacional, que establecen reglas procesales que limitan la libertad del juez nacional en el dialogo con el juez internacional, como asimismo por el carácter vinculante de las decisiones de dichos tribunales internacionales para el Estado Parte y sus órganos constituidos. Las jurisdicciones nacionales no pueden aplicar las normas constitucionales de derechos fundamentales sin integrarlas con los atributos y garantías de los derechos asegurados por las fuentes válidas y vigentes del derecho internacional, estando ante un derecho abierto al derecho internacional y un derecho viviente que es objeto de interpretación y actualización los la jurisdicción internacional como nacional. Sin perjuicio de esta dimensión de comunicación transjudicial con dimensión vertical en el sentido ya señalado, es también una comunicación o diálogo con rasgos horizontales, ya que la

16. Gustavo Zagrebelsky, "El juez constitucional en el siglo XXI", en: Eduardo Ferrer Mac Gregor, Cesar de Jesús Molina Suarez, (Coords), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México D.F., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 18.
17. Peter Häberle, 'Métodos y principios de la interpretación constitucional'. En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), *Interpretación constitucional*, Tomo I, Ciudad de México, D.F. Ed. Porrua, 2005.
18. Laurence Burgorgue-Larsen, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del dialogo judicial", En: *Asociación de Constitucionalistas españoles*, El derecho constitucional europeo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Corte Interamericana utiliza también la jurisprudencia de los tribunales superiores nacionales y de las jurisdicciones constitucionales locales en ciertas oportunidades para reforzar sus propias sentencias, en suma podríamos señalar que estamos en presencia de una comunicación transjudicial y un diálogo que tiene dimensiones verticales y horizontales.

La recepción de ciertos tratados de derechos humanos ha significado la inserción de los Estados a un sistema abierto de protección de los derechos humanos, los que, además de encontrarse en constante evolución, albergan una imprevisible fuerza expansiva. Tal es el caso de la vigencia en Chile y en todos los países latinoamericanos del Pacto de San José de Costa Rica, que trajo al derecho interno de cada Estado todo el sistema americano de promoción y protección de los derechos humanos, esencialmente por medio de la vía del amparo interamericano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, no sólo debe atenderse al tratado incorporado, sino incluso a las decisiones que adoptan los órganos internacionales, además de las resoluciones y jurisprudencia que de ellos emana. Se plantea así que la línea jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales internacionales debe servir de guía o pauta interpretativa a las decisiones de los órganos internos, particularmente a los tribunales de justicia.

Este análisis es posible a partir de la apertura estructural de las Constituciones latinoamericanas con diversos matices al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como ocurre en Chile con el art. 5º inciso 2º de la Constitución y los derechos asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes, como asimismo con el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria y vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es un hecho fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos concretan la delimitación y fijación de contenidos mínimos de los derechos fundamentales y los criterios con que se interpretan estos en el ámbito de los Estados Partes de la CADH, tales resoluciones constituyen un canon o instrumento interpretativo que las jurisdicciones nacionales deben seguir, ya que además de los efectos directos que producen para el Estado y caso concreto, tienen un efecto indirecto o interpretativo contenido en su ratio decidendi. La jurisprudencia de la Corte Interamericana genera un efecto de cosa interpretada con carácter vinculante. La Corte Interamericana genera para los Estados Partes un parámetro de mínimos que nunca puede ser rebajado por estos últimos, los cuales deben adecuar sus actos y normas a dicho parámetro y actuar de conformidad con este, ello se deriva de las obligaciones generales de los Estados Partes contenidos en los art. 1º y 2º de la CADH.

El *acquis conventionnel* contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre Derechos humanos, el Protocolo de San Salvador e instrumentos complementarios, por una parte, y por otra, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen el acervo

básico de la *opinio communis* interamericana o patrimonio común en materia de derechos fundamentales con un contenido necesario y común a escala regional, constituyendo parte de un **orden público latinoamericano**, frente al cual no pueden oponerse las pecularidades o identidades nacionales mas allá de lo que la propia Corte Interamericana acepte. Cabe agregar que, en el ámbito latinoamericano, este orden público latinoamericano en materia de derechos, constituye en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales parte de los mismos, por decisión expresa de los constituyentes originarios o instituidos. No debe olvidarse que, en esta materia, la Corte Interamericana ha recordado a los tribunales nacionales el deber de realizar el **control de convencionalidad**, tema abordado específicamente en un caso chileno, "Almonacid Arellano vs. Chile", como ya hemos analizado anteriormente. Estamos así en presencia de un diálogo jurídicamente **obligado** para evitar la generación de responsabilidades internacionales por violación de derechos fundamentales por parte de las jurisdicciones nacionales y **directo** en la medida en que se produce sobre el contenido de un instrumento convencional que sin dejar de ser derecho internacional es, generalmente también, derecho constitucional del respectivo Estado Parte.

Como señala De Vergottini, en esta materia las cortes nacionales en sus resoluciones deben garantizar una "**compatibilidad constructiva**" y una armonía con las disposiciones vinculantes de la Convención y de sus órganos jurisdiccionales de aplicación que condicionan y cuasi predeterminan la decisión del juez nacional,[19] como asimismo una interpretación conforme con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo exige los arts. 1º y 2º de dicha Convención, sin perjuicio de la aplicación del principio de buena fe, pacta sunt servanda y de no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales (arts. 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Debe tenerse presente que las resoluciones judiciales nacionales pueden ser impugnadas como hechos violatorios de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre lo cual la Corte Interamericana tiene la última palabra.

Así, en el diálogo vertical-horizontal entre Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisdicciones ordinarias y constitucionales nacionales se produce una interacción mas estructurada y necesaria, donde la libertad del diálogo esta limitada por la vinculación jurídica y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana, debiendo haber, por regla general, un seguimiento de los tribunales nacionales de buena fe de la ratio decidendi de los fallos de la Corte Interamericana, donde el "margen de apreciación" es bastante estrecho para las jurisdicciones nacionales, a

19. Giuseppe De Vergottini. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna: Ed Il Mulino, 2010, p. 53.

diferencia de lo que ocurre en el caso europeo,[20] producto de las distintas realidades jurídicas y contextuales.

Cabe señalar que esta comunicación transjudicial o diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana, se encripta por los tribunales nacionales y no aparece sino como manejo de pautas, principios y razonamientos que no explicitan la fuente en la que la corte o tribunal bebió al redactar las sentencias, es una comunicación oculta ya sea asumiendo o discrepando de la jurisprudencia de la Corte Internacional como establece Martinico;[21] en otras oportunidades el uso de la jurisprudencia internacional es explícita y transparente. Por otra parte, es necesario tener presente que los tribunales nacionales son los que en primer lugar, en cada uno de los estados partes del sistema interamericano, deben asegurar y garantizar el goce y ejercicio efectivo por parte de las personas sometidas a su jurisdicción de los derechos fundamentales, debiendo interpretar y aplicar el derecho convencional de los derechos humanos, ya que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo conocerá de la materia una vez que se hayan agotado las vías jurisdiccionales ordinarias nacionales, en virtud del principio de subsidiaridad y su actividad de suplencia frente a la acción de los operadores jurídicos nacionales. Para el sistema interamericano es relevante que la violación de derechos y normas convencionales pueda ser resuelto el ámbito nacional por las jurisdicciones domésticas, teniendo en consideración los estándares mínimos fijados en el ámbito interamericano, no otra cosa es el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales, en el cual se deben aplicar los principios favor persona y de progresividad, debiendo encontrar soluciones jurisdiccionales compatibles con el sistema interamericano, respetando los estándares mínimos establecidos por este último. Hay así lugar a una cooperación constructiva entre jurisdicciones nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pueden operar diversas soluciones nacionales compatibles con los estándares interamericanos.

2.2. Las modalidades de utilización del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de las cortes internacionales por las jurisdicciones domésticas

Es posible constatar así que las jurisdicciones nacionales pueden utilizar el derecho internacional de los derechos humanos ratificado y vigente en diversas modalidades, siendo éstas principalmente las de **argumento de autoridad***;* como **criterios interpretativos** de los derechos; como **control de convencionalidad** con el objeto de evitar

20. J. García Roca. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos*: soberanía e integración, Madrid: Editorial Civitas, 2010.
21. G. Martinico. "Judging in the multilevel Legal Order: Exploring the techniques of Hidden Dialogue", en: *Kings Law Journal*, v. 21, 2010, pp. 257-281.

incurrir en responsabilidad internacional; y como **precedente para resolver asuntos de cierta complejidad fáctica.**

El uso del **argumento de autoridad** está dado por la cita de instrumentos internacionales de derechos, más o menos desarrollada o detallada, como actuación de conformidad o compatibilidad con el mismo. Una forma de utilización es la consideración de un derecho extraído del derecho convencional que no se encuentra en el texto constitucional o de atributos o garantías del derecho y que se consideran como parte del bloque constitucional de derechos, siendo parámetro de control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales, lo que lleva a reconocer la delimitación y configuración del derecho constitucional con ese nuevo contenido. Una segunda modalidad, más común, en que aparece este argumento de autoridad, es en la manifestación de la sintonía entre estándar internacional y estándar constitucional, a través de la mención de las disposiciones de la Convención o la referencia a resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos más genérica o más específica, manifestando la compatibilidad de las normas constitucionales con el estándar interamericano. Una tercera modalidad específica es el uso de la jurisprudencia de tribunales o cortes internacionales de derechos humanos opera como elemento que apoya la decisión adoptada por la jurisdicción domestica en base a las disposiciones constitucionales nacionales, utilización del derecho convencional de derechos humanos que si bien no agrega ningún elemento a la configuración del derecho, si refuerza una argumentación de la jurisdicción doméstica, que corrobora la opción adoptada por el mismo, pudiendo ir dicha cita acompañada o no de alguna explicación. Una cuarta forma o modalidad es la referencia por las resoluciones domésticas a anteriores sentencias del mismo tribunal o jurisdicción constitucional en que se ha citado al derecho internacional convencional de derechos humanos o a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una segunda modalidad es **la integración o la asunción de criterios interpretativos que determina el derecho convencional de los derechos humanos** o los estándares de su utilización fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Tribunal o Jurisdicción Constitucional pertinente adecua sus criterios a los de la jurisdicción internacional. Ello puede considerar también una evolución del canon interamericano de derechos humanos, actualizado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que implica una reacción más o menos rápida del Tribunal Constitucional para adecuarse a dichas pautas, como ocurre en el caso de la incorporación de criterios interpretativos por parte del Tribunal Constitucional de aquellos postulados interpretativos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (principio del efecto útil, el principio favor persona, el principio de progresividad, el principio de proporcionalidad etc.). En estos casos no se incorporan nuevos atributos de los derechos, sino solo una regla interpretativa respecto del análisis de constitucionalidad de una determinada medida

que lesiona un derecho o una nueva regla de resolución de conflictos entre derechos fundamentales (principio de concordancia práctica; principio de optimización).

Una tercera modalidad de uso del derecho convencional internacional de derechos humanos, en especial, de la Convención Americana de Derechos Humanos, como asimismo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es como elemento que permite asumir el **control de convencionalidad**,[22] y el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto y garantía de los derechos humanos, además de corroborar el test de constitucionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional, con el objeto de evitar el riesgo de posible responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos, que pueda determinar la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La forma en que se concreta esta modalidad es mediante la realización de un test de conformidad en que el Tribunal Constitucional muestra la coincidencia de sus criterios con los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándares mínimos de los derechos asegurados y garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Una cuarta modalidad es la utilización de sentencias de la Corte Interamericana como precedente para asuntos de cierta complejidad fáctica, en los que concurren diversas variables y estas pueden combinarse de diversas formas, utilizando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como ejemplo de soluciones existentes para cada combinación de elementos.

2.3. La función del control de convencionalidad

El "control de convencionalidad"[23] al que hace referencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, genera dos movimientos en el ámbito jurídico regional americano. Un movimiento centralizador en materia de derechos humanos por el rol que juega la Corte Interamericana a través de sus sentencias vinculantes con obligación de resultado para los Estados Partes (art. 68 CADH) y el valor jurisdiccional de sus sentencias, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos regionales complementarios, de lo cual deriva la calidad de "cosa interpretada", *ratio decidendi* que debe ser seguida de buena fe por los órganos de los Estados Partes en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, especialmente por el escaso margen de apreciación que

22. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: *Observatorio da Jurisdição Constitucional*, ano 4, 2010/2011, Brasilia, 2010, pp. 1-29.
23. Víctor Bazán, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable", In: *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, 6 al 10 de diciembre de 2010, pp. 1-17. Sobre la materia, ver tambien: Susana Albanesse (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008; Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)", In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* Nº 10, julio-diciembre 2008, México: Ed. Porrúa, 2008, pp. 131-156.

la Corte Interamericana deja a los jueces nacionales. En efecto, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirven no solamente para resolver los casos contenciosos en que ella es llamada a decidir, sino también como a través de la ratio decidendi de dichos casos y de las opiniones consultivas tiende a clarificar y determinar el sentido y alcance de las normas convencionales, contribuyendo a través de esas resoluciones a facilitar a los estados partes, el respeto de los compromisos convencionales asumidos. Esta es la autoridad de la "cosa interpretada", propia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el ámbito europeo, de la Corte Europea de Derechos Humanos, en tanto que interpretes finales y auténticos de las respectivas disposiciones convencionales según las competencias atribuidas por dichas normas del respectivo orden publico regional latinoamericano o europeo. Así, las jurisdicciones domésticas deben adherir a las reglas y principios que emanan con carácter general de cosa interpretada de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus líneas jurisprudenciales.

Por otra parte, un movimiento descentralizador, ya que la Corte Interamericana precisa que los jueces nacionales deben concretar también el control de convencionalidad conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que este es parte del respectivo sistema jurídico nacional, con aplicación preferente sobre el derecho de fuente interna, así los jueces nacionales concretan el control de convencionalidad cuando concretan la aplicación preferente de la convención sobre la legislación interna a lo que están obligados al haber el Estado ratificado dicha Convención, obligándose a cumplirla de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno.

Dicho control de convencionalidad no solo se refiere al respeto y garantía de los derechos convencionales (art. 1º CADH), como asimismo, a adoptar medidas legislativas o de otro carácter para garantizar los derechos si ello no estuviere ya asegurado por el ordenamiento jurídico (art. 2º CADH), sino que implica un seguimiento también de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana en cuanto órgano de aplicación e interpretación final de la CADH, debiendo considerarse las normas convencionales en el marco de la interpretación efectuada por la Corte Interamericana, dando lugar a la "cosa interpretada" (*chose interprétée*). Este proceso lleva a una homogenización de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales de la región en virtud del *ius commune* **interamericano, mediante un estándar mínimo asegurado en toda la región**, lo que no significa uniformación, ya que los ordenamientos constitucionales pueden asegurar un mayor nivel de atributos y garantías de los derechos que el que establece el sistema interamericano, como asimismo puede asegurar mas derechos que los contemplados en el sistema regional, este último es siempre un sistema de mínimos que deben ser garantizados, dentro de un contexto de Estado constitucional democrático.

De acuerdo a este control de convencionalidad, los atributos y garantías que integran los derechos esenciales asegurados por el derecho convencional y las normas de

ius cogens tienen una función de parámetro de control en el juicio de legitimidad del ordenamiento jurídico interno que no cumpla los estándares mínimos de respeto y garantía de los derechos humanos. Así los jueces nacionales deben aplicar preferentemente los atributos y garantías asegurados por el derecho internacional de derechos humanos que emanan de las fuentes del derecho internacional válido y vigente, frente a las normas jurídicas infraconstitucionales que lo contravienen, aplicando los postulados favor persona, de efecto útil, de progresividad y de conformidad con la convención. Esta es una tarea de aplicación preferente y no de jerarquía normativa. Esta aplicación hecha por todos los tribunales nacionales ordinarios y especiales como control de convencionalidad se caracteriza por tener como parámetro de control la CADH, diferenciándose claramente del control de constitucionalidad que tiene como parámetro de control el texto formal de la Constitución.

Otro aspecto que debe considerarse como parte de este control de convencionalidad, es que es un control que debe ejercerse *ex officio*, como lo ha determinado la Corte Interamericana en el caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, que plantea el desafío de realizar este control por parte de los tribunales nacionales sin necesidad de que este sea requerido por las partes en los respectivos casos concretos en aplicación del principio *iuris novit curia*, ya que los jueces nacionales deben conocer y aplicar el derecho vigente, siendo parte del mismo el derecho convencional de los derechos humanos.

Este control de convencionalidad es desarrollado, por regla general, por las cortes y tribunales ordinarios y constitucionales latinoamericanos, ya sea explicitándolo en sus sentencias o ejerciéndolo en forma implícita, independientemente de que este conforme o no formalmente el bloque constitucional de derechos e independientemente que el ordenamiento constitucional estatuya o no la interpretación conforme al derecho convencional internacional de derechos humanos.

En Chile, la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, como control de convencionalidad, en especial, los estándares sustentados en el *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, han sido asimilados por la Sala Penal de la Corte Suprema desde 2006, en el caso Molco, construyendo una línea jurisprudencial sobre la materia:

19º. Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, relacionados en la reflexión 15ª precedente, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, como verbigracia en los casos Velásquez Rodríguez (sent. de 29.07.88, Serie C N° 4); Godínez Cruz (sent. de 20.01.89, Serie C. N° 5) y Blake (sent. de 24.01.88, Serie C N° 36), y muy especialmente, en la reciente "Almonacid Arellano y otros versus Chile", de 26.09.2.006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano,

como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos "es una norma de ius cogens y la penalización de estos crimenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general" (Consid. 99°).

20º. Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el "Caso Barrios Altos", al puntualizar que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos" (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, Nº 75, pár. 41).

21º. Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

22º. Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el art. 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, "valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluído el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (S.C.S., 30.01.1.996).

(…)

25º. Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1.973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un "crimen contra la humanidad", no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional "homicidio" y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

26º.- Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando "un solo acto cometido por un perpetrador" en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa "numerosas ofensas para ser considerado responsable".

La prohibición de cometer estos crímenes "es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general" (consids. 96 y 99 de "Almonacid Arellano y otros versus Chile", cit.). [24]

Así puede diferenciarse claramente el control de convencionalidad respecto del hecho de que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos se integre y forme parte del parámetro de control de constitucionalidad que exista en el respectivo país, de acuerdo a su sistema de control de constitucionalidad previsto constitucionalmente.

24. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol Nº Rol N° 559-04., caso Molco, de trece de diciembre de dos mil seis, considerandos 19º-22º y 25º-26º.

En el caso chileno, no cabe duda que, los derechos esenciales asegurados por el derecho convencional internacional de derechos humanos, independientemente del control de convencionalidad que pueden ejercer jueces ordinarios y especiales, puede ser objeto de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional conforme al art. 93 Nº 6 de la Constitución o como parte de una acción de inconstitucionalidad de acuerdo al art. 93 Nº 7 de la Carta Fundamental, en la medida que exista una adecuada fundamentación de que los atributos que forman parte de la Convención o tratado internacional son elementos y garantías constitutivas de un derecho esencial, ya sea explicito o implícito en nuestro ordenamiento constitucional. Esta última perspectiva ya ha sido asumida por el Tribunal Constitucional chileno en algunas sentencias,[25] aún cuando esta utilización no es sistemática.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha integrado en el parámetro de control de constitucionalidad los derechos (atributos de tales derechos y sus garantías) asegurados por tratados y convenciones internacionales ratificados y vigentes, aún cuando esta perspectiva no es sistemática, como asimismo presenta un déficit significativo de consideración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre con las demás jurisdicciones constitucionales latinoamericanas. Sobre la materia estableceremos algunos fallos en que se ve este parámetro de control de disposiciones infraconstitucionales.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 576, se integra al parámetro de control de constitucionalidad la **prohibición de prisión por deudas** contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, argumentando, acertadamente, que no se estaba en el caso concreto en presencia de una **prisión por deudas**, sino que ante una apropiación indebida del empleador de dineros que eran de propiedad de los trabajadores, por lo cual no había una vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional abunda en razonamientos del porqué la norma legal chilena no vulnera las obligaciones en materia de respeto y promoción de derechos humanos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la cual reenvía el art. 5º inciso 2º de la Constitución, como reflexiona el Tribunal en su considerando vigésimo quinto y sexto:

> *Que por lo demás y a mayor abundamiento, contrariamente a lo sostenido por la requirente, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en*

25. En el caso de la prohibición de prisión por deudas (rol Nº 576 de 2007, rol Nº 807 de 2007, rol Nº 1249 de 2008, rol Nº 1006 de 2009, rol Nº 1518-09 de 2010); el derecho a la identidad personal (rol Nº 834 de 2008 y rol Nº 1340 de 2009); el derecho a la revisión de la sentencia o derecho al recurso como atributo integrante del debido proceso o de las garantías judiciales en materia penal (roles Nº 986 de 2008, Nº 821 de 2008, Nº 1130 de 2008, Nº 1432 de 2010, Nº 1443 de 2010, Nº 1501 de 2010); el derecho a la presunción de inocencia (Rol Nº 993 y rol Nº 1152 de 2008); y el derecho de defensa y la Reformatio in pejus (rol 1250).

materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el art. 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República, particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada "prisión por deudas". En efecto, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual", esto es, una deuda emanada de un contrato civil. Sobre el punto, la doctrina ha señalado que esto significa que la privación de libertad basada en el incumplimiento de obligaciones legales, sean de derecho privado o público, es aceptable. De modo que cuando un tribunal impone la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de la prisión por deudas. (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P. Engel, Publisher. Kerl, Strasbourg, Arlington). De este modo, se ha concluido que las obligaciones contractuales a que suelen aludir los pactos internacionales dicen más bien relación con obligaciones civiles emanadas típicamente del derecho privado y no de aquellas establecidas por la ley. (Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary, Second Edition).

La misma perspectiva adopta el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol Nº 807, de 2007, donde determina que la Ley Nº 18.216, el legislador no ha dispuesto que se encarcele a una persona por no pagar una deuda, sino que ha establecido una condición para que a la persona condenada por un delito pueda concedérsele o mantener el goce del beneficio de cierta libertad.

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol Nº 739 de 21/08/2007, incluye a **la presunción de inocencia** como principio contenido en el debido proceso, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Así el considerando 8º de la sentencia precisa:

Octavo. Que dicho principio, que más bien se podría referir al "trato de inocente", importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones – como las medidas cautelares – tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación.

La llamada "presunción de inocencia", como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine iudicio).

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo).

En *Sentencia Rol 783* de 31/08/2007, el Tribunal Constitucional integra los **atributos y garantías del derecho al debido proceso** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8º, como asimismo el **principio de tipicidad** del art. 9º de la misma Convención.

El Tribunal considera, en este caso, como normas que forman parte del parámetro de control de constitucionalidad:

> *1.- (…). Como normas constitucionales infringidas se invocan ocho preceptos contenidos en la Carta Fundamental y, en virtud de lo dispuesto en su art. 5º, se funda también la pretensión de inaplicabilidad en la contrariedad que las normas legales tendrían con cinco preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante Pacto de San José de Costa Rica. A fin de considerar y concluir acerca de cada una de las cuestiones planteadas de un modo sistemático, los razonamientos que siguen se agruparán en tres capítulos, cada uno de los cuales considerará tópicos de impugnación según el principio o valor constitucional que se alega infringido: El primero agrupará las alegaciones de contrariedad entre el debido proceso y ciertas disposiciones legales (II); el segundo, la falta de tipicidad legal suficiente de las faltas (III) y, por último, la vulneración del principio de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (IV).*

Agregando el Tribunal Constitucional en el punto 3 que:

> *3.- (…). En resumen, alega que resolver de plano en primera instancia y en cuenta en segunda contraría las garantías de un debido proceso en cuanto a: a) la racionalidad y justicia que exigen el inciso quinto del número 3º del art. 19 de la Carta Fundamental y preceptos del Pacto de San José de Costa Rica; b) en cuanto al derecho a ser oído que garantiza el Pacto de San José de Costa Rica en el numeral 5º de su art. 8º; c) en cuanto al derecho a defensa que garantiza el inciso segundo del numeral 3º del art. 19 de la Constitución, y d) en cuanto a la publicidad que garantiza el inciso segundo del art. 8º de la Carta Fundamental.*

El Tribunal Constitucional centra en esencia su razonamiento en el considerando decimoprimero y decimosegundo en el cual considera que la norma jurídica cuestionada vulnera efectivamente las reglas del debido proceso, en virtud de las cuales determinará la inaplicabilidad de algunas de las disposiciones legales cuestionadas para el caso concreto considerado:

> *Que, en consecuencia, aun cuando se trate de un "resolver de plano" con las características antes indicadas, esta Magistratura concluye que resultaría contrario a un procedimiento racional y justo que la Corte de Apelaciones proceda de este modo, sin relación pública ni escuchar ella misma a la parte afectada al decidir los cargos que se formulan en contra de la requirente, pues lo que debe decidir en la gestión pendiente es una cuestión trascendente, no sólo para derechos esenciales de la requirente, sino también y especialmente delicada para la independencia de la que debe gozar un secretario cuando, obrando como juez subrogante,*

dicta una sentencia definitiva. En la gestión pendiente, la Corte de Apelaciones habrá de resolver acerca de la conducta ministerial de una Secretaria de un Juzgado de Letras por diversas actuaciones, algunas de las cuales las ha efectuado como juez subrogante, y entre las medidas que vienen recomendadas aplicarle se encuentra su suspensión, traslado y apertura de un cuaderno de remoción. Un justo y racional proceso exige que cuestiones de esa trascendencia para los derechos de la requirente, pero, sobre todo, para el buen servicio judicial y la independencia de sus magistrados, no sean resueltas de plano, sino en audiencia a la que tenga derecho a asistir la afectada. No se escapa a esta Magistratura que esta declaración obligará a la Corte de Santiago a resolver esta materia previa vista de la causa, lo que demandará de ella un tiempo mayor que si lo conociera de plano, lo que naturalmente la distraerá de otras materias que también requieren de su tiempo para resolverse oportunamente. Con todo y por la trascendencia y delicadeza del tema, la racionalidad y justicia de los procesos, garantidos por la Carta Fundamental, exigen que así se haga.

A su vez, el Tribunal Constitucional ejerciendo su competencia en materia de control preventivo de constitucionalidad preventivo a requerimiento de un grupo de parlamentarios se pronuncia sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley en trámite parlamentario sobre responsabilidad penal juvenil, en la sentencia Rol Nº 786, donde integrara al parámetro de constitucionalidad el interés superior del menor contenido en la Convención sobre Derechos del Niño.

Vigesimoséptimo: Que planteada, en esos términos, la cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión de este Tribunal, ella debe ser necesariamente desechada, por las razones que se expresarán.
Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del "interés superior" del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley Nº 20.084 […].
Vigesimoctavo: Que, en ese contexto, no se divisa cómo una indicación parlamentaria destinada a eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado para aquellos adolescentes condenados por delitos que merezcan penas superiores a 5 años de privación de libertad, al menos durante los dos primeros años de la condena, pueda implicar una vulneración al inciso segundo del art. 5º de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 29/09/2009, reafirma el uso del bloque constitucional de derechos fundamentales, utilizando el *derecho a la identidad* obtenido de la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, como parámetro de control de constitucionalidad de preceptos legales contenidos en el Código Civil, en específico para declarar inaplicable por inconstitucional el art. 206 de Código Civil:

Noveno: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del art. 5º de la Carta Fundamental.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el art. 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol Nº 834, considerando 22º).

Décimo: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal – en cuanto emanación de la dignidad humana – implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del art. 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el art. 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta perspectiva es usual en las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas, donde no sólo se aplican los derechos (en sus atributos y garantías) asegurados en tratados de derechos humanos, sino que se aplican la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia última de interpretación y aplicación de dichos convenios y tratados, como podemos explicitar a través de algunos ejemplos específicos.

3. El diálogo jurisdiccional horizontal entre jurisdicciones constitucionales

El **diálogo jurisdiccional horizontal** se concreta entre jurisdicciones constitucionales, que como hemos señalado, es voluntario y espontáneo, como analizan Markenzis y Fedtke[26] donde determinados tribunales constitucionales utilizan la ratio decidendi de otros tribunales constitucionales para reforzar o para obtener criterios adecuados para resolver un problema constitucional, ya sea considerando dichos elementos en el cuerpo de la sentencia o en votos concurrentes o disidentes, lo que se hace cada vez mas habitualmente. Este uso del argumento de derecho constitucional comparado tiene especialmente sentido cuando el análisis de los ordenamientos o jurisprudencia extranjera posibilita al interprete paradigmas de razonamiento jurídico que no están presentes en la lectura interna del problema sujeto a análisis, asimismo el uso del derecho extranjero es útil para verificar una cierta solución funcional en la práctica, posibilitando al tribunal formular un argumento empírico acerca de la consecuencia de una determinada solución al caso específico. Es posible ver también que en ciertas oportunidades el argumento al derecho comparado constituye solo un adorno o una demostración de erudición ya que no cumple ninguna función en el caso concreto, lo que no reviste ningún peso en la decisión jurisdiccional.

Por otra parte, es necesario considerar las actitudes y conductas de los jueces dentro de las jurisdicciones constitucionales, los hay que como veremos rechazan el diálogo con fuentes extranjeras ya que ello afectaría la identidad nacional;[27] hay tribunales que estudian y conocen el derecho y la jurisprudencia de las otras jurisdicciones constitucionales pero no las utilizan explícitamente en sus propias resoluciones judiciales, como se puede observar por regla general en los expedientes del Consejo Constitucional francés; hay tribunales que adornan sus resoluciones con precedentes extranjeros, pero estos no son atingentes a la ratio decidendi del fallo ni se incorporan a la argumentación; asimismo hay tribunales y jurisdicciones constitucionales que si recurren a la jurisprudencia extranjera y la utilizan adecuadamente, utilizando los principios y razonamiento en su argumentación sobre la ratio decidendi del fallo, mediante la construcción de categorías, modelos, clasificaciones y principios jurídicos que se utilizarán para resolver el caso concreto.

Por otra parte, hay un diálogo de jueces directo, cara a cara, a través de seminarios y encuentros multilaterales o bilaterales, en los cuales se invita frecuentemente a académicos, en que se reflexiona sobre materias de común interés, se exponen sentencias de algunas de las jurisdicciones participantes, o se analizan problemas

26. Basil Markesinis; Jörg Fedtke. *Giudici e diritto straniero*: La pratica del diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 2009.
27. Ver por todos, el Juez Scalia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica y la crítica del uso de fuentes extranjeras en sus disidencias en los fallos Roper v. Simmons, 543 U.S. (2005) y Lawrence v. Texas, 539 U.S., 558 (2003).

comunes, lo que contribuye a la socialización de argumentos jurídicos empleados en la resolución de casos, como ocurre por ejemplo en las reuniones anuales de jurisdicciones constitucionales latinoamericanas con el patrocinio de la Fondación Konrad Adenauer, o los seminarios de la Asociación de Tribunales Constitucionales Europeos, las reuniones de la Asociación de Cortes Constitucionales que participan del uso del idioma francés (ACCPUF), y de la Comisión de Venecia, como asimismo la importante base de datos de esta sobre jurisprudencia constitucional (CODICES) de los tribunales constitucionales participantes en ella.

Es necesario precisar que en el caso del recurso a las experiencias extranjeras sean estas normativas o jurisprudenciales es una actitud espontánea de la respectiva jurisdicción constitucional, ya que no existe ningún argumento normativo para ello, sólo se concreta en virtud de lo que los propios magistrados consideran relevante y útil para resolver la controversia que está en sus manos.

El uso de sentencias y derecho extranjero como elementos de información comparativa, buscados generalmente con el objeto de instrumentalizarlos para legitimar una decisión pre adoptada, no tiene mucho de seriedad ni constituye un uso científico y adecuado del método comparativo, un uso mas objetivo de la comparación requiere analizar el sistema jurídico en que opera la institución comparada, el conjunto normativo en que ella se inserta y su función en el mismo, el contexto en que opera la institución y la finalidad a la que sirve, como asimismo una justificación por parte del órgano jurisdiccional del porqué se utiliza dicha institución de ese ordenamiento constitucional o esa jurisprudencia y no otra, para distinguir un uso correcto y adecuado del derecho comparado y no un uso arbitrario y manipulativo del derecho extranjero.

Asimismo, es necesario afirmar que muchas veces no se trata de un diálogo entre jurisdicciones o tribunales, sino de un monólogo, en el que determinados tribunales citan jurisprudencia de otros sin que ello no genere ninguna interacción entre ambos tribunales, como ocurre frecuentemente con la cita de jurisprudencia de jurisdicciones constitucionales extranjeras, especialmente de Alemania, España, Francia o Italia por parte de nuestro tribunal constitucional. En tales casos los jueces de un determinado tribunal confrontan la jurisprudencia de otros tribunales y los argumentos y doctrinas utilizados en ellas con los parámetros, razonamientos y precedentes nacionales, como elementos a considerar en la construcción de la solución al caso concreto, lo que le permite tener conciencia crítica de sus propios argumentos y fuentes del derecho, frente a otras perspectivas similares o diversas existentes en el derecho comparado. La interacción entre identidades y diferencias es dinámica, lo que exige repensarlas constantemente. El recurso al derecho comparado permite tomar conciencia de la manera en que nos encontramos siempre en relación con otros y de que es posible aprender de esos otros, como asimismo para comprendernos mejor nosotros mismos, todo lo cual posibilita la construcción y desarrollo de un mejor constitucionalismo democrático para nuestra sociedad.

3.1. El uso del derecho no doméstico por las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado

Diversas y prestigiadas jurisdicciones constitucionales, entre las cuales se cuenta la Corte Suprema Norteamericana, en el último cuarto de siglo, ha debido abrirse al uso del derecho y precedentes extranjeros,[28] baste citar en la materia los casos *Thomson* vs. *Oklahoma* (1988), *Stanford* vs. *Kentucky* (1989), *Prinz* vs. *United States* (1997), o *Washington* vs. *Glucksberg* (1997), donde se debatió la constitucionalidad del suicidio asistido y la eutanasia. En la última década, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la materia en diversas sentencias, así pueden citarse los casos "*Atkins* vs. *Virginia*", (536 U.S. 304) de 2002, sobre la ejecución de la pena de muerte sobre una persona con retardo mental y la consideración de ella como pena cruel e inusual; la sentencia "*Lawrence* vs. *Texas*", (539 U.S. 558) de 2003 (donde la Corte se pronunciarse sobre la criminalización de comportamientos homosexuales adultos en privado, donde jugó un rol significativo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos); "*Roper* vs. *Simmons*", (543 U.S. 551) de 2005 (sobre la inconstitucionalidad de la pena de muerte para menores de dieciocho años), para solo citar algunos casos mas relevantes. Debe señalarse en la materia, la división de los jueces de la Corte Suprema en dos corrientes frente al uso del derecho extranjero, representados por una línea de oposición a citas del derecho extranjero como Rehnquist, Thomas y Scalia[29] y una línea de apertura al uso del derecho extranjero con los jueces Breyer, Stevens, Ginsbur, Kennedy y O'Connor, respectivamente. Todo ello en uno de las países tradicionalmente más cerrado y auto referente en materia jurisdiccional.

La doctrina constitucional norteamericana, en la misma perspectiva que la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana ha asimilado la conveniencia de consulta del derecho y la jurisprudencia extranjera e internacional en casos difíciles.[30] Una reciente obra considera que el derecho extranjero e internacional debe ser considerado como un lente crítico sobre el propio ordenamiento jurídico.[31]

28. Claire L'Hereux-Dubé, "The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", en: *Tulsa Law Journal*, 14, 1998.
29. Antonin Scalia. *A matter of interpretation*: Federal Courts and the Law. Princeton, Princeton University Press, 1997.
30. M. Tushnet, The possibilities of Comparative Constitutional law, in 108 Yale L. J., 1999, 1225 ss.; S. Choudry, Migration As a New Metaphor in *Comparative Constitutional Law*, in Id. (cur.), The Migration of Constitutional Ideas, Cambridge UP, 2006, p. 1 ss.; Toni Fine, "El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* Nº 6, julio–diciembre 2006, Ciudad de México, Editorial Porrua – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp 327-367.
31. Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.

A su vez, podemos considerar al Tribunal Supremo de Canadá[32] y a la Corte Constitucional Sudafricana[33] entre los tribunales más abiertos al uso del derecho extranjero.

El *Tribunal Supremo de Canadá* sólo adquiere autonomía del Reino Unido en 1949, año en que se consideró que el parlamento canadiense podía otorgar la calidad de órgano de vértice superior al Tribunal Supremo, hasta dicho año los magistrados en sus decisiones jurisdiccionales seguían los cánones jurisprudenciales británicos. A su vez, desde los años ochenta del siglo pasado, en que Canadá introdujo su *Charter of Rights and Freedoms*, los magistrados del Tribunal Supremo utilizan el derecho extranjero como referente para dotar de contenido a los derechos asegurados en la Carta, donde se puede percibir una influencia creciente de los precedentes de otros tribunales extranjeros.[34]

A su vez, la *Corte Constitucional Sudafricana,* tiene como apoyo de su apertura al derecho extranjero, la disposición del art. 39 de la Constitución de 1996, el cual determina que cuando se interpreta el *Bill of Right*, la Corte "*debe tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en consideración al derecho extranjero*", lo que ha producido una rica jurisprudencia sobre la materia,[35] siendo famoso el caso *Makwanyane & Anothers* (3) SA 391 (CC) (S. Afr.) de 1995, en que la Corte consideró inconstitucional la pena de muerte, el texto de la sentencia cita muchos elementos de derecho comparado y precedentes extranjeros. En 1996 la Corte se pronuncia con uso del derecho extranjero sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales en V. *DuPlessis vs. De Klerk* (3) SA 850 (CC) (S. Afr). A su vez, la Corte Sudafricana en el caso *The State* vs. *Williams and others* se pronuncia sobre una norma de la Ley de Procedimiento Criminal, que establece penas corporales de azotes a menores de edad, en la cual considera el derecho extranjero para luego pronunciarse sobre el caso

32. C.L. Ostberg, M.E. Wetstein, C.R. Ducat, "Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the citation of foreign Precedents by the Supreme Court of Canada", *34 Canadian J. Pol. Sci*., 2001, pp. 377, 394.
33. Andrea Lollini, "Argumentation based in Foreign Law: An example from case law of the South African Constitucional Court", *Utrecht Law Review* 2007, (3) 1. Christa Rautenbach, "Use of foreign precedents by South African Constitutional Judges: making sense of Statistics", VIII Congreso Mundial de la asociación internacional de Derecho Constitucional, México, 6 al 10/12/2010, Paper no editado, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/12/207.pdf (último acceso en 03/09/2012).
34. Angioletta Sperti,"Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza piu recente", En: *Rivista di Diritto Costituzionale* – Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Nº 11-2006, Turin: Giappichelli Editore, 2006, pp. 125-165; Tania Groppi, "La circolazione della giurisprudenza canadese sulla Carta dei diritti e delle libertà". Relazione al convegno: "La Carta canadese dei diritti e delle libertà", Genova, 28-29 settembre 2007, disponible en: http://www.unisi.it/dipec/groppi5.doc (último acceso en 03/09/2012); Basil Markesinis y Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero*: La pratica del diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 126; Rodrigo Brito Melgarejo, "El uso de sentencias extranjeras por los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo", en: *Revista para el análisis del Derecho*, Revista InDret 2/ 2002, p. 12-13; H. Patrick Glenn, The use of comparative law by *common law* courts in Canada, en: VV. AA. 1999, The Use of Comparative Law by Courts, *XIV Congreso de derecho comparado*, Editado por Ulrich Drobnig & Sjef van Erp., The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 59-78.
35. Andrea Lollini, "La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", in: *Rivista di Diritto Pubblico Comparato*, I, 2007, pp. 479-523.

concreto, teniendo en consideración precedentes norteamericanos, canadienses, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como asimismo precedentes de Namibia y Zimbabwe, con lo cual demuestran la importancia en el ámbito internacional de la prohibición de penas corporales consideradas como degradantes. En el caso *Fose* vs. *Minister of Safety and Security*, donde debía resolver sobre el resarcimiento de daños sufridos como resultado de actos violentos de la policía contra una persona, el tribunal analiza legislación y precedentes de Estados Unidos, Reino Unido, Trinidad y Tobago, Irlanda, India, Alemania, Sri Lanka y Nueva Zelanda, lo que le permitió resaltar la particularidad de sus sistemas jurídicos y la adopción de una decisión fundada que se diferenciaba de los precedentes extranjeros. La Corte Sudafricana ha recurrido al derecho extranjero también para identificar diversos esquemas argumentativos con el objeto de determinar las matizaciones que pueden existir al momento de interpretar determinados contenidos normativos jurídicos, en cuyo caso pueden considerarse las sentencias *Lawyers For Human Rights and Ann Francis Eveleth* vs. *Minister of Home Affaire*, como asimismo *The State* vs. *Russel Mamabolo et al.*, entre muchas otras.

De acuerdo con el análisis estadístico de la profesora Rautenbasch de 372 juzgamientos de la Corte Constitucional Sudafricana entre 2005 y 2009, doscientos de ellos, alrededor del 54% del total de fallos consideran precedentes judiciales extranjeros, donde existe una alta cita de casos de Canadá, Estados Unidos, Alemania, India, Namibia y Zimbabwe.

Entre otras cortes y tribunales que ejercen jurisdicción constitucional y que se destacan por hacer uso del derecho y de precedentes jurisdiccionales extranjeros se encuentran también las de Argentina, Australia, Colombia, Israel, India, Irlanda, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suiza y Portugal.

Entre los tribunales que con menor frecuencia hacen uso directo del derecho constitucional extranjero encontramos el Consejo Constitucional Francés,[36] lo que en parte se debe a la brevedad de las sentencias que impide referencias de carácter general, aun cuando este derecho extranjero es conocido por dicha jurisdicción constitucional a través de los informes de derecho que se tienen en consideración para abordar el análisis de los casos a resolver, los cuales consideran la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales sobre el mismo punto. Así el Consejo Constitucional, sólo en algunas oportunidades, explicita en sus sentencias esta jurisprudencia internacional o extranjera en apoyo o respaldo de sus decisiones jurisdiccionales.[37]

36. Elice Carpentier, La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, universidad de Talca – Ed. Librotecnia, 2009, pp. 129-142.
37. Sobre la materia ver, G. Canivet, The practice of comparative law by the Supreme Courts: Brief Reflextions on the Dialogue Between the judges in *French and European Experience*, v. 80 Tul. L. Rev. 1377, 2006, pp. 1377-1400.

La *Corte Constitucional de Italia* puede situarse entre aquellos tribunales que usan el derecho no domestico pero no lo explicitan a menudo, como señala Markensis.[38]

La Corte Constitucional Italiana en su jurisprudencia tiene pocas referencias explícitas al derecho extranjero, entre estas últimas puede citarse la sentencia en que utilizará el derecho extranjero para el análisis del tema del estado civil del transexual en 1985,[39] la Sentencia de 24/03/1988, Nº 364 sobre excusabilidad del error inevitable, que utiliza el argumento comparado para valorar la propia relectura del art. 5º de la Constitución Política[40] y la sentencia de 1/10/2003, Nº 303,[41] sobre reparto de competencias entre Estado y regiones en base al principio de subsidiaridad, en que se considera la experiencia comparada constitucional de Alemania y Norteamérica.[42] Sin embargo, la Corte Constitucional italiana desarrolla un seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, como ocurre en materia de desafuero e inviolabilidad de parlamentarios, abandonando su tesis de excluir a terceros que se entendían afectados por expresiones de los parlamentarios, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, determinando que "la prohibición de intervención al tercero ofendido, además de contravenir cláusulas constitucionales, violaba el art. 6º del CEDH "*tal y como lo aplica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo (cfr. Últimamente, sentencias Cordova c. Italia, Nº 40877/1998 y Cordova c. Italia II, Nº 45649/1999, ambas de 30 de enero de 2003)*",[43] en la misma perspectiva, en relación con el proceso equitativo, la Corte Constitucional Italiana ha precisado que el proceso debe concretarse en plazos breves pero debe ser justo, por tanto respetuoso de los derechos implicados, y el juez estatal está vinculado en su interpretación por los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo.[44]

La Corte de Casación Italiana sigue la misma línea de la Corte Constitucional, hay escasas sentencias con citas de derecho extranjero, entre ellas puede señalarse la sentencia de 29/07/2004, N. 14.488, sobre malformación del nacido no diagnosticada por el médico (Wrongful life);[45] y el famoso "caso Englaro"[46] de 2007, en decisión sobre eutanasia, en que la Corte abundó en el análisis de decisiones extranjeras,[47] donde la jurisprudencia inglesa, norteamericana, alemana, francesa, ocuparon un lugar relevante,[48] lo que constituyó una apertura al derecho extranjero no común

38. Markesinis, Basil. Fedtke, Jorg. (2005). p. 26 y ss.
39. Corte Constitucional, 24.5.1985 Nª 161, Giur. Const. 1985, I, 1173.
40. Corte Constitucional, 24.3.1988 Nº 364, Giur. Cost. 1988, I, 1504.
41. Corte Constitucional, 1.10. 2003 Nº 364, Giur. Cost. 2003, 5.
42. Guido Smorto, "L'Usso giurisprudenziale della comparazione", en: Europa e diritto privato 1/2010, 2010, p. 226.
43. De Vergottini, Giuseppe, (2011), p. 154.
44. De Vergottini, Giuseppe, (2011), p. 155.
45. Corte de Casación, 29.7.2004 Nº 14488.
46. Corte de Casación, 16.10.2007 Nº 21748.
47. Sentencia de la Corte de Casación del 16/10/2007 sez. I civile, Nº 21748.
48. Guido Smorto, "L'Usso giurisprudenziale della comparazione", en: Europa e diritto privato 1/2010, 2010, p. 226.

ni frecuente en la jurisdicción italiana,[49] aún cuando pueden encontrarse diversas sentencias con referencia al derecho extranjero en cuestiones específicas de derecho civil, comercial y administrativo.[50]

La *Corte Constitucional alemana* es otra de las Cortes que se mide bastante en la cita en sus sentencias del derecho constitucional o de jurisprudencia extranjera, aún cuando pueden considerarse diversas sentencias en que tiene en consideración este derecho o jurisprudencia constitucional extranjera para resolver materias constitucionales.

En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales las cortes de los países europeos tienen presente en forma permanente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no siempre lo explicitan y no pocas veces lo encriptan en sus resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional de España es una jurisdicción constitucional que utiliza frecuentemente el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea en la materia, como asimismo que, en sus inicios utilizó frecuentemente el derecho y la jurisprudencia constitucional no doméstica, lo que ha disminuido en los últimos años, cuando ya ha establecido un cuerpo dogmático ya mas consolidado. Santana Herrera analiza las sentencias del periodo 2005-2007 que utilizan el derecho no domestico,[51] rastreando referencias respecto de instituciones de derecho constitucional, civil y penal.

En materia de derecho civil, encontramos la sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005 de 21 de diciembre, que para precisar el instituto jurídico de la fundación en España, reflexiona si figuras como el "trust" o la "fiducia" patrimonial pueden considerarse bajo el concepto de fundación, concluyendo que en derecho español no se otorga a la autonomía de voluntad del fundador el mismo imperio de la cual goza en otros ordenamientos jurídicos. A su vez, la sentencia 352/2006 de 14 de diciembre se analiza la configuración del arbitraje en el ordenamiento jurídico de transportes terrestres, donde el abogado del Estado se apoya en el derecho comparado para argumentar que no existe principio constitucional que impida al legislador otorgar

49. Lucio Pegoraro, La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato: un analisi comparatistica, Bologna, CLUEB, 2007, pp. 983-991. Angioletta Sperti, "Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza piu recente", en: *Rivista di Diritto Costituzionale* – Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Nº 11-2006, Turin, Giappichelli Editore, 2006, pp. 125-165.

50. Sobre la materia puede considerarse: Giuseppe Franco Ferrari y Antonio Gambaro, *Corti Nazionali e comparazione giuridica*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; Basil Markesinis y Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero*: La pratica del diritto comparato, Il Mulino, Bologna, 2009; Giuseppe Franco Ferrari y Antonio Gambero, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law*. A Premise. Polimetrica Publisher, Italy, 2010, pp. 11-32; Paolo Ridola, *Diritto Comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino: G. Giappichelli editore, 2010.

51. Maria Soledad Santana Herrera, El derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7 N. 14, julio-diciembre de 2010. disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/09SoledadSantana.htm (último acceso en 03/09/2012).

al silencio valor como declaración de voluntad, lo que no causó consecuencias en la decisión del Tribunal Constitucional.

En materia penal, la sentencia 237/2005 de 26 de septiembre del Tribunal Constitucional español considera la legislación extranjera para resolver sobre el delito de genocidio, sosteniendo que la legislación española como otras legislaciones europeas como la belga de 1993 reformada en 1999, el Código Penal de Dinamarca, La ley sueca, el Código pelan italiano, la ley alemana del 2002 y la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional de Cracovia de 2005 avalan la conclusión del Tribunal Constitucional de que la concepción de jurisdicción universal de Derecho internacional, en vigor, no se configura en torno a vínculos de conexión con los intereses estatales.

Finalmente, en la sentencia 33/2005 de 17 de febrero en voto particular el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez sobre reglas competenciales del Estado y Comunidades Autónomas, avala su posición de que el Estado debe conservar como regla general facultades de supervisión y garantía, para que se diferencie del bloque de competencias de ejecución que corresponden a las comunidades Autónomas, con referencias al derecho alemán y austriaco, especificando los problemas de coordinación existentes entre el nivel federal y estadual.

La realidad en Latinoamérica no es distinta, donde hay tribunales y cortes que transparentan en sus resoluciones el uso del derecho internacional de los derechos humanos y el seguimiento de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, donde destaca la *Corte Suprema de la Nación Argentina*,[52] donde pueden citarse los casos "Ekmekdjian c/ Sofovich"; "Servini de Cubría, maría R. s/ Amparo" (1992), "Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de Casación" (1995), "Bramajo, Hernán, J." (1996); "Acosta, Claudia B." (1998); "Campodónico de Baviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y acción social" (2000); "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y asociación ilícita y otros" (2004), "Simón" (2005), "Gramajo", (2006), "Gualtieri" (2009).

En la misma línea se sitúa la *Corte Constitucional de Colombia,* la que ha seguido la CADH y la jurisprudencia de la CIDH en forma permanente, a modo de ejemplo pueden citarse la sentencia de 7/12/2001 respecto de tratados de derechos humanos como estándares para analizar posible restricción de libertad de expresión; sentencia de 20/01/2003 en materia de revisión de sentencias penales, límites de cosa juzgada y principio *non bis in idem*; la sentencia de 22/02/2005, sobre estándares mínimos de protección de desplazados; sentencia de 22/05/2007 sobre control constitucional de

52. Víctor Bazán, "El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina", en: *Revista Estudios Constitucionales*, año 8 Nº 2, Santiago Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010, pp. 359-388; Walter Carnota, Paper sobre uso del derecho extranjero por Corte Suprema Argentina, *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, diciembre de 2010, workshop Nº 12: Enriquecimiento de la jurisprudencia a través del derecho comparado, México D. F., 2010, 11 p.

censura en materia de libertad de expresión; sentencia de 3/12/2007 sobre impulso a investigaciones penales para garantizar el acceso a verdad, justicia y reparación; sentencia de 5/06/2008, sobre deber de garantía del derecho a la salud.

El *Tribunal Constitucional del Perú* desarrolla igualmente un seguimiento del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así a manera de ejemplo pueden citarse las sentencias de 3/01/2003 sobre limites sustantivos y procesales de la legislación antiterrorista; de 18/03/2004, sobre el sistema normativo y jurisprudencial internacional y su valor en la interpretación de los derechos fundamentales; de 21/07/2006, sobre efectos de las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos; de 19/06/2007 sobre violación de derechos políticos y falta de acceso a la justicia por falta de control jurisdiccional de decisiones de órganos electorales; de 3/09/2008, sobre obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de 7/012010 sobre derecho de acceso a la información pública.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*, en diversas sentencias ha seguido los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[53] recientemente en sentencia de julio de 2011, en acatamiento del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Rosendo Radilla de 23/11/2009, por desaparición forzada ocurrida en Guerrero en 1974, determinó en sentencia de 11/07/2011, por unanimidad de votos, que "Los jueces del Estado de México deben replicar, en casos futuros, el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del caso Radilla y en aplicación del art. 1º constitucional", precisando que "frente a situaciones que vulneren derechos humanos de los civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar". A su vez, la Suprema Corte de Justicia determinó, en votación previa, que el control de convencionalidad obliga a todo juez sin excepción a incorporar en sus decisiones los tratados internacionales ratificados por el país, por lo cual todos los jueces mexicanos federales y locales, como asimismo, los tribunales administrativos, deberán verificar que las leyes internas sean compatibles con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual implica que todos los jueces podrán inaplicar, en el caso concreto de que conozcan, las disposiciones que sean contrarias a la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sin pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma o ley en cuestión. Asimismo, todos los órganos del Estado mexicano deberán realizar el control de convencionalidad, en el ámbito de sus competencias, aplicando la norma correspondiente con el sentido más favorable a las personas.

53. Karlos Castilla, El derecho de origen internacional en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Revista Cuestiones constitucionales Nº 23*, julio–diciembre de 2010, pp. 219-243; Jorge Carmona Tinoco,"*La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*", 2009, pp. 245-290.

Por otra parte, algunas jurisdicciones constitucionales se abstienen de explicitar el uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo casos excepcionales, como ocurre con Chile, los cuales son mas abiertos a considerar la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales europeas y latinoamericanas, en una comunicación transjudicial espontánea y horizontal.

Un único país en el ámbito latinoamericano que presenta una confrontación abierta y una actitud desafiante respecto de las sentencias y jurisprudencia de la Corte Interamericana, es el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela.[54]

La comunicación transjudicial o el denominado diálogo jurisprudencial entre los jueces, ya sea de carácter horizontal o vertical, es así una de las cosas que aparecen como fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, con el cual se contribuye al enriquecimiento del derecho mediante la obra de los intérpretes del derecho constitucional vivo. Hoy existe un rico patrimonio constitucional que posibilita un circuito comunicativo y la existencia de un *Estado constitucional cooperativo* como explicita Häberle,[55] superador de un Estado introvertido y hermético, que está en una situación de claro retroceso histórico.

4. Las potencialidades y riesgos del diálogo entre jurisdicciones

Un correcto uso del método comparado en el derecho constitucional posibilita superar las aproximaciones estrictamente textualistas, enriqueciendo el aparato conceptual y argumentativo de una jurisdicción constitucional, superando la pobreza de la auto referencia, además de la posibilidad de aprender de las reflexiones jurídicas de otras magistraturas, tanto de sus aciertos, como de sus errores. Las jurisdicciones constitucionales no están aisladas y pueden aprender de las experiencias de otras jurisdicciones constitucionales extranjeras, cuyos fallos son instrumentos útiles que permiten reflexionar con mayor profundidad, tener presente aristas no consideradas, ampliar perspectivas, mejorar y enriquecer las argumentaciones jurídicas para resolver los problemas jurídicos constitucionales nacionales que son parte de su competencia.

Un primer aspecto que debe explicitarse en este ámbito es que la cita de sentencias o de derecho constitucional extranjero no constituye derecho comparado, con suerte estaríamos frente a una información comparativa, que es una forma que De Vergottini denomina "erudición discursiva"[56] que sirve para mostrar similitudes o diferencias de

54. Carlos Ayala Corao, "Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008", en: *Revista Estudios Constitucionales*, año 7 N° 1, Santiago, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca – ED Librotecnia, 2009, pp.391-395.
55. Peter Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milán, Ed Giuffre, 2003.
56. De Vergottini, Giuseppe (2001), p. 224.

razonamientos, construcciones institucionales o modelos que permiten reforzar una argumentación o realizar un contraste, cuando ellos se realizan en materias atingentes a la *ratio decidendi* del caso en análisis. En otros casos, podemos decir que es solo fuego de artificio ya que en nada contribuyen al razonamiento y argumentación de fondo sobre el caso analizado.

El uso del método comparado es otra cosa, requiere un esfuerzo metodológico más significativo y solo se utiliza por los jueces en la interpretación constitucional, cuando se desentraña el sentido y alcance de un determinado contenido normativo constitucional para precisar la norma que emana de ese enunciado normativo y resolver el caso que ocupa al tribunal. Es en este proceso en el que los jueces pueden utilizar la doctrina y los precedentes extranjeros, como elementos que le ayudan a determinar la norma que posibilita resolver el caso concreto, es en esta etapa en que los jueces pueden utilizar los razonamientos y argumentos asumidos ya por otras magistraturas en el ámbito del derecho comparado, pero siempre precisando el sentido y alcance de dicha jurisprudencia, norma o institución en su sistema de origen, dentro del contexto del sistema jurídico respectivo, en su marco cultural, dentro del respectivo sistema constitucional, el cual debe ser explícito y razonado,[57] para luego contrastarlo y determinar las semejanzas y diferencias con las fuentes, instituciones, normas y razonamiento jurídico nacional, sólo en tal caso puede hablarse propiamente del recurso al derecho comparado.

El derecho comparado es un instrumento que ayuda en la interpretación constitucional y normativa, como señala Barak, esta asistencia puede ayudar en tres niveles.[58] Primero en el ámbito de la interpretación, ya que el derecho comparado ayuda al juez a comprender mejor la función de la interpretación y su función respecto de ella. En un segundo nivel el juez se apoya en el derecho comparado para precisar reglas de tratamiento de derechos fundamentales: el uso de la ponderación de derechos, el principio de proporcionalidad, el principio pro homine o favor persona, las reglas de limitación de derechos fundamentales, son algunos ejemplos de instituciones comunes en el tratamiento de derechos fundamentales dentro de las democracias constitucionales. Un tercer nivel en que el derecho comparado contribuye al juez permite enriquecer la solución de problemas constitucionales concretos, como pueden ser en materia de igualdad de oportunidades, la formulación de acciones afirmativas, los elementos para delimitar la libertad de expresión e información, el respeto de la vida privada, entre otros derechos fundamentales.

La mayor parte de los jueces constitucionales justifican la investigación y la consideración de precedentes extranjeros, de otros países o internacionales, posibilitando

57. Ver Marie Claire Ponthoreau, L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique, (sous dir.), P. Legrand, *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, pp. 555-556.
58. Aharon Barak, "*La comparazione nell diritto púbblico*", en: Basil Markesinis y Jörg Fedtke, Giudici e diritto straniero: La pratica del diritto comparato, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 391.

la ampliación del horizonte, y la difusión de ideas que se encuentran en el sistema jurídico, por el uso de argumentos similares ante situaciones similares, en contextos similares, lo que permite adoptar como argumento de refuerzo de una decisión o como criterio básico para adoptar la decisión, en virtud de la similitud de los cuerpos normativos y de la cultura jurídica, o por el hecho de haber resuelto la materia con anterioridad al tribunal que la considera.[59]

El conocer y usar la jurisprudencia extranjera además de la propia posibilita la expansión y riqueza de la argumentación constitucional, posibilita conocer otros argumentos ya sea para discrepar o para concordar con ellos, fortaleciendo la calidad argumentativa de las sentencias. El uso del argumento basado en la comparación puede contribuir a que los jueces puedan profundizar una argumentación, como asimismo puede contribuir a dotar de fuerza a una motivación. Además, el recurso al argumento fundado en la comparación puede ofrecer una visión mas completa de las respuestas posibles a un problema jurídico específico.[60]

Por otra parte, debe tenerse presente que el recurso a la jurisprudencia constitucional extranjera se utiliza estratégicamente por los jueces constitucionales, su utilización puede tener como finalidad acrecentar la legitimidad de la decisión adoptada refiriéndose a una jurisprudencia constitucional extranjera bien establecida de tribunales o cortes constitucionales de prestigio, como asimismo para contrarrestar la reacción a una decisión controvertida, presentando esta resolución como coherente y consistente con una o mas líneas jurisprudenciales de otras cortes o tribunales constitucionales respetados.[61]

La seriedad y prolijidad del uso del derecho extranjero y la circulación de los precedentes jurisprudenciales requiere que exista una adecuada y correcta selección de los ordenamientos de referencia, evitando la subjetividad y arbitrariedad de ella; que tal uso esté encaminado a una mejor comprensión del propio ordenamiento constitucional y jurídico, posibilitando una auto observación, comprensión y discernimiento crítico; como asimismo, es necesario, explicitar los argumentos en forma honesta, haciéndolos transparentes, verificables y controlables. Es necesario distinguir en esta materia las referencias puntuales a la jurisprudencia de otros países, la comparación liviana o superficial o el uso riguroso del método comparativo, como asimismo, la consideración implícita o explicita del derecho extranjero ya sea por adhesión o por diferenciación.

Debe tenerse cuidado con la selección puramente discrecional de las referencias y precedentes extranjeros y su utilización fuera de contexto ("*cherrypicking*"), el uso

59. Didier Maus. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. en: *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*, Nº 80, 2009, p. 684.
60. Marie Claire Ponthoreau, L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique, (sous dir.), P. Legrand, *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, p. 556.
61. Michel Rossenfeld, Le constitutionalisme comparé en mouvement, En: Pierre Legrand (Dir), *Comparer les droits, résolument*. Ed. Puf, 2009, p. 562.

descontextualizado o descuidado del precedente jurisdiccional extranjero o de la superación de dichos precedentes por otros más actuales, el fundamento jurídico que permite aludir a ellos, entre otros aspectos. En esta materia debe prevalecer el uso de la prudencia por parte de las jurisdicciones, el adecuado control de ello provendrá del análisis crítico de la doctrina y de la opinión pública constitucional.

El uso de precedentes extranjeros no se puede reducir a un transplante mecánico o automático, sin considerar los diferentes contextos jurídicos nacionales, los eventuales errores de interpretación y de la utilización de las fuentes o la jurisprudencia, como asimismo, la necesaria consideración del contexto del caso preciso que debe ser resuelto; el uso del derecho y la jurisprudencia extranjera deben utilizarse como argumentos persuasivos o para reforzar una decisión que debe siempre estar basada sobre argumentos interpretativos del derecho nacional.[62] Como señala De Vergottini, "el derecho externo (al propio ordenamiento) viene tomado no como fuente de aplicación en el caso en examen, sino como dato fáctico y cognitivo que el juez tiene presente para mejor conocer y decidir",[63] así el precedente extranjero puede ser útil y retenido tanto para determinar una compatibilidad como para determinar un desacuerdo de alcance y sentido suficientemente argumentado. Distinto es el caso del derecho internacional de los derechos humanos al cual está vinculado el Estado Parte, el cual ha reconocido jurisdicción vinculante a un tribunal regional, cuyas decisiones son vinculantes y obligaciones de resultado para dicho Estado, como ocurre con los derechos fundamentales y garantías asegurados por convenciones o tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los diálogos jurisprudenciales sirven también para crear ideas que produzcan, además de la coexistencia pacífica y la cooperación, la integración de una pluralidad de culturas jurídicas en la unidad de una comunidad jurídica.

El uso del recurso al derecho comparado, por su parte, está asociado también a la apertura en la cultura jurídica y política del país a la recepción jurídica proveniente de otros ordenamientos jurídicos, a como las Cortes o Tribunales Constitucionales consideran el sistema de fuentes y el uso de ellas en el proceso de argumentación jurídica, a la forma en que el Derecho Constitucional nacional y el respectivo Tribunal Constitucional comprenden la relación entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional, como asimismo, a las eventuales resistencias ideológicas o paradigmáticas de los magistrados basados en una determinada concepción de la soberanía nacional, de "patriotismo constitucional" y el temor a la pérdida de identidad nacional, como también a que la irrupción del derecho internacional o comparado dañe procesos de pacificación de espíritus luego de procesos de transición del autoritarismo a la

62. Giuseppe De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010, p.169.
63. Ibidem, p.139-140.

democracia, elementos que han sido objeto de análisis por la doctrina: Choudhry,[64] De Vergottini,[65] Jackson,[66] Lollini,[67] Ponthoreau,[68] Slaugther,[69] Sperti,[70] Tushnet,[71] entre otros.

5. Las objeciones y resistencias al diálogo entre jurisdicciones constitucionales

En el ámbito de las resistencias al uso del derecho extranjero o internacional se sitúa el uso del concepto de "identidad nacional" o de "patriotismo constitucional", como conjunto de rasgos que singularizan en un marco jurídico-político las decisiones fundamentales de la sociedad política en virtud del ejercicio de su soberanía, resaltando la distancia con los valores o la cultura de otros ordenamientos jurídicos; esta perspectiva es desarrollada en el ámbito del derecho norteamericano por R. Bork.[72] Al respecto se cita como uno de los defensores destacados de esta perspectiva a Pierre Legrand,[73] el cual centra su preocupación en la separación entre la letra y el espíritu de la norma, considerando que no debe tomarse las palabras de una norma jurídica y prescindir del "marco de intangibles dentro del cual las comunidades interpretativas trabajan y que tiene fuerza normativa para esas comunidades". En el ámbito nacional, tal perspectiva ha sido asumida por M. Núñez.[74] Por el contrario, nos parece que el análisis del derecho constitucional extranjero y de la jurisprudencia constitucional

64. S. Choudry. Migration As a New Metaphor in Comparative Constitutional Law, in: Id. (cur.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge UP, 2006.
65. Giuseppe De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna: Ed Il Mulino, 2010.
66. Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.
67. Andrea Lollini, Confronting Comparative Methods: Approaches to Using Extra-Systemic Parameters by the Canadian Supreme Court and the South African Constitutional Court, in: A.S. Muller y M.A. Loth, *Highest Courts and Internationalisation of Law*, The Hague, Hague Academic Press, 2009, pp. 165-182.
68. Marie Claire Ponthoreau. Le recours a L'argument de droit comparé par le juge constitutionnelle. Quelques problèmes théoriques et tecniques. En: Ferdinand Mélin-Soucramanien (Ed), *L'interpretation constitutionnelle*, Paris, Ed. Dalloz, 2005, pp. 145 y ss.
69. Anne-Marie Slaugther. A Global Community of Courts. *Harward International Law Journal*, Volumen 44. Nº1, invierno de 2003.
70. Angioletta Sperti, "Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza piu recente", en: *Rivista di Diritto Costituzionale* – Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Nº 11-2006, Turin: Giappichelli Editore, 2006, pp. 125-165.
71. M. Tushnet, *The possibilities of Comparative Constitutional law*, in 108 Yale L. J., 1999, 1225 ss.
72. Bork, R. (2006).
73. Pierre Legrand. The Imposibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, 1997, p. 121; "Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?", en: Lyons Beaumont y Walker (Eds.), Convergence and Divergence in European Public Law, Hart, Oxford Portland Oregon, 2002, pp. 225-256; "The same and the different", en: *Comparative Legal Studies*: traditios and transitions, Cambrige, 2003, pp. 240 y ss. Ver también Pierre Legrand, La comparaison des droits expliquée a mes étudiants, en: Pierre Legrand (dir), *Comparer les droits*, résolument, Ed. PUF, Paris, 2009, pp. 209-244.
74. Manuel Núñez Poblete, "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", Revista Ius Et Praxis – Año 14 – N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, 2008, pp.331-372.

extranjera contribuye y ayuda a interpretar mejor, como asimismo a definir mejor la propia identidad nacional.[75]

Otro argumento utilizado como oposición al uso jurisprudencial del derecho extranjero es el uso potencialmente arbitrario del mismo, el recurso a lo que los norteamericanos denominan como "cherry-picking", utilizando aquella que se tiene mas a mano, aquella que se prefiere por razones de conocimiento del idioma o la que sirve para sostener la tesis ya pre adoptada, aceptando el derecho cuando se está de acuerdo o rechazándolo cuando no nos sirve para respaldar nuestra propia posición. El uso oportunista de la jurisprudencia o del derecho constitucional extranjero en un argumento válido para las situaciones en que ello ocurre, pero no es un argumento para el caso del correcto uso del método comparativo por parte de las jurisdicciones constitucionales, debiendo hacerse un adecuado discernimiento en esta materia, donde la experiencia de otro tribunal es filtrada por los jueces nacionales teniendo presente el propio texto constitucional y su contexto, el derecho y la jurisprudencia no doméstica sólo aporta enriquecimiento del análisis, abre a nuevos razonamientos, posibilitando un enriquecimiento de la propia perspectiva, que es, en definitiva, la que se manifestará en la "ratio decidendi" y la parte resolutiva del fallo.

Puede sostenerse, en materia de diálogo jurisprudencial vertical, cuando esta en juego el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional americano, que la utilización del ámbito comparado en esta materia posibilita el uso de una fuente del derecho externa que es vinculante en el ordenamiento interno y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también lo es como "ratio decidendi" e interpretación legítima y última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las otras convenciones complementarias del mismo, las cuales constituyen como mínimo una pauta interpretativa para los tribunales nacionales, además de una obligación de cumplimiento de buena fe, en cuanto obligación de resultado, por ello, en este ámbito, puede sostenerse la legitimidad del uso normativo de la comparación, como uso de los precedentes ya resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso del diálogo jurisprudencial horizontal, el uso del método comparado y de la jurisprudencia comparada se justifica cuando su uso posibilita desentrañar el significado originario de una norma que se ha incorporado al derecho constitucional local pero que es de derivación de otro ordenamiento constitucional, aunque siempre teniendo presente el contexto normativo nacional en que se integra, el que puede ser distinto del ordenamiento extranjero.

75. Ver Vicky Jackson, Constitutional Engagement in a Transnational Era, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, p. 108.

A su vez, el diálogo jurisprudencial horizontal es legítimo y válido cuando se utiliza para considerar puntos de vista a través de los cuales pueden desarrollarse y discernirse propuestas interpretativas, considerarse hipótesis posibles de solución de un problema jurídico constitucional, discernir la relevancia de argumentos que no se han planteado a nivel nacional para acogerlos o desecharlos, en definitiva, para enriquecer el razonamiento jurídico propio y eventualmente para superar lagunas o vacíos en el ordenamiento domestico, siempre verificando prudentemente el contexto normativo nacional y la armonización de la solución hermenéutica con la perspectiva constitucional positiva nacional. El argumento comparado y la solución jurisprudencial extranjera no es fuente del derecho ni tiene una eficacia vinculante, sólo constituye un enriquecimiento de la perspectiva hermenéutica del juez constitucional nacional, una apertura con discernimiento crítico al derecho extranjero posibilita una mejor comprensión de la propia constitución y de la propia tradición constitucional, posibilitando una mejor comprensión de instituciones comunes y valores compartidos, posibilitando abrirse a nuevas prospectivas.[76] Asimismo, el dialogo jurisprudencial horizontal puede ser utilizado legítimamente para reforzar las argumentaciones sostenidas en el análisis e interpretación del derecho constitucional nacional, con experiencias de derecho constitucional extranjero que cuentan con reglas y principios con la misma perspectiva cultural y constitucional y con contextos normativos similares. Todo ello debe ser asumido sin complejos de superioridad ni de inferioridad.

Por otra parte, la tesis del "*margen de apreciación*"[77] que se utiliza generalmente para la defensa de un criterio de autonomía nacional para determinar el contenido de los derechos fundamentales, es un criterio relativo, en la medida en que este margen depende de la decisión de la Corte Internacional respectiva, como asimismo del contexto del sistema regional respectivo, justificándoselas en contextos de pluralismo cultural y constitucional, donde la Corte Internacional debe resolver casos que llegan de países con muy distintos sistemas jurídicos, tradiciones culturales y contextos jurídicos, como es el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos; teniendo dicha perspectiva un menor nivel de aplicación cuando estamos ante países que tienen un mismo sistema jurídico y unas mismas tradiciones culturales, aún cuando tengan algunos contextos socio económicos e ideológicos diferenciados, como es el caso de la región latinoamericana.

La idea de margen de apreciación no se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en sus trabajos preparatorios, ni tampoco proviene del derecho

76. Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York: Oxford University Press, 2010, p. 117.
77. Ver J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos*: soberanía e integración, Madrid: Editorial Civitas, 2010; E. Kastanas, Unité et diversité: notions autónomes et marge d´apréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l´homme, En: *Revue internationale de droit comparé*, v. 50 Nº 4, octobre-décembre 1998, pp. 1175-1177.

internacional. La institución del margen de apreciación proviene del derecho francés, mas específicamente, del Consejo de estado francés que utiliza la expresión "*marge d´apréciation*" y que se aproxima a la idea de discrecionalidad administrativa, aún cuando esta última es mas precisa y concreta. Este espacio limitado a la libertad de valorización es una creación pretoriana del TEDH con contornos imprecisos y casuísticos,[78] utilizado por primera vez en el caso *Lawless contra Irlanda*, para mas tarde utilizarlo en el *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica en 1968*, no volviendo a usar la expresión hasta el caso Irlanda contra el Reino Unido, en enero de 1978, al referirse que los estados estaban en mejor situación para valorar en la realidad la entidad de una amenaza para la vida de la nación, utilizándose en diversas otros casos con posterioridad. El margen de apreciación constituye así una construcción jurisprudencial del TEDH como una suerte de deferencia hacia los estados partes en casos complejos y sensibles, el cual es determinado por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos concretos, en los que exista la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), lo que otorga una gran discrecionalidad al TEDH para manejar dicho margen de apreciación nacional, lo que puede entrar en conflicto con el mandato del convenio de protección jurídica efectiva de los derechos y el pleno examen de la medida controvertida como determina J. Rubel citado por Johann Justus Vasel.[79] Este margen de apreciación nacional puede justificarse en Europa, en aquellos derechos con un escaso contenidon esencial y una amplia configuración legal, donde el TEDH tiene que considerar las diversas tradiciones y sistemas de derecho de los 47 estados europeos, con más de ochocientos millones de habitantes, constituyendo un criterio de justificación para la baja intensidad de la revisión europea por prudencia en tales derechos por no ser manifiestamente la medida desproprcionada, pero no otorga a los estados nacionales la patente de corso, para vulnerar discrecionalmente derechos humanos y desarrollar conductas arbitrarias, ya que el propio TEDH determina el margen de apreciación que deja en cada caso concreto, sin que los estados partes tengan un derecho al margen de apreciación nacional.

En todo caso, el manejo de la ambigua institución del margen de apreciación lo determina en cada caso, en última instancia, la respectiva Corte Internacional, la que tiene la última palabra sobre la materia. En tal sentido la Corte Europea maneja con discrecionalidad este margen de apreciación, mientras que en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no utiliza significativamente

78. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos*: soberanía e integración, Madrid: Editorial Civitas, 2010, pp. 108-109.
79. Johann Vasel, "El margin of appreciation" como elemento clave en el Derecho Constitrucional Europeo, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo* N. 11, 2009, p.7, publicación electrónica disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/07JVasel.htm (último acceso en 03/09/2012). J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos*: soberanía e integración, Madrid: Editorial Civitas, 2010, pp. 120.

dicho margen, ya que los temas que afronta son de derechos mas duros y evidentes (vida, integridad personal, libertad personal derecho a la jurisdicción, derecho a la investigación y a la verdad), donde no hay lugar para diversas apreciaciones.

6. El diálogo jurisdiccional interno de los tribunales o cortes constitucionales

Las jurisdicciones constitucionales se pronuncian en función de su propia deliberación, teniendo presente las normas jurídicas y fuentes del derecho que debe interpretar y aplicar y de los elementos del caso que le son sometidos a su consideración. En este proceso de adopción de la resolución del caso, los jueces deliberan, dialogan y razonan, siendo este diálogo y razonamiento el que queda plasmado en la ratio decidendi de la sentencia y en los votos concurrentes y disidentes en su caso, lo que permite conocer la calidad de la argumentación jurídica y el uso de las fuentes del derecho utilizados, como asimismo el uso o no del derecho extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos de aplicación. Tal perspectiva transparenta tácita o expresamente una parte del diálogo sostenido por los jueces que integran el tribunal o corte, elementos que constituyen una fuente importante para analizar los consensos y disensos al interior del respectivo Tribunal o Corte Constitucional.

7. Algunas consideraciones sobre la utilización del derecho no doméstico y el derecho convencional internacional de derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno

Una vez analizado el periodo de los años 2006 y 2007 respecto de la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno, pueden sostenerse algunas consideraciones respecto de la jurisprudencia de dicho bienio.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional chilena, en general, hasta el año 2006, hay un uso del derecho constitucional formalista descriptivo y eminentemente positivista que utiliza poco el recurso al derecho constitucional comparado y a la jurisprudencia comparada, dicha tendencia se quiebra el año 2007, donde hay un paso significativo a una apertura al derecho internacional de los derechos humanos y al uso del derecho constitucional y la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, lo que se mantiene con posterioridad a dicha fecha, aunque con altibajos.

Es interesante señalar que el año 2006, ya se encuentran, aunque solo en votos concurrentes, alusiones al derecho constitucional comparado.

En sentencia, **rol 480 de 27/07/2006**, en voto concurrente de los ministros **Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán**, estos establecen para reforzar su argumentación jurídica, el uso de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en materia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones en el ámbito penal y administrativo sancionatorio; a su vez, el Ministro Jorge Correa

Sutil, se refiere al uso del derecho comparado europeo, para explicitar las diferencias de enfoque en dicho contexto, como asimismo para establecer la diferencias entre el texto constitucional chileno y español sobre el derecho administrativo sancionador.

En **sentencia Rol Nº 546 de 17/11/2006**, en que no hay decisión por empate de votos, los cinco ministros que rechazan el requerimiento que cuestiona el *Solve y Repete* analizan el uso de dicha institución por diversos ordenamientos jurídicos europeos y por algunas jurisdicciones como las de Italia, España, Colombia y Argentina, como asimismo se refieren a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En **sentencia Rol N° 555 de 19/12/2006,** el Tribunal Constitucional conoce de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación a la causa rol N° 2653-2006, caratulada "Nilson Saracostti Burgano con Servicio de Impuestos Internos", pendiente ante la Corte Suprema, respecto del art. 116 del Código Tributario. El requirente se refiere expresamente a la vulneración del art. 8º de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de juez independiente e imparcial. El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento sólo en base a argumentaciones de derecho interno, no realizando razonamiento alguno en relación al art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos invocada por la parte requirente, existiendo una omisión de pronunciamiento del Tribunal sobre parte de la argumentación jurídica esgrimida por el requirente, la cual es soslayada.

En 2007, puede señalarse que el Tribunal Constitucional, en sus sentencias en que entra a conocer y resolver los requerimientos presentados en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, comienza a desarrollar una perspectiva de mayor consideración del derecho constitucional y la jurisprudencia de tribunales constitucionales extranjeros, como elementos de análisis que le permiten a su vez una mayor riqueza de análisis para resolver luego los casos concretos. En tres sentencias el Tribunal utiliza normas de derecho constitucional extranjero de Estados Unidos, Alemania, España, Francia e Italia (Roles Nº 718, 759 y 773). Una sentencia se refiere a concepciones sobre justicia administrativa en el derecho positivo de diversos estados en referencia abstracta y sin precisión, lo que le permite sostener la existencia de de modelos de justicia administrativa, posibilitando algunas clasificaciones sobre ellas, determinando la existencia de opciones similares a la chilena, lo que le permite considerar como legítimo el modelo nacional sobre la materia (Rol Nº 616). Respecto de las citas de jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, puede establecerse que: doce sentencias citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (roles Nº 519, 527, 549, 576, 616, 664, 718, 759, 773, 783, 786, 790); en tres sentencian cita jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana (roles Nº 616, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia del Consejo Constitucional francés (roles Nº 616, 664 y 786); en dos sentencias cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Italia (roles 616 y 786); en dos sentencias cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú (roles Nº 718 y 786); en dos cita jurisprudencia de la Corte Suprema de México (roles

Nº 718 y 780); y en dos sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (roles Nº 790 y 804).

Asimismo, en una sentencia se hace referencia genérica al derecho de Francia, Inglaterra, Alemania, España, Estados Unidos y al derecho hispanoamericano con referencias a diversos países considerando la diversidad de sistemas de justicia administrativa (Rol Nº 616).

A su vez, respecto de uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado por Chile y vigente, el Tribunal Constitucional lo empieza a utilizar como reforzamiento de sus propias argumentaciones y como parte del parámetro de control de constitucionalidad por la norma de reenvio del art. 5º inciso 2º de la Constitución. En cinco sentencias utiliza los derechos asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Roles Nº 519, 576, 739, 783 y 807); en cuatro sentencias utiliza los derechos y garantías asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos (Roles Nº 519, 576, 739 y 807). En dos sentencias realiza referencias a derechos asegurados por la Declaración Americana de Derechos Humanos (Roles Nº 519 y 576). En una sentencia se utilizan los principios y derechos asegurados por la Convención sobre Derechos del Niño (Rol Nº 786). En una sentencia se utilizan los derechos asegurados por la Convención sobre no discriminación de la Mujer (Rol Nº 698). En una sentencia se utiliza las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Rol Nº 804).

El Tribunal Constitucional durante el año 2007, utiliza también el soft law (derecho blando) en materia de derechos humanos, en tres sentencias utiliza la Declaración sobre Protección de la persona contra la Tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea de Naciones Unidas de 9/12/1975 (Rol Nº 519, 576 y 786). En una sentencia cita las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores (reglas de Beijing) en Rol Nº 786. Una sentencia alude a las Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), en Rol Nº 807. Finalmente, en una sentencia se cita el Código Modelo Tributario para América Latina (Rol Nº 718).

En el ámbito de la jurisdicción constitucional chilena existe una referencia marcada a la jurisprudencia de tribunales constitucionales extranjeros con mayor tradición, como ocurre con la Corte Constitucional Alemana, el Consejo Constitucional francés y los tribunales constitucionales Español e Italiano, especialmente; como asimismo respecto de algunas jurisdicciones constitucionales que corresponden a la misma cultura jurídica y se encuentran en el mismo ámbito regional geográfico, como son la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional de Perú y Corte Suprema de México.

Es interesante de hacer notar que la cita de jurisprudencia o derecho extranjero está vinculado al conocimiento personal del juez del derecho del respectivo país, de la jurisprudencia y la doctrina jurídica respectiva, asimismo, es posible de señalar que

hay también una visión mas amplia de aquellos ministros con estudios de postgrado y experiencia académica en el extranjero, como asimismo, por el manejo adecuado de lenguas extranjeras, que posibilitan un enriquecimiento de la ratio decidendi del fallo.

Es posible constatar asimismo una discrecionalidad de manejo del Tribunal Constitucional del derecho extranjero y la jurisprudencia extranjera, lo que también se constata aún con mayor fuerza en el uso de los estándares mínimos de respeto de derechos humanos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las omisiones son bastante notorias en casos relevantes, como por ejemplo, en **Sentencia Rol 664 de 30/05/2007,** respecto de los cuales se hace un paso tangencial para no abordar directamente el tema de fondo, como ocurre con la invocación por parte del Tribunal que ello involucraría un pronunciamiento de juicio de mérito y oportunidad de la legislación, para no asumir la resolución del tema de fondo, el estándar del *juez natural, competente, independiente e imparcial* que exige el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, donde la Corte Interamericana ya se había pronunciado fijando estándares mínimos de aseguramiento del derecho a un juez independiente e imparcial en los casos *Palamara* vs. *Chile*[80] y *Almonacid Arellano* vs. *Chile*;[81] como asimismo, ya había fijado el estándar sobre el derecho a la revisión de la sentencia penal en el **caso Rol Nº 986, "Aáron Vásquez"**, de treinta de enero de dos mil ocho, considerando que dicho recurso debe ser ordinario y debe considerar los hechos y el derecho, endecha sentencia omisiva de dicho estándar, ella contó con la disidencia de tres ministros del Tribunal Constitucional, donde el estándar mínimo fijado por la Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa con Costa Rica",[82] sólo es considerado en votos disidentes. Este último caso se encuentra radicado ya en el sistema interamericano para su resolución.

Tales temas junto a otros tópicos serán objeto de próximos artigos en que analizaremos específicamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre estas materias desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo.

8. Consideraciones finales

La doctrina constitucional se ha venido preocupando de realizar una reflexión académica con cierto rigor científico acerca del fenómeno del diálogo jurisdiccional horizontal entre jurisdicciones constitucionales y el diálogo más vertical entre jurisdicciones constitucionales y Cortes Internacionales o Supranacionales de Derechos

80. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22/11/2005, Serie C N. 135.
81. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de fecha 26/09/2006, Serie C N. 154.
82. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de fecha 2/07/2004, Serie C N. 107.

Humanos. Tal análisis se ha realizado con mayor fuerza en el ámbito norteamericano y europeo, siendo este análisis aún incipiente en América Latina con muy pocas reflexiones académicas sobre la materia.

Puede afirmarse que al inicio de la segunda década del siglo XXI, las principales jurisdicciones constitucionales del mundo, incluidas algunas latinoamericanas, han asumido que en los casos difíciles es importante acudir al derecho constitucional comparado cuando este corresponde al mismo circulo de cultura y de concepción del derecho que el ámbito doméstico, con normas jurídicas constitucionales similares que regulan una misma institución, para ampliar el ámbito de razonamiento, considerar alternativas no consideradas en el ámbito nacional, ya sea para clasificar o construir modelos de diversos institutos o categorías jurídico constitucionales, para desarrollar criterios interpretativos y orientadores tanto para coincidir como para disentir de precedentes extranjeros o internacionales a la hora de resolver casos específicos de problemas jurídico constitucionales a nivel nacional, utilizando un adecuado uso del método comparativo.

En dicho plano, el Tribunal Constitucional chileno, con distinta profundidad y calidad argumentativa, a partir de 2007, empieza a utilizar el derecho constitucional y la jurisprudencia de cortes constitucionales extranjeras como elemento de reflexión, de enriquecimiento de perspectivas científicas; como elemento que posibilita la construcción de modelos y clasificación de instituciones; como punto de referencia para establecer analogías o para establecer diferencias con normas, principios y jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales; como asimismo para reforzar sus propias argumentaciones; o simplemente como muestras de erudición que no aportan nada al razonamiento (*ratio decidendi*) o a la decisión del tribunal.

Es necesario reconocer que en el ámbito europeo y latinoamericano los sistemas regionales de derechos humanos están estableciendo estándares mínimos de aseguramiento y garantía de tales derechos que las jurisdicciones nacionales deben aplicar, si no quieren ser acusadas de violar derechos humanos e incurrir en responsabilidad internacional por vulneración del derecho internacional vigente y obligatorio, ya sea considerándolo como pauta de interpretación y estándares de razonamiento judicial o integrando los derechos asegurados como parte del parámetro de control de constitucionalidad por el hecho de haber incorporado tales derechos, como asimismo, en muchos casos, las normas convencionales que las contienen como parte de la Constitución o, en otros casos, en virtud de normas de reenvío establecidas por el propio ordenamiento constitucional.

En el ámbito regional americano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido mas expresiva que la Corte Europea en establecer, en virtud de contar con el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que no se encuentra en el sistema europeo, el deber de las jurisdicciones domesticas de adecuar el ordenamiento jurídico a través de medidas legislativas o "de otro carácter", entre

las que se encuentra el ejercicio jurisdiccional de los tribunales en el ámbito de sus competencias, para aplicar los estándares mínimos convencionales, como asimismo, para la delimitación e interpretación de estos por la Corte Interamericana, en lo que esta última Corte, a partir del caso *Almonacid Arellano* vs. *Chile*,[83] ha denominado control de convencionalidad,[84] que obliga a razonar jurídicamente **aplicando preferentemente los derechos asegurados y garantizados convencionalmente** cuando ellos no se encuentran asegurados y garantizados en el derecho interno,[85] en el estándar mínimo asegurado convencionalmente, aplicando además el **principio favor persona**.

En el ámbito regional americano hay jurisdicciones constitucionales líderes en seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los estándares del sistema interamericano de buena fe, como son las a modo ejemplar las Cortes Supremas de Argentina, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y las Cortes Constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Es posible sostener que, a partir de 2007, el Tribunal Constitucional chileno, en su jurisprudencia se orienta con cierta frecuencia hacia una línea de convergencia con el sistema interamericano de protección de derechos, los derechos asegurados y garantizados en las normas convencionales como parte del parámetro de control de constitucionalidad, ya sea reconociéndole un valor interpretativo de las normas constitucionales de derechos ya sea explicita o implícitamente, como asimismo, asumiendo como derechos que deben ser garantizados por el Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico nacional en su máximo rango, sin que se encuentren en la Carta Fundamental, pero que son asumidos desde los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos, como ocurre con el derecho a la identidad, el interés superior del menor, el derecho a la revisión de la sentencia penal, la prohibición

83. Dicho precedente fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú; como asimismo constantemente recordado en los casos contenciosos Heliodoro Portugal *vs*. Panamá (2008); Rosendo Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos (2009); Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs*. Paraguay (2010); Fernández Ortega y Otros *vs*. México (2010); Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs*. Bolivia (2010); Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) *vs*. Brasil (2010); entre otros.

84. Sobre la materia, Albanece, Susana (coord.) (2008). Juan Carlos Hitters (2008).

85. La Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano *vs*. Chile, precisó: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969."

de la *reformatio in pejus*, entre otros, los cuales son considerados como parte del parámetro de control de constitucionalidad para examinar la constitucionalidad de disposiciones legales.

Este uso de los derechos asegurados y garantizados por el derecho convencional de derechos humanos interamericano, aunque en la práctica, francamente latinoamericano, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, no tiene un carácter sistemático y es mas bien discrecional, su uso se concreta sólo cuando la mayoría de ministros del tribunal considera oportuno y conveniente utilizarlo, omitiéndolo en otros casos, lo que es signo también del desacuerdo de apreciaciones sobre la materia existente al interior del tribunal, como asimismo del cambio de posiciones de algunos de ellos en distintos momentos del periodo. Asimismo, lo que también puede observarse como un elemento de análisis preliminar de la jurisprudencia sobre el cual nos detendremos en otro art. de la presente investigación, es una tendencia por parte del Tribunal Constitucional a no seguir los estándares mínimos sobre interpretación de derechos asegurados convencionalmente fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyendo un botón de muestra el caso Aaron Vásquez, el cual ya se encuentra en análisis por los órganos del sistema interamericano, para determinar si hay o no vulneración del derecho a la revisión de la sentencia penal o el denominado derecho al recurso, en el ámbito del procedimiento penal chileno. En este plano, cabe señalar también preliminarmente, que nuestro Tribunal Constitucional tiene una tendencia al uso explícito de la jurisprudencia de tribunales constitucionales extranjeros y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los cuales no tenemos ningún vínculo jurídico, siendo una consideración espontánea y libre, que a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que nos vincula jurídicamente.

Finalmente, es posible señalar que el Tribunal Constitucional chileno, en la aplicación tanto del derecho constitucional extranjero como de los precedentes constitucionales extranjeros, como asimismo en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, no ha realizado ni asumido una posición homogénea y estable, no ha reflexionado ni sentado lineamientos, al menos explícitamente, sobre su utilización.

11

Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo

Manuel Eduardo Góngora-Mera*

Introducción. 1. Efectos de la constitucionalización del derecho interamericano de los derechos humanos en la relación entre las cortes del sistema. 2. Tres alternativas de convergencia interpretativa en sistemas judiciales multinivel de control difuso. 2.1. La doctrina del margen de apreciación. 2.2. Adherencia nacional a estándares interamericanos. 2.3. Convergencia paralela. 3. La convergencia como producto de interacciones multidireccionales: un enfoque coevolutivo. 3.1. El enfoque de comunicación transjudicial. 3.2. Coevolución: relaciones entre cortes en términos de interdependencia. 4. Consideraciones finales.

Introducción

El sistema interamericano de derechos humanos está estructurado judicialmente en dos grandes niveles: un nivel nacional que se basa en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, así como de condenar y reparar las violaciones a estos derechos. Si un caso concreto no es solucionado en este nivel, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), contempla un nivel regional – de potencial alcance hemisférico – que opera inicialmente en una instancia semijudicial a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; si el caso aún no es resuelto satisfactoriamente, pasa a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o CorteIDH).

Descrito en estos términos, el nivel regional representa una protección subsidiaria, coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno

* Investigador postdoctoral del *Lateinamerika-Institut* (*Freie Universität Berlin*) como miembro de desiguALdades.net. Abogado y magister en Derecho Económico (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá), magister en Economía Internacional y Política de Desarrollo (*Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*) y doctor en Derecho Público (*Humboldt Universität zu Berlin*).

de los Estados miembros del sistema, por lo que no opera independientemente de las instancias nacionales. Si una cuestión queda resuelta definitivamente en el nivel interno según los estándares interamericanos, no es necesario hacerla de conocimiento de la Corte Interamericana para su "aprobación" o "confirmación", como si tuviera funciones de corte de casación o de última instancia.[1] Más aún, bajo una óptica global, el sistema interamericano no opera independientemente de las instancias nacionales y las instancias del sistema universal de derechos humanos en una especie de nivel intermedio (y por lo tanto, fragmentado verticalmente),[2] lo que supondría total autonomía respecto de los estándares judiciales que adopte. Descrito entonces como un sistema judicial multinivel de alcance regional, integra como propios el nivel nacional de protección de derechos humanos así como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas, lo que en principio obliga a la Corte Interamericana a tener en cuenta, tanto los estándares normativos de los países que hacen parte del sistema, como los estándares universales desarrollados en el sistema de las Naciones Unidas, que la Corte Interamericana denomina el *corpus juris*[3] del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH). Si bien un análisis integral del sistema interamericano como sistema judicial multinivel requeriría el estudio de la relación entre el sistema universal y el interamericano, este texto se concentra en el estudio de las relaciones entre el nivel nacional y el regional, y en particular, entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ensayo pretende abordar estas relaciones a la luz de las tendencias recientes de constitucionalización del derecho internacional, en términos de divergencia y convergencia: ¿Qué interpretación prevalece en caso de que la interpretación de la Corte Interamericana discrepe con la interpretación de alguna de las cortes constitucionales nacionales que integran el sistema? y ¿qué alternativas de convergencia interpretativa son viables?

El presente ensayo se divide en tres partes: la primera parte presenta resumidamente las tendencias de constitucionalización del derecho internacional al interior del sistema interamericano y sus efectos en la relación entre las cortes del sistema; la segunda parte analiza tres alternativas de convergencia entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana; la tercera parte propone un enfoque coevolutivo de relacionamiento multidireccional entre las cortes del sistema interamericano que resuelva conflictos de interpretación de manera no jerárquica y que promueva la convergencia de estándares normativos entre las cortes del sistema.

1. Cf. CorteIDH. *Caso de Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de diciembre 6, 2001. Serie C No. 90, párr. 33.
2. Cf. Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006.
3. Cf. CorteIDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, de septiembre 17 de 2003*. Serie A No. 18, párr. 120.

1. Efectos de la constitucionalización del derecho interamericano de los derechos humanos en la relación entre las cortes del sistema

La manera en que se relacionan las cortes constitucionales latinoamericanas con la Corte Interamericana ha cambiado drásticamente en la última década. Dos tendencias de constitucionalización del derecho internacional explican este fenómeno. Por una parte, la Corte Interamericana ha alterado su esquema tradicional de relacionamiento con los países miembros del sistema interamericano, conocido en la doctrina como el modelo de caja negra (*black-box model*).[4] Bajo ese esquema, una vez la Corte encontraba que un Estado había violado la Convención Americana, se limitaba a dirigir órdenes al Estado como un todo, sin atribuir obligaciones específicas a órganos estatales. Sin embargo, desde finales de los años noventa, la Corte ha venido instaurando un modelo de relacionamiento directo con órganos estatales, incluyendo el poder legislativo y los jueces nacionales. A modo de ilustración, ante una condena al Estado, la Corte Interamericana ha ordenado al legislador nacional que reforme una ley,[5] la anule[6] o la modifique,[7] ha solicitado a jueces nacionales que no apliquen una ley[8] y que concedan prevalencia a la Convención Americana sobre el derecho nacional,[9] e incluso ha exigido un cambio en la línea jurisprudencial de la corte constitucional nacional cuando una interpretación local crea una práctica que vulnera la Convención Americana.[10] Más aún, desde el caso *Suárez Rosero*,[11] la Corte Interamericana ha establecido que una norma legal de derecho interno puede violar *per se* el art. 2 de la Convención, aún si la norma no fue aplicada en el caso concreto;[12] esto la ha llevado a concluir que los jueces nacionales tienen el deber de abstenerse de aplicar normas de derecho interno que sean contrarias al derecho interamericano. Esta postura, instaurada desde el caso *Almonacid Arellano*,[13] y conocida como la doctrina del "control de convencionalidad", ha generado un esquema de

4. Cf. *v.gr.* Ward Ferdinandusse, "Out of the Black-box? The International Obligation of State Organs", 29 *Brooklyn Journal of International Law*, 2003, 80 ss.
5. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Raxcacó-Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de septiembre 15, 2005. Serie C No. 133, párr. 87.
6. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Caesar vs. Trinidad and Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de marzo 11, 2005. Serie C No. 123, párr. 91-94.
7. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 20, 2005. Serie C No. 126, párr. 96-98.
8. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Fermín Ramírez vs. Guatemala y Caso de Raxcacó-Reyes v. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de mayo 9, 2008, párr. 63.
9. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Almonacid-Arellano et al. vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de septiembre 26, 2006. Serie C No. 154.
10. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 30, 2009. Serie C No. 197, párr. 192-193.
11. CorteIDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de noviembre 12, 1997. Serie C No. 35, párr. 98.
12. Cf. además: CorteIDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de noviembre 12, 1997. Serie C No. 35; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de agosto 18, 2000. Serie C No. 69, párr. 176.
13. Cf. *v.gr.* CorteIDH. *Caso de Almonacid-Arellano et al. vs. Chile*, supra nota 9.

relacionamiento directo entre la Corte Interamericana y las cortes nacionales por medio del cual éstas últimas asumen un rol semejante al de las cortes de primera instancia en sistemas de control difuso de constitucionalidad, como guardianes de la ejecución y aplicación de los tratados interamericanos cuando el legislador nacional falla en su deber de expedir leyes armónicas con la normativa interamericana. De este modo, los tratados interamericanos resultan incorporados en el parámetro de constitucionalidad a nivel nacional, creando una especie de sistema difuso de control de convencionalidad en la región.

A este proceso de constitucionalización "descendente" (*top-down*) se suma la constitucionalización heterárquica de tratados de derechos humanos a nivel nacional (constitucionalización "ascendente" o *bottom-up*), en su mayor parte producida por la expansión horizontal de la doctrina del bloque de constitucionalidad en la región. A través de esta doctrina, ciertos tratados de derechos humanos ratificados por el Estado gozan de jerarquía constitucional a nivel interno y son incorporados en el parámetro de constitucionalidad en el control de las normas del ordenamiento jurídico.[14] Al reconocer esta jerarquía superior a los tratados de derechos humanos, los órganos internacionales encargados de su interpretación (en particular la Corte Interamericana respecto de los tratados interamericanos de derechos humanos) han ganado relevancia en la interpretación de normas constitucionales a nivel nacional. Esto a su vez ha llevado a que varias cortes nacionales con funciones de corte constitucional reconozcan una importancia cada vez más significativa a las sentencias de la Corte Interamericana, incluyendo aquellas que no están dirigidas directamente a su Estado.

Ambos procesos de constitucionalización del derecho interamericano crean interdependencias entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales: la aplicación efectiva del control de convencionalidad depende ampliamente de la apertura doméstica a la jurisprudencia interamericana, lo que a su vez depende de la jerarquía que las cortes nacionales reconocen a los tratados interamericanos, de modo que la doctrina del bloque de constitucionalidad usualmente implica una recepción más fluida de estándares judiciales interamericanos; del mismo modo, considerando la autoridad de la Corte Interamericana en el control de la implementación de sus decisiones, la legitimidad de una decisión de una corte constitucional nacional podría cuestionarse cuando contradiga abiertamente estándares interamericanos.

14. En términos generales, el bloque de constitucionalidad ha sido definido en América Latina como un conjunto de normas nacionales e internacionales con jerarquía constitucional. Aunque en algunos países se incluyen ciertas normas transitorias o Constituciones previas (v.gr. Nicaragua, Panamá, Venezuela), el bloque está usualmente compuesto por la Constitución nacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y algunos tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas y del sistema interamericano que han sido ampliamente ratificados en la región.

Estos dos procesos son compatibles en el sentido de que ambos tienden hacia una convergencia de normas constitucionales entre los países que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.[15] Sin embargo, existe una tensión inherente en relación con las demandas de autoridad efectuadas tanto por jueces constitucionales nacionales como interamericanos, en su rol de órganos de cierre cuando interpretan las mismas normas. En efecto, la manera en que los jueces interamericanos y las cortes constitucionales nacionales abordan la relación entre la Constitución nacional y el derecho internacional puede diferir. Mientras que los jueces interamericanos conciben (en clara perspectiva monista) un orden normativo integrado verticalmente en el que prevalecen las normas interamericanas (aunque se reconoce la aplicación del principio pro homine y por ello esta prevalencia no es automática), la doctrina del bloque de constitucionalidad representa una concepción más pluralista, basada en el trato igualitario de ambas fuentes normativas en el nivel nacional, independientemente de su origen nacional o internacional. La pregunta acerca de qué interpretación prevalece bajo este esquema ha sido resuelta de manera diferente en cada país. Para algunas cortes, el nivel nacional y el interamericano interactúan sobre la base de estándares judiciales interamericanos (por ejemplo, Argentina, Colombia o Costa Rica) en el entendido de que en el control de constitucionalidad el intérprete nacional no sólo debe tener en cuenta las convenciones de derechos humanos constitucionalizadas sino también la interpretación que de ellas hagan los órganos convencionales competentes. En contraste, para otras cortes (por ejemplo, en Venezuela), la interacción sólo es admisible sobre la base de estándares internos, y en consecuencia, la convergencia de normas constitucionales no necesariamente implica la convergencia de interpretaciones. De modo que la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales deben manejar la tensión que surge a partir de estos puntos de vista disímiles y los riesgos de interpretaciones divergentes sobre los mismos derechos al interior de un sistema multinivel de control difuso.

2. Tres alternativas de convergencia interpretativa en sistemas judiciales multinivel de control difuso

Como se deduce de las consideraciones precedentes, el proceso de convergencia progresiva de normas constitucionales en un sistema judicial multinivel de control difuso implica que las mismas normas son interpretadas en diferentes niveles por cortes con pretensiones de ser "órganos de cierre" del sistema (esto es, cortes sometidas al derecho pero no sujetas a la revisión de sus decisiones por ninguna instancia

15. Para un estudio detallado de ambos procesos de constitucionalización del derecho interamericano y su efecto convergente respecto de normas constitucionales, cf. Manuel Eduardo Góngora-Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San Jose (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

superior). En este caso, el problema de divergencia de interpretaciones entre niveles no puede resolverse exclusivamente bajo los principios de interpretación del derecho constitucional nacional (que solucionaría el conflicto según la jurisdicción y competencia normativa del juez), pues como ya se ha señalado, ambos jueces interpretan las mismas normas debido a la constitucionalización de los tratados de derechos humanos a nivel interno. Tampoco operaría una solución desde la tradicional óptica monista del derecho internacional público (que tendería a resolver el conflicto concediendo mayor jerarquía a la corte internacional), dado que la Corte Interamericana no fue diseñada como corte de casación supranacional.

Por consiguiente, las tendencias actuales de constitucionalización del DIDH obligan a repensar la manera en que se relacionan las cortes nacionales con las cortes internacionales, ya que la constitucionalización de los instrumentos interamericanos (que supone una armonización de normas) no conduce inexorablemente a su aplicación uniforme en ambos niveles, debido a la multiplicidad de intérpretes. La competencia de la Corte Interamericana de interpretar la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos que tienen jerarquía constitucional en el nivel nacional le concede una autoridad con una relevancia diferenciada que debería ser reconocida a nivel nacional al menos como un precedente persuasivo que no puede ser desconocido sin adecuada justificación. Pero igualmente, la Corte Interamericana debe demostrar cierta deferencia a los estándares nacionales de derechos humanos que sean congruentes con los instrumentos interamericanos si no quiere arriesgar su propia legitimidad y la cohesión del sistema. En la medida en que la interpretación de normas interamericanas ocurre en su aplicación a un caso concreto que en ocasiones es conocido por ambos niveles, la convergencia, la divergencia e incluso el rechazo sistemático son resultados posibles.

En términos generales, en un sistema regional de derechos humanos hay por lo menos tres mecanismos de compatibilización entre el nivel nacional y el regional:

1. *Restricción del margen nacional de apreciación*: La corte internacional puede aceptar ciertas particularidades fácticas y normativas de los Estados partes, pero concede un margen de interpretación limitado respecto de los derechos convencionales a nivel nacional con el fin de reducir las divergencias en la interpretación al interior del sistema.
2. *Adherencia nacional a los estándares judiciales internacionales*: La corte constitucional nacional reconoce por iniciativa propia la autoridad vinculante o persuasiva de la jurisprudencia de la corte internacional.
3. *Convergencias paralelas*: Las cortes constitucionales nacionales entre sí y frente a la corte regional convergen al interior del sistema de manera independiente/separada debido a la recepción paralela de tratados extra-regionales de derechos humanos y el seguimiento de la interpretación de estos acuerdos por parte de sus respectivos órganos de supervisión.

Estos mecanismos de convergencia pueden contrastarse con los tres modelos posibles de relacionamiento entre las cortes constitucionales nacionales y la corte regional que ya se han mencionado: (1) otorgar prevalencia a la corte nacional; (2) otorgar prevalencia a la corte regional; o (3) establecer una relación de respeto mutuo basada en la interdependencia y reciprocidad entre las cortes nacionales y la corte regional, en la que ésta última asuma el papel de *primus inter pares*. A continuación se aplicarán los tres mecanismos de convergencia mencionados al caso del sistema interamericano, mientras que la sección subsiguiente examinará el debate entre los enfoques unidireccionales y propondrá un modelo multidireccional de interacciones entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales.

2.1. La doctrina del margen de apreciación

En el derecho internacional, de acuerdo con los numerales 1 y 4 del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[16] la interpretación de un tratado inicialmente se efectúa según el sentido usual de sus términos, teniendo en cuenta su contexto, así como su objeto y fin, sin perjuicio de que se desarrolle un significado especial para un término si el mismo es establecido y consta que las partes así lo desean. A los términos que reciben un significado especial por parte de una corte internacional se les conoce como "conceptos autónomos", y al proceso de otorgar a un término de un tratado un significado especial se le denomina "interpretación autónoma".[17]

El reconocimiento de que el DIDH tiene su propia terminología y sentido lleva a concluir que la tarea de delimitar el significado y connotaciones de las disposiciones internacionales corresponde primariamente a los organismos internacionales y cortes que son competentes para interpretarlos y verificar su aplicación según los tratados mismos. Debido a que las normas interamericanas de derechos humanos hacen parte de un sistema multinivel con un órgano jurisdiccional común, las cortes nacionales deberían guiarse en las interpretaciones que desarrolle la Corte Interamericana respecto de los términos y conceptos incorporados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Sin embargo, ello no impide que se pueda reconocer un cierto "margen de apreciación" a favor de las cortes nacionales, como ocurre en el sistema europeo de derechos humanos. En el caso europeo, y en especial en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, la corte regional concede un margen de maniobra relativamente amplio a los Estados en relación con la interpretación de la normativa regional y en

16. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31. *Regla general de interpretación*. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (...) 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.
17. Cf. J. G. Merrils, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester: Manchester University Press, 1993, p. 71.

los mecanismos de implementación legal y administrativa de las obligaciones que se deriven de aquella.[18]

La lógica detrás de esta doctrina se basa en la naturaleza subsidiaria del sistema regional de derechos humanos y la diversidad de los regímenes jurídicos de los países que hacen parte del Consejo de Europa. Se le concede entonces a los Estados Parte de la Convención Europea la facultad de cumplir con sus obligaciones internacionales de acuerdo con sus propios estándares normativos y de resolver internamente los conflictos que surjan en su implementación. Como corolario, la jurisprudencia europea ha considerado que las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición para establecer las medidas más apropiadas y eficaces; en diversos casos, la Corte de Estrasburgo se ha abstenido de dar definiciones muy precisas sobre ciertos derechos y le ha reconocido un importante margen de discreción a los Estados, especialmente en relación con restricciones, suspensión e implementación de esos derechos. Si bien esta Corte ha reiterado que la discrecionalidad no es ilimitada debido a que las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades europeas y por ello no se trata de un "*domaine reservée*" del Estado, el margen de apreciación ha sido duramente criticado por muchos juristas que argumentan, de un lado, que el margen es un obstáculo para el desarrollo de estándares unificados de derechos humanos a nivel regional;[19] y por otro lado, destacan los problemas de inconsistencia frente a casos similares y el riesgo de resistencia que puede generarse a nivel nacional.[20] El hecho es que, al menos durante las primeras décadas de uso de la doctrina del margen, los dos órganos de supervisión tendieron a una interpretación restrictiva de los derechos convencionales en decisiones trascendentales, lo que derivó en un enfoque conservador sobre el alcance del poder de supervisión internacional. Esto restringió el potencial de Estrasburgo de proteger los derechos incorporados en la Convención Europea.[21] Sin embargo, con el desarrollo progresivo de los estándares europeos en la jurisprudencia, los Estados Parte gozan actualmente de un menor margen de apreciación.

18. "The national margin of appreciation or discretion can be defined in the European Human Rights Convention context as the freedom to act; maneuvering, breathing or 'elbow' room; or the latitude or deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare a national derogation from the Convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention's substantive guarantees." Howard Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, International Studies in Human Rights Nº 28, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 13.
19. Consultar, por ejemplo: Annette Rupp-Swienty, *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Munich: VVF, 1999.
20. Cf. Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843-844.
21. Cf. Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, International Studies in Human Rights Nº 28, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 25.

Una evolución diferente se observa en el sistema interamericano. Es cierto que diversas normas de la Convención Americana invocan las constituciones nacionales como referencias negativas (de modo que el Estado parte debe establecer ciertos límites a los derechos humanos, lo cual implica el reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación) y como remisiones positivas (por ejemplo, a las tradiciones constitucionales nacionales que son más favorables a la persona).[22] Sin embargo, en términos generales, la Corte Interamericana no ha adoptado la doctrina del margen de apreciación, en gran medida por el temor a los abusos estatales y también debido la clase de casos que llegan a la corte. En efecto, mientras que la Corte Europea recibía primordialmente casos sobre violaciones comunes a los derechos humanos, los casos que llegaban tradicionalmente a la Corte Interamericana involucraban violaciones graves y sistemáticas a derechos fundamentales sobre los cuales hay consensos más sólidos a nivel del sistema universal de derechos humanos, por lo que la Corte había tenido pocas ocasiones para considerar estándares nacionales específicos. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha tratado de desarrollar una jurisprudencia regional coherente que trate de superar ciertas particularidades locales y en esa línea ha preferido reforzar su principio de autonomía. Por ejemplo, la Corte ha enfatizado que muchos términos de la Convención Americana no pueden interpretarse a la luz del derecho nacional sino que tienen su propio sentido bajo la Convención Americana, como es el caso de los conceptos de "leyes",[23] "justa indemnización",[24] "orden público"[25] o "niño".[26] Las instituciones interamericanas también han fijado ciertos límites a la interpretación del DIDH a nivel interno. Por ejemplo, la Comisión Interamericana puede examinar la interpretación de instrumentos interamericanos efectuada por cortes nacionales y crearles costos por divergencias con la jurisprudencia interamericana (v.gr. a través de sus informes y decisiones, la Comisión puede aumentar la presión de la comunidad de derechos humanos a nivel nacional y regional contra la corte nacional); la Corte Interamericana también puede generar este tipo de costos, por ejemplo al imponer a los operadores jurídicos nacionales el deber de no aplicar una disposición legal

22. Cf. Luis Jimena Quesada, "El lugar de la Constitución en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en: R. Z. R. Leão (coord.), *Os Rumbos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, tomo V, 2005, pp. 195-256.

23. CorteIDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, de enero 19, 1984*. Serie A No. 4, párr. 13-18; *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86, de mayo 9, 1986*. Serie A No. 6; *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86, de agosto 29, 1986*. Serie A No. 7, párr. 32-33.

24. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de julio 21, 1989. Serie C No. 7, párr. 38-39.

25. CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, de noviembre 13, 1985*. Serie A No. 5, párr. 64-69.

26. CorteIDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 38-42.

que ha sido declarada anticonvencional, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Así opera desde el caso *Barrios Altos*[27], donde la Corte Interamericana concluyó que el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede basarse en cualquier acto u omisión de las ramas del poder público: el ejecutivo, el legislativo, y el judicial. De este modo, la Corte Interamericana ha tendido por la promoción de interpretaciones homogéneas del derecho interamericano de los derechos humanos, en línea con sus estándares judiciales. En otras palabras, la Corte admite la descentralización del control de convencionalidad en forma de un modelo de control difuso, pero guiado a partir de la interpretación que ella efectúe de las normas interamericanas, lo que en últimas es una expresión visible de la aplicación vigorosa del principio de autonomía. No obstante, como "órganos de cierre" en sus respectivas jurisdicciones, depende de cada corte constitucional la decisión de seguir a la Corte Interamericana y hasta qué grado.

2.2. Adherencia nacional a estándares interamericanos

Un segundo mecanismo de convergencia de interpretaciones entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales consiste en la adherencia voluntaria de la corte nacional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En la práctica, la compatibilización a través de la adherencia de las cortes nacionales ha sido la forma predominante de convergencia en el sistema interamericano. Especialmente en el caso de cortes constitucionales que han adoptado la doctrina del bloque de constitucionalidad, se observa una cierta inclinación a reconocer mayor autoridad (persuasiva o vinculante) a los estándares judiciales interamericanos.

Al respecto, las actitudes de las cortes constitucionales pueden variar en un espectro de opciones que oscilan entre dos extremos: la adherencia acrítica y el rechazo sistemático, mientras que la "recepción discursiva" podría marcar el punto medio. La primera postura, la adherencia acrítica, consiste en una aplicación irreflexiva y radical de estándares judiciales interamericanos a nivel interno, sin escrutinio previo de reglas nacionales más protectoras. Esta postura puede observarse en algunas decisiones de cortes constitucionales que han adoptado el bloque de constitucionalidad y que argumentan que las decisiones interamericanas merecen la jerarquía de la norma interpretada. Es decir, que los estándares de la Corte Interamericana tienen un valor constitucional y pertenecen al bloque, por lo que son condiciones de validez de la normativa interna (como se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica[28]) o que la sumisión a la Corte Interamericana es necesaria

27. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de marzo 14, 2001. Serie C No. 75.
28. "[S]i la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético

para proteger al Estado de incurrir en sanciones por la violación de los estándares interamericanos (como ha sostenido la Corte Suprema de Argentina mediante su doctrina de seguimiento nacional[29] desde el caso *Giroldi).*[30]

Argentina es un buen ejemplo de cómo han evolucionado las actitudes de las cortes constitucionales nacionales en las últimas dos décadas. Tradicionalmente, la Corte Suprema difería al poder ejecutivo el manejo de los asuntos externos y el deber de garantizar el cumplimiento de los tratados. Esta postura no cambió significativamente después la sentencia *Ekmekdjian*[31] (que reconoció jerarquía supralegal a los tratados internacionales) ni con la constitucionalización de algunos instrumentos de derechos humanos en la reforma constitucional de 1994. Durante buena parte de la década, la Corte misma redujo sus oportunidades de intervenir en políticas gubernamentales utilizando el derecho internacional. Si bien esta conducta puede explicarse en las dinámicas de la política nacional (por ejemplo, la influencia ejercida por el Presidente Menem sobre la Corte Suprema), era una tendencia común en aquel entonces en muchos otros países, como bien lo describe Benvenisti.[32] En contraste, después de la crisis macroeconómica de 2001 y el período de inestabilidad política que le sucedió y que derivó en la reconfiguración de la Corte Suprema, se dio paso a una jurisprudencia muy innovadora sobre derechos civiles y políticos[33] e incluso sobre derechos sociales [34] bajo

o científico, como algunos han entendido." Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mayo 9 de 1995.

29. Sobre la doctrina de seguimiento nacional en Argentina, cf. Néstor Pedro Sagüés, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: Experiencias en Latinoamérica", en: *Ius et Praxis* año 9, Nº 001, Talca (Chile): Universidad de Talca, 2003, pp. 205-221.

30. "[L]a ya recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (…) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (…). [E]n consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde – en la medida de su jurisdicción – aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional". CSJ Argentina. *Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*, 07.04.1995, Fallos: 318:514, párr. 11-12.

31. CSJ Argentina. *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo*, 07.07.1992, Fallos: 315:1492.

32. Eyal Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts", 4 *European Journal of International Law* 159, 1993.

33. Consultar, entre otros: CSJ Argentina. *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* – causa Nº 259-, 24.08.2004, Fallos: 327:3294; *Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 16.11.2004, Fallos: 327:5118; *Verbitsky, Horacio*, 03.05.2005, Fallos: 328:1146; *Lariz Iriondo, Jesús M.*, 10.05.2005, Fallos: 328:1268; *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa* –causa Nº 1681, 20.09.2005, Fallos: 328:3399; *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, 13.07.2007, Fallos: 330:3248.

34. CSJ Argentina. *Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.*, 07.09.2004, Fallos: 327:3610; *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A., s/ despido*, 14.09.2004, Fallos: 327:3677; *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ art. 39 Ley 24557*, 21.09.2004, Fallos: 327:3753; *Itzcovich Mabel c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios*, 29.03.2005, Fallos: 328:566; *Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad*, 28.07.2005, Fallos: 328:2829; *S., M. A. c/ Siembra A.F.J.P. S.A.*,

la base de los instrumentos internacionales constitucionalizados y la jurisprudencia interamericana, calificada como mínimo como "guía de interpretación".[35] Si bien esta nueva postura aperturista al sistema interamericano fue consecuencia de la renovación política interna, también hizo parte de una tendencia internacional[36] e interamericana, especialmente como efecto de la sentencia *Barrios Altos* de 2001, sobre la anticonvencionalidad de las leyes de auto-amnistía. Esta jurisprudencia llevó a la Corte Suprema de Argentina a considerar los estándares interamericanos como criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros a nivel interno, lo que generó a su vez diversas objeciones al interior de la propia Corte. Por ejemplo, en el caso *Alonso* (2002),[37] el magistrado Boggiano advertía que el hecho de que los jueces argentinos debían tener en cuenta la jurisprudencia interamericana como fuente de derecho interno no impedía una "racional indagación" que permitiera apartarse de los estándares interamericanos cuando resulten incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención Americana al ser aplicados en un caso concreto.[38] En *Cantos* (2003),[39] el magistrado Boggiano criticó como un error de la Corte Interamericana una de las resoluciones de la sentencia de noviembre 28 de 2002 a ser implementada en Argentina, pues incluía a indivíduos que no habían participado en el proceso internacional, violando sus garantías judiciales y su derecho de propiedad.[40] Y después de la condena en el caso *Bulacio*,[41] la Corte Suprema expresó en *Espósito* (2004)[42] su inconformidad con la implementación de la resolución de la Corte Interamericana que ordenaba a Argentina a procesar penalmente a una persona que no había tomado parte en el proceso internacional, pese a la prescripción doméstica de la acción penal; con todo, la Corte Suprema concluyó que pese a que ello constituiría una violación del derecho a la defensa,[43] era su obligación cumplir con la sentencia para evitar comprometer la

11.10.2005, Fallos: 328:3654; *Rinaldi Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria*, 15.03.2007, Fallos: 330:855.

35. Cf. v.gr. CSJ Argentina. *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus*, 22.12.1998, Fallos: 321:3555, para. 13; y *Felicetti, Roberto y otros s/ revisión*, causa Nº 2813, 21.12.2000, Fallos: 323:4130.

36. Eyal Benvenisti, "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", 102 *American Journal of International Law* 241, 2008.

37. CSJ Argentina. *Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación*, causa N° 1813, 19.09.2002, Fallos: 325:2322.

38. Ibidem, Disidencia del Ministro Antonio Boggiano, párr. 5 ss.

39. CSJ Argentina. *Cantos, José M.*, expediente 1307/2003, Administración General, resolución 1404/2003, tasa de justicia y honorarios, Fallos: 326:2968, Disidencia del Ministro Antonio Boggiano, párr. 6.

40. Cf. CorteIDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de noviembre 28, 2002. Serie C No. 97, párrafo resolutorio No. 4.

41. CorteIDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de septiembre 18, 2003. Serie C No. 100.

42. CSJ Argentina. *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 23.12.2004, Fallos: 327:5668.

43. "[S]in perjuicio de lo precedentemente expuesto, corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, tal como ya se señaló en este mismo expediente (...), son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica,

responsabilidad internacional del Estado.[44] De este modo, la Corte Suprema aceptó la decisión interamericana sin considerar alternativas de implementación. Esta recepción acrítica abrió un amplio debate jurídico en Argentina, especialmente sobre las implicaciones de las sentencias interamericanas en el derecho penal[45] y la persecución de violaciones de derechos humanos durante la dictadura posterior a la sentencia *Arancibia Clavel*[46] y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso *Simón* (2005).[47]

Al otro extremo del espectro de actitudes judiciales, las cortes constitucionales nacionales pueden aplicar una doctrina de "rechazo sistemático" (usualmente basada en argumentos de soberanía) que impida la recepción de estándares interamericanos a nivel interno. No se trata aquí de falta de conocimiento de la corte nacional acerca de la jurisprudencia interamericana: varias cortes constitucionales latinoamericanas citan muy ocasionalmente a la Corte Interamericana, y cuando lo hacen, sólo se refieren a unas pocas sentencias hito, como *Velásquez Rodríguez* o *Barrios Altos*. Tampoco se trata de un problema de falta de cumplimiento o voluntad para ejecutar órdenes interamericanas. En muchos casos, los Estados sólo cumplen con las reparaciones monetarias y simbólicas que ordena la Corte Interamericana, mientras que fallan en cumplir con órdenes de mayor alcance social (como reducir la impunidad) o que afectan intereses ecónomicos (como por ejemplo, devolver tierras ancestrales a grupos indígenas)[48] o involucra temas políticos muy sensibles (v.gr. la exclusión social de los inmigrantes).[49] La expresión "rechazo sistemático" se reserva a los casos en los que la corte nacional cuestiona explícitamente la autoridad de la Corte Interamericana. Esto ha ocurrido tradicionalmente en países en los que el gobierno tiene una influencia

produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional (...). Ibidem, párr. 12.

44. "[E]n consecuencia, se plantea 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 en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional." Ibidem, párr. 16.

45. Cf. v.gr., Daniel Pastor, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005; Carlos Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", 8 *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nº 1, 2007, pp. 203-213.

46. CSJ Argentina. *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, causa nº 259, 24.08.2004, Fallos: 327:3294.

47. CSJ Argentina. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.,* causa Nº 17768, 14.06.2005, Fallos: 328:2056.

48. CorteIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 17, 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de marzo 29, 2006. Serie C No. 146.

49. CorteIDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de septiembre 8, 2005. Serie C No. 130.

muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (v.gr. durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú[50]) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (v.gr. durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela).[51]

El caso más patente actualmente es el de la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia de Venezuela (SC/STJ), la cual ha objetado la aplicación de estándares y resoluciones del sistema interamericano desde sus primeras sentencias. En una decision de mayo 17 de 2000, la Sala Constitucional rechazó la aplicación de medidas provisionales ordenadas por la Comisión Interamericana argumentando que tales medidas implicaban una grave intromisión en los órganos judiciales nacionales.[52-53] A mediados de 2001, la plenaria del Supremo Tribunal emitió una "Clarificación Institucional" en la que declaraba que, en tanto los tratados de derechos humanos ratificados por Venezuela tenían jerarquía constitucional a nivel interno, su interpretación correspondía a la SC/STJ, y adicionalmente, que sus decisiones no estaban sometidas a la revisión de ninguna corte internacional.[53] En sentencia de julio 15 de 2003, la Sala Constitucional concluyó que la competencia de interpretar tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional le correspondía exclusivamente a ella y que ninguna corte internacional, transnacional o supranacional está por encima de su decisiones.[54] En la práctica, esto posibilitó el uso de la figura de "declaratoria de

50. La Corte Suprema de Perú, en decisión de junio 14 de 1999, sostuvo por ejemplo que, si bien la Constitución de 1979 concedía jerarquía constitucional a la Convención Americana, la Constitución de 1993 le otorgó a los tratados de derechos humanos el rango de meras leyes ordinarias, y por lo tanto, las decisiones interamericanas ahora estaban sujetas a la Constitución del Perú y en consecuencia, los jueces nacionales debían dar prevalencia a la Constitución sobre la Convención Americana.

51. En reiteradas oportunidades, el Presidente Hugo Chávez ha expresado su intención de retirar a Venezuela del sistema interamericano, especialmente desde 2007, tras la condena de la Corte Interamericana a Venezuela por el caso *Radio Caracas Televisión*. Después del Informe 2008 de la Comisión Interamericana (donde el gobierno venezolano fue duramente criticado por tendencias autoritarias) y los informes de la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la OEA (que denuncian diversas violaciones a la libertad de expresión en Venezuela), el gobierno venezolano ha empleado su influencia regional para debilitar la Relatoría, promover un retiro general de los instrumentos interamericanos y establecer nuevos organismos en el marco de UNASUR o MERCOSUR. Poco después de conocerse la condena a Venezuela en el *caso Díaz Peña* (cf. CorteIDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de junio 26, 2012. Serie C No. 244), el gobierno venezolano expresó su decisión de denunciar la Convención Americana*.

52. SC/STJ. Sentencia 386, Expediente N° 00-0216, 17.05.2000 (Caso: *Revista Exceso*).

53. "[L]as decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre. (...) [L]os tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal." Clarificación Institucional del Supremo Tribunal de Justicia de Venezuela, julio 25 de 2001.

54. "Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y

inecutabilidad" de las decisiones del sistema interamericano (estrategia de incumplimiento que ya había sido probada por tribunales peruanos durante el régimen de Fujimori y cuya experiencia inspiró a la Sala Constitucional venezolana). Como explica Brewer-Carías, con esta postura la Sala se atribuyó el "monopolio absoluto" de la interpretación de normas con jerarquía constitucional y se limitaron los efectos de los estándares y fallos interamericanos a nivel interno.[55] A este fallo le siguieron diversas sentencias abiertamente contrarias a estándares interamericanos,[56] e incluso en sentencia de diciembre 18 de 2008,[57] la Sala Constitucional exhortó al gobierno a denunciar la Convención Americana, para retirar a Venezuela de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a su sentencia en el caso *Apitz Barbera*[58] (que ordenaba reinstalar a ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que fueron destituidos arbitrariamente en violación de la Convención Americana).

Como se observa, ambos extremos ("adherencia acrítica" y "rechazo sistemático") son problemáticos. La jurisprudencia de la Sala Constitucional venezolana concibe a la Corte Interamericana como un "tribunal extranjero" cuyas decisiones deben quedar sometidas a su control de constitucionalidad; ello desconoce las obligaciones de Venezuela como Estado parte de la Convención Americana (como lo ha declarado

Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos. Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno (...). Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza". SC/STJ. Sentencia 1942, Expediente N° 01-0415, 15.07.2003.

55. Cf. Allan Brewer-Carías, *The enforcement of International Treatises on Human Rights by National Courts*, New York, 2006, pp. 16, texto disponible en: http://www.allanbrewercarias.com. Cf. además: Carlos Ayala Corao, "Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Nº 1939) de fecha 18-12-08", 7 *Estudios Constitucionales*, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2009.

56. Cf. v.gr. SC/STJ. Sentencia 1.411, Expediente Nº 00-1445, 27.07.2004 (Caso: *Ley del Ejercicio del Periodismo*), en conflicto con el estándar interamericano sobre colegiación obligatoria de periodistas; Sentencia Nº 1.461, Expediente Nº 04-2829, 27.07.2006 (Caso: "*El Caracazo*"), en oposición a los estándares interamericano sobre imprescriptibilidad de graves violaciones a los derechos humanos; Sentencia Nº 1265, Expediente Nº 05-1853, 05.08.2008 (Caso: *Ziomara del Socorro Lucena Guédez*), que somete la aplicación de tratados de derechos humanos a su interpretación "conforme con el proyecto político de la Constitución".

57. "[D]e conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado". SC/STJ. Sentencia Nº 1.939, Expediente Nº 08-1572, 18.12.2008 (Caso: *Abogados Gustavo Álvarez Arias et al.*).

58. CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia agosto 5, 2008. Serie C No. 182.

la Comisión Interamericana)[59] y compromete en consecuencia su responsabilidad internacional. Por su parte, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, la Corte Interamericana adoptaba las características de una corte "supranacional" prácticamente infalible, cuyas decisiones debían ser acatadas incondicionalmente, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado; esta postura generaba problemas de ejecución de sentencias interamericanas cuando las órdenes presentaban inconsistencias.

2.3. Convergencia paralela

La convergencia paralela es un tercer mecanismo de convergencia de interpretaciones entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales. Consiste en la recepción de idénticos estándares normativos extra-regionales de manera independente y más o menos simultánea en las decisiones de las distintas cortes del sistema. El que se produzca convergencia de interpretaciones sin que haya interacción entre las cortes ocurre básicamente debido a la naturaleza multinivel del sistema interamericano, que como se explicó inicialmente, integra como propios el nivel nacional de protección de derechos humanos así como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas.

La expansión regional de los estándares sobre derechos de los indígenas es un buen caso de estudio para ilustrar un proceso de convergencia paralela en el sistema interamericano. Ante la falta de estándares específicos sobre los derechos de los pueblos indígenas en los instrumentos interamericanos, los estándares universales, incorporados especialmente en el Convenio 169 de la OIT, han sido adoptado por las cortes del sistema en los países que ratificaron el Convenio[60] e incluso por la propia Corte Interamericana en diversos fallos. Como ha observado Aguilar Cavallo,[61] la convergencia sobre derechos indígenas al interior del sistema interamericano comenzó en el nivel nacional del sistema. Cuando la Corte Interamericana falló su primer caso sobre derechos de pueblos indígenas en 2001, comenzó a incorporar estándares normativos que ya habían sido adoptados a nivel interno en varios países, tanto en sus Constituciones como en su jurisprudencia constitucional. Los casos más destacados son los de la Corte Constitucional de Colombia (que al incorporar el Convenio 169 en el bloque de constitucionalidad permitió que operara la acción de tutela para la protección de los derechos reconocidos en el Convenio,[62] incluyendo los derechos a

59. Cf. Comisión IDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008*, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, febrero 25, 2009, capítulo IV, párr. 323-325.
60. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.
61. Cf. Gonzalo Aguilar Cavallo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2007.
62. "En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida

la propiedad colectiva de sus tierras,[63] a la identidad cultural,[64] a la autonomía, y a la consulta previa,[65] entre otros); el Tribunal Constitucional de Bolivia (que también incorporó el Convenio 169 en el bloque de constitucionalidad [66] y ha desarrollado una jurisprudencia significativa respecto del derecho a la identidad cultural y la justicia indígena); la Corte Suprema de Argentina (respecto del derecho a la propiedad colectiva de la tierra[67]); la Sala Constitucional costarricense (que ha declarado la inconstitucionalidad de normas nacionales por contravención del Convenio 169[68] y ha reconocido el derecho de consulta);[69] y el Tribunal Constitucional del Ecuador (respecto de derechos colectivos [70] y el derecho de consulta).[71]

La recepción paralela de los estándares del Convenio 169 también ha generado una relativa convergencia entre cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana. Si bien la Corte Interamericana carece de competencia para resolver disputas basadas en violaciones de los Convenios de la OIT, ha introducido progresivamente estándares del Convenio 169 al interpretar la Convención Americana y al determinar las obligaciones internacionales de los Estados partes cuando los casos involucran derechos de pueblos indígenas, sobre la base del art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y el principio pro homine del art. 29,b de la Convención Americana:

> (...) [E]sta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del art. 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del art. 31 de dicha Convención).

aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la violación a las normas del Convenio 169 de la OIT pueden (*sic*) ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-606/2001.

63. Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-188/1993, T-380/1993, T-405/1993, T-254/1994, SU-510/1998 y T-634/1999.

64. Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-259/1993, T-405/1993, T-254/1994, T-342/1994, C-139/1996, T-349/1996, T-523/1997, y T-525/1998.

65. De acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido: "[L]a referida participación, a través del mecanismo de la consulta, **adquiere la connotación de derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social". (Subrayado fuera del texto). Corte Constitucional de Colombia, SU-039/1997. Cf. además: Sentencia T-405/1993.

66. Cf. Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia de Constitucionalidad 0045/06, Junio 2, 2006.

67. Cf. CSJ Argentina. Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo – recurso de apelación, 08.09.2003, Fallos: 326:3258.

68. Cf. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencias 02253 de mayo 14, 1996 y 03485 de mayo 2, 2003.

69. Cf. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencias 08019 de septiembre 8, 2000 y 10075 de noviembre 10, 2000.

70. Cf. Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 994-99-RA, 16.03.2000.

71. Cf. Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 170-2002-RA, 13.08.2002.

> En el presente caso, al analizar los alcances del citado art. 21 de la Convención [Americana], el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio Nº 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del art. 21 de la Convención Americana (...).[72]

De esta manera, la Corte Interamericana ha aplicado un método de interpretación "integrado" de la Convención Americana en concordancia con algunos estándares normativos del Convenio 169,[73] que la insertan dentro de las dinámicas y tendencias globales sobre estas temáticas. Ahora bien, el grado de convergencia entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales a través de estas dinámicas paralelas es variable, ya que depende en buena medida de la postura de las cortes constitucionales acerca de la recepción del DIDH a nivel interno y no de la interacción efectiva entre las cortes del sistema.

3. La convergencia como producto de interacciones multidireccionales: un enfoque coevolutivo

Los modelos tradicionales de análisis de la relación entre cortes constitucionales nacionales y cortes regionales han resuelto el dilema de los conflictos de interpretación, o bien otorgando prevalencia a la corte nacional, o bien reconociendo la prevalencia de la corte regional. En ambos casos el enfoque es unidireccional: en el primero, son las cortes nacionales las que deciden si adoptan o "piden prestado" un estándar interamericano o si por el contrario imponen un estándar propio; en el segundo caso, es la Corte Interamericana la que impone a las cortes nacionales el seguimiento de ciertos estándares.

Para el primer enfoque resulta relevante el concepto de préstamos constitucionales, que incluye diversas influencias constitucionales, reconocidas o no, que cruzan los límites jurisdiccionales como transplantes y adaptaciones en cualquier fase de conformación de un sistema constitucional o en su desarrollo posterior.[74] En su versión más radical, el enfoque de prevalencia de la interpretación nacional niega que las normas del derecho internacional y las del derecho interno formen un único sistema jurídico, y por ello percibe al derecho regional como "derecho foráneo", y a la corte regional como un "tribunal extranjero". Dado que es potestativo de la corte constitucional nacional usar derecho foráneo o decisiones de tribunales extranjeros como base para justificar

72. CorteIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra* nota 48, párrs. 126-127 y 130.
73. Ibidem, párr. 95-96.
74. Cf. B.Freedman & C. Saunders (eds.), *Symposium: Constitutional Borrowing,* I.CON, vol. 1 Nº 2, New York University School of Law/Oxford University Press, 2003, pp. 177-180.

las conclusiones a las que llega en un caso concreto, los estándares normativos de una corte regional no tienen que ser aplicados necesariamente por la corte nacional, ni siquiera con propósitos no autoritativos.[75] Por esa misma razón, el fenómeno de convergencia paralela con estándares normativos regionales y universales tiende a ser débil en estas jurisdicciones. El enfoque de prevalencia de la interpretación nacional fue adoptado por diversos tribunales peruanos durante el régimen de Fujimori, y es la postura vigente de la SC/STJ de Venezuela.

Por su parte, el enfoque de prevalencia de la corte regional concibe un único orden normativo integrado de manera vertical por normas de derecho interno y por normas del derecho regional; en la medida en que la autoridad interpretativa de las normas regionales recae en la corte regional, su interpretación prima sobre la efectuada por las cortes nacionales respecto de las normas regionales. Por lo tanto, la corte regional está facultada para verificar que las interpretaciones locales no vulneren la normativa interamericana. Este es el enfoque defendido por la Corte Interamericana, especialmente después de la adopción de la doctrina del bloque de convencionalidad.

Independientemente de la anacrónica discusión monista-dualista implícita en estos enfoques unidireccionales, ambos resultan insuficientes como modelos explicativos, en consideración a las tendencias recientes de constitucionalización del derecho internacional y a las nuevas dinámicas de relacionamiento entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales. Recientemente han sido desarrollados algunos enfoques multidireccionales, basados primordialmente en la experiencia europea; por ejemplo, el enfoque de comunicación transjudicial, que ha centrado su atención en las interacciones entre las cortes como punto de partida analítico (cf. sección 3.1.). Este enfoque inspira el modelo coevolutivo de interacciones entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana que se propone posteriormente (cf. sección 3.2.).

3.1. El enfoque de comunicación transjudicial

Desde los años ochenta, diversos estudios jurídicos en Europa y los Estados Unidos comenzaron a hacer observaciones generales sobre la existencia de un "tráfico internacional de ideas" acerca de los derechos humanos.[76] Estudios sobre derecho europeo también han venido constatando un flujo de ideas constitucionales entre los países de la Comunidad Europea[77] y de la creciente tendencia de citación de jurisprudencia

75. Para una defensa de esta postura, cf. v.gr. Carlos Rosenkrantz, "Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law", en: B. Freedman & C. Saunders (eds.), *Symposium: Constitutional Borrowing*, I.CON, vol. 1 Nº 2, New York University School of Law/Oxford University Press, 2003, pp. 269-295.
76. Cf. B.Freedman & C. Saunders (eds.), *Symposium: Constitutional Borrowing,* I.CON, vol. 1 Nº 2, New York University School of Law/Oxford University Press, 2003, pp. 177-180.
77. Para una defensa de esta postura, cf. v.gr. Carlos Rosenkrantz, "Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law", en: B. Freedman & C. Saunders (eds.), *Symposium: Constitutional Borrowing*, I.CON, vol. 1 Nº 2, New York University School of Law/Oxford University Press, 2003, pp. 269-295.

extranjera con autoridad persuasiva en jurisdicciones nacionales y regionales.[78] Estos trabajos han discutido algunos efectos del proceso de globalización que han facilitado la migración de ideas constitucionales, especialmente a través de los jueces.[79] Luego de una fase inicial de conceptualizaciones sobre el nivel internacional que auguraba el surgimiento de un "orden jurídico global" o una "cultura común" resultante del creciente diálogo entre las altas cortes alrededor del mundo,[80] el cambio de paradigma que generaron los ataques del 11 de septiembre de 2001 llevó a los académicos estadounidenses a cuestionar la citación judicial de la jurisprudencia foránea. Esta crítica, conocida como "*outsourcing authority*",[81] coincidió con la oposición de algunos jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos a citar jurisprudencia extranjera.[82] De acuerdo con estas posturas, no era posible el diálogo transnacional acerca del sentido e interpretación de la Constitución de los Estados Unidos; y aún si fuera posible, el uso de precedentes extranjeros expandía la discrecionalidad de los jueces. Mientras en los Estados Unidos se constata entonces un menor interés por la comunicación transjudicial, lo contrario ocurre a lo largo de la década pasada en Europa y América Latina gracias a la relevancia que ganaron las respectivas cortes regionales de protección de derechos humanos al nivel de los Estados miembros y al dinamismo de los flujos de ideas y de estándares normativos al interior de los sistemas regionales en conjunto.

Tomando esencialmente como caso de estudio el sistema europeo, Slaughter[83] ha propuesto una tipología de comunicaciones transjudiciales que distingue tres formas de comunicación: horizontal (comunicaciones que tienen lugar entre cortes del mismo rango, sea nacional o regional; por ejemplo, entre las cortes constitucionales europeas), vertical (comunicaciones entre cortes de distinto rango; por ejemplo, entre la Corte Europea de Derechos Humanos y las cortes constitucionales europeas) y mixta

78. Cf. v.gr. H. Patrick Glenn, "Persuasive Authority, 32 *McGill Law Journal*, 1987, pp. 261-299.
79. Cf. Anne-Marie Slaughter, "Judicial Globalization", 40 *Virginia Journal of International Law*, 2000, pp. 1103.
80. Cf. Claire L'Heureux-Dubé, "The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", 34 *Tulsa Law Journal* 15, 1998; Christopher McCrudden, "A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, pp. 499–532; Lawrence Friedman, "Erewhon: The Coming Global Legal Order", 37 *Stanford Journal of International Law*, 2001, pp. 347-364; Jenny Martinez, "Towards an International Judicial System", 56 *Stanford Law Review*, 2003, pp. 429-529; Anne-Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", 44 *Harvard International Law Journal* 191, 2003; Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004.
81. Cf. Robert Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington D.C.: American Enterprise Institute Press, 2003; Michael Ramsey, "The Empirical Dilemma of International Law", 41 *San Diego Law Review* 1243, 2004; Richard Posner, "Foreword: A Political Court", 119 *Harvard Law Review* 31, 2005; Ernest Young, "Comment, Foreign Law and the Denominator Problem", 119 *Harvard Law Review* 148, 2005; Roger Alford, "Four Mistakes in the Debate on 'Outsourcing Authority'", 69 *Albany Law Review*, Nº 3, 2006, pp. 653; Kenneth Anderson, "Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance through Global Government Networks", 118 *Harvard Law Review*, 2005, pp.1255-1312.
82. Cf. Aharon Barak, Charles Fried, "The Supreme Court – 2001 Term", 116 *Harvard Law Review*, Nº 1, 2002, pp. 13-198.
83. Anne-Marie Slaughter, "The Typology of Transjudicial Communication", 29 *University of Richmond Law Review*, 1994, pp. 99-137.

(comunicaciones que combinan relaciones horizontales y verticales; por ejemplo, la adopción del test de proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, que a su vez fue adoptado por otras cortes constitucionales del sistema regional de derechos humanos). Una segunda tipología distingue diversos tipos de comunicación transjudicial de acuerdo con el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas: diálogo directo (v.gr. la interacción entre la Corte Europea de Justicia y las cortes nacionales de los Estados de la Unión Europea, en la que la comunicación iniciada por una corte es respondido por la otra); monólogo (v.gr. citación a partir de la cual una corte adopta las ideas de otra, ya sea de nivel nacional o regional, sin que con ello haga parte de una conversación en curso); y diálogo intermediado (v.gr. el caso mencionado del test de proporcionalidad, en el que la Corte Europea actúa como intermediario entre cortes nacionales y la corte innovadora no tiene el control sobre la diseminación de sus ideas). Finalmente, una tercera tipología distingue las comunicaciones transjudiciales según sus funciones: expandir la efectividad de las cortes supranacionales; promover la aceptación de obligaciones internacionales recíprocas; diseminar ideas entre distintos niveles o de un sistema jurídico a otro; expandir la autoridad, persuación o legitimidad de decisiones judiciales individuales; o deliberar colectivamente frente a problemas compartidos. Estos parámetros generales resultan útiles para examinar el sistema interamericano.

3.2. Coevolución: relaciones entre cortes en términos de interdependencia

El modelo coevolutivo de interacciones entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana concibe a estas cortes como actores interdependientes y está fundado en la observación de que el flujo de ideas constitucionales entre estas cortes no es unidireccional sino que admite reciprocidades. En este sentido es "coevolutivo": las interacciones entre dos o más cortes tienen efectos recíprocos en su jurisprudencia (se influencian y refuerzan mutuamente) y respecto del sistema en conjunto (la adopción por parte de varias cortes de estándares similares promueve tendencias de interpretación regional). El modelo admite interacciones horizontales (entre las cortes constitucionales latinoamericanas), verticales (entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales) o mixtas/tripartitas (entre una corte constitucional y la Corte Interamericana y luego entre ésta y otras cortes constitucionales).

El modelo coevolutivo de las interacciones entre cortes del sistema interamericano presenta las siguientes características:

1. *Policéntrico*: Se reconoce la participación de distintos intérpretes de DIDH en la construcción de estándares constitucionales regionales.

2. Integral: Se reconoce que todas las cortes involucradas pueden ser a la vez origen o destino de estándares judiciales, de modo que no puede enfocarse exclusivamente en la acción de una de las partes.
3. Deliberativo: Más que una visión rigurosamente jerárquica del sistema interamericano, el rol de la Corte Interamericana se asimila al de un *primus inter pares*, y el sistema interamericano en conjunto se percibe como una red transnacional deliberativa de jueces de derechos humanos que se sostiene sobre la base de la aceptación recíproca de estándares judiciales compatibles con el DIDH.
4. Multidireccional: las relaciones entre las cortes del sistema pueden ocurrir en diferentes direcciones durante un período de tiempo; un proceso de interacción puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes de constitucionalidad nacionales.

En esta línea, las divergencias y conflictos de interpretaciones se resuelven de manera no jerárquica a partir del principio pro homine: la prevalencia no está preestablecida por la naturaleza de la corte que interpreta sino que se define según el alcance de la interpretación. Es decir, los estándares judiciales que ofrezcan una protección más amplia de los derechos humanos reconocidos en el DIDH prevalecen sobre aquellos que sean más restringidos, independientemente de si el estándar fue fijado por una corte constitucional nacional o por la Corte Interamericana. Por otra parte, las convergencias de interpretación entre las cortes del sistema se conciben como el resultado de un proceso de interacciones multidireccionales de al menos tres tipos:

1. Convergencia *top-down*: la corte constitucional nacional adopta estándares fijados por la Corte Interamericana, ya sea a) por la obligación de realizar control de convencionalidad teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana; o b) debido a la introducción de la doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia doméstica, lo que lleva a la corte nacional a conceder una especial autoridad a las sentencias de la Corte Interamericana como intérprete auténtico de los instrumentos interamericanos;
2. *convergencia bottom-up*: la Corte Interamericana adopta estándares judiciales desarrollados por una corte constitucional del sistema; o bien
3. *convergencia* horizontal: las cortes constitucionales adoptan estándares judiciales de sus pares de otros países del sistema, ya sea directamente o por intermedio de la Corte Interamericana.

Adicionalmente, el modelo integra otras formas de convergencia que no se derivan de interacciones entre las cortes; por ejemplo la convergencia paralela entre cortes del sistema por la recepción independiente de estándares extra-regionales.

Como se observa, el concepto de interacción resulta crucial en el modelo coevolutivo. Es importante por ello aclarar que no toda toda "citación" de la jurisprudencia de otra corte configura una "interacción". El concepto de interacción supone cierto sentido de pertenencia a una comunidad de derecho; por ello, cuando por ejemplo el Supremo Tribunal Federal de Brasil cita al Tribunal Constitucional alemán,[84] no estamos propiamente ante un caso de "interacción" entre estas cortes, sino ante un "monólogo", una citación que sirve a la corte brasileña para reforzar su decisión en el caso concreto en razón al prestigio internacional de la jurisprudencia alemana. En contraste, en sentencia de junio 17 de 2009,[85] el Supremo Tribunal adoptó y aplicó expresamente el estándar interamericano sobre la colegiación obligatoria de periodistas[86] para declarar la inconstitucionalidad de la exigencia legal del diploma para trabajar en los medios de comunicación por tratarse de una restricción ilegítima a la libertad de expresión. En este caso, el Supremo Tribunal implícitamente se reconoce a sí mismo como parte activa del sistema regional de derechos, independientemente del poder vinculante o persuasivo que reconozca internamente a las sentencias interamericanas en general y a las resoluciones directas de la Corte Interamericana en casos concretos.

Esto a su vez lleva a una segunda distinción: no toda referencia a la Corte Interamericana implica una "interacción" con la corte regional. Hay referencias a la Corte Interamericana en la jurisprudencia constitucional local que sólo discuten el valor jurídico de las normas interamericanas y expanden o limitan la efectividad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a nivel interno. Estas referencias pueden constituirse en el punto de partida para diálogos futuros con la Corte Interamericana sobre el contenido de derechos y obligaciones, en la medida que reconozcan cierta autoridad persuasiva o vinculante a los estándares judiciales interamericanos, pero no necesariamente involucran la adopción o adaptación de un estándar normativo sobre derechos, sino que más bien cumplen la función de acoplar la jurisprudencia local a un sistema regional de control difuso como el sistema interamericano.[87]

Valdría la pena entonces distinguir entre citación e interacción, y tener presentes los tipos de interacción más comunes. Las interacciones pueden generar "dialogos" directos (entendiendo por tales cualquier interacción entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales de los Estados miembros del sistema, en la que la

84. Cf. v.gr. Supremo Tribunal Federal de Brasil. Hábeas Corpus Nº 96.759/CE – Ceará, febrero 28 de 2012.
85. Cf. Supremo Tribunal Federal de Brasil. Recurso Extraordinario Nº 511.961-1/SP – São Paulo, junio 17 de 2009.
86. Cf. CorteIDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, noviembre 13 de 1985.* Serie A No. 5.
87. Cf. Corte Suprema de Justicia de Argentina: *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo*, 07.07.1992, Fallos: 315:1492; Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0663/2004-R, mayo 5 de 2004; Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador: Sentencia de abril 1 de 2004, I52-2003AC (52-2003/56-2003/57-2003); Corte Suprema de la República Dominicana: Sentencia de febrero 24 de 1999.

comunicación iniciada por una corte es respondido por la otra)[88] o "diálogos" transjudiciales policéntricos (definidos como interacciones entre diferentes cortes sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares normativos). La función de estos últimos consiste en diseminar estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema jurídico nacional a otro. Son policéntricos en la medida en que varias cortes pueden tomar parte en el diálogo sobre estándares normativos, sin que haya necesariamente una resolución de la CorteIDH contra el país o los países respectivos. Por su parte, los diálogos directos son interacciones que se han desarrollado progresivamente en el sistema interamericano desde hace más de una década, como producto del nuevo enfoque de relacionamiento directo de la Corte Interamericana con instituciones nacionales singularizadas, y especialmente a través del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana. En tales eventos la interacción se produce porque ya hay de por medio una sentencia de fondo y reparaciones en contra de un Estado en la que los jueces nacionales pueden tener un papel (v.gr. declarar la inconstitucionalidad de una norma interna que viola la Convención Americana, facilitar la apertura de una investigación judicial, efectuar un cambio de jurisprudencia etc.). Por ello, el diálogo transjudicial se concentra en la implementación efectiva de la sentencia específica a nivel interno.[89]

En cuanto a los diálogos policéntricos, las interacciones entre las cortes constitucionales latinoamericanas y la Corte Interamericana han generado este tipo de diálogos en una gran variedad de temas, como la legislación antiterrorista y la jurisdicción militar, la desaparición forzada, los límites de la cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, las autoamnistías, la pena de muerte, y la adecuada tipificación penal. Los derechos sobre los cuales se han producido estos diálogos son, entre otros, el debido proceso, los derechos políticos, y la libertad de expresión e información. Estándares normativos por sujetos específicos como la mujer, los pueblos indígenas, las víctimas, la población carcelaria y los migrantes también han sido adoptados por diversos países como parte de un diálogo judicial interamericano.[90]

88. A modo de ilustración de diálogos directos entre la Corte Interamericana y la Corte Constitucional de Colombia, cf. Manuel Eduardo Góngora-Mera, "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en: Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II, México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 403-430.

89. Cf. v.gr. CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre 18 de 2010, párr. 14; y Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de diciembre 3 de 2008.

90. Para una recopilación de diálogos transjudiciales en el sistema interamericano, consultar la publicación periódica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM "Diálogo Jurisprudencial".

4. Consideraciones finales

En este ensayo, el sistema interamericano de derechos humanos ha sido descrito como un sistema judicial multinivel de alcance regional, lo que significa que sus decisiones no están desconectadas de los estándares normativos adoptados en el nivel nacional de protección de derechos humanos ni de los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas. Bajo la lógica de los sistemas (en la cual es crucial la coherencia interna), esto implica que puede ser examinado en términos de convergencia y divergencia. Se ha explicado cómo tendencias recientes de constitucionalización del derecho internacional han llevado a una paulatina armonización de normas constitucionales entre los países miembros del sistema interamericano, sin que ello derive necesariamente en una convergencia de interpretaciones sobre estas normas, debido a las tensiones inherentes por las demandas de autoridad efectuadas tanto por jueces constitucionales nacionales como interamericanos, así como por el hecho de que sus enfoques acerca de las relaciones entre el derecho constitucional nacional y el derecho internacional pueden diferir. Más aún, en la medida en que la interpretación de normas interamericanas ocurre en su aplicación a un caso concreto que en ocasiones es conocido por ambos niveles, la convergencia, la divergencia e incluso el rechazo sistemático son resultados posibles. Consecuentemente, una verdadera armonización hacia un derecho constitucional común interamericano está condicionado a una razonable convergencia interpretativa, lo cual a su vez depende de una interacción discursiva entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales.

A lo largo de este texto, tres mecanismos de convergencia (margen de apreciación, adherencia nacional y convergencia paralela) se han contrastado con los tres modelos posibles de relacionamiento entre las cortes constitucionales nacionales y la corte regional (prevalencia de la corte nacional, prevalencia de la corte regional y prevalencia según el alcance de la interpretación). Al combinar los mecanismos de convergencia con estos modelos/enfoques de relacionamiento, se obtienen diversos resultados en términos de convergencia o divergencia de interpretaciones al interior de un sistema multinivel de alcance regional:

mecanismo enfoque	margen de apreciación	adherencia nacional	convergencia paralela	resultado
Unidireccional (a favor de las cortes nacionales	Alto	Mínima	Débil	Divergencia y mayor riesgo de rechazo sistemático de jurisprudencia regional a nivel interno y de conflictos entre los órganos judiciales del sistema
Unidireccional (a favor de la corte regional)	Limitado	Máxima	Variable	Convergencia por autoridad persuasiva/ vinculante de las sentencias de la corte regional; mayor riesgo de recepción acrítica (aplicación descontextualizada) de estándares regionales a nivel interno
Multidireccional (interdependiente)	Según principio pro homine	Media (deliberativa)	Fuerte	Convergencia según principio pro homine; menor riesgo de rechazo sistemático y de recepción acrítica

Como se aprecia, los enfoques tradicionales unidireccionales generan resultados suboptimales: o bien se aumenta el riesgo de conflictos entre las cortes del sistema, o bien se aumenta el riesgo de aplicación descontextualizada de estándares regionales a nivel interno. En consideración a las tendencias modernas del derecho internacional, la alternativa más adecuada parece ser un enfoque multidireccional que establezca una relación de respeto mutuo basada en la interdependencia y reciprocidad entre las cortes nacionales y la corte regional. El mejor campo donde este tipo de relaciones pueden ser más fértiles es en el de los diálogos transjudiciales. En la medida en que la Corte Interamericana sea más abierta a los estándares normativos desarrollados a nivel nacional (que en muchos casos sobrepasan los mínimos establecidos por las instituciones interamericanas) y les dé mayor visibilidad en sus sentencias,[91] mayores serán los incentivos de las cortes nacionales respectivas para actuar en reciprocidad e incorporar con más frecuencia la jurisprudencia interamericana en los asuntos constitucionales de su competencia. Igualmente, entre más activa sea la deliberación interna de estándares normativos interamericanos, mayores serán los incentivos para la Corte Interamericana de contribuir en tales diálogos.

Como bien lo expresa el Juez Sergio García Ramírez:

> *La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de éstos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del corpus juris y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno.*[92]

91. Un buen ejemplo de ello puede consultarse en: CorteIDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2008. Serie C Nº. 190, párr. 87-88.
92. CorteIDH. Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22/11/2007. Serie C N. 171. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 26.

12

Jurisdicciones en interacción: ¿hacia la expansión del principio de igualdad en latinoamérica?

Laura Clérico;* Liliana Ronconi;** Martín Aldao***

Introducción. 1. Urgencias en materia de derechos humanos. Una agenda para la igualdad en América Latina y el Caribe. 2. Hacia la reconstrucción del examen de igualdad desde un enfoque "desde abajo" en la jurisprudencia de los tribunales superiores y cortes constitucionales y de la CorteIDH. 3. ¿Igualdad como mero principio antidiscriminatorio? Categorías sospechosas. Insuficiencia del modelo para analizar los reclamos de igualdad. 3.1. Igualdad formal. 3.2. Igualdad jurídico-material. 4. Igualdad como redistribución y reconocimiento. 5. Reconstrucción de la Jurisprudencia en materia de igualdad como no sometimiento en clave de redistribución y/o reconocimiento. 5.1. Nacionalidad, migrantes: ¿diálogo para armar entre la CorteIDH y los tribunales internos? 5.2. Etnia: las voces provenientes de la jurisprudencia interna. 5.3. Edad ¿un diálogo para reforzar? 5.4. Discapacidad: ¿se hace camino al andar? ¿y cuántas rampas hay que esperar? 5.5. Orientación sexual: voces que se hacen escuchar. 5.6. Pobreza: ¿cuánto tiempo más llevará? 6. Consideraciones finales.

Introducción[1]

Es conocido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido a los jueces sobre la obligación de aplicar la CADH y las interpretaciones de las normas internacionales de acuerdo con la jurisprudencia internacional. Incluso ha llamado a los jueces a realizar control de convencionalidad, más allá del carácter vinculante de la jurisprudencia de la

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Magíster Legum (LL.M.) y doctora por la Universidad de Kiel (Alemania); investigadora del CONICET y Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina). Contacto: lauraclerico@yahoo.com.
** Becaria UBACyT, Investigadora adscripta del Instituto Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina). Contacto: lmronconi@googlemail.com.
*** Doctor en Derecho y Abogado (UBA); Ex-Becario CONICET; Docente de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina); Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"; Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales. Contacto: aldaom@gmail.com.
1. Un agradecimiento especial a Rodolfo Arango, Margarita Maxit, Sergio Mohadeb, Claudia Escobar, Evorah Cardoso, Rafael Bellem de Lima y Berenice Orta Flores por darnos sus pareceres sobre los fallos relevantes de la jurisprudencia de los tribunales consultados, a Sol Blanco Granada por la asistencia en la búsqueda de jurisprudencia y a Celeste Novelli por la lectura crítica del texto.

CorteIDH. De esta manera, hay que interpretar que el "actor" CorteIDH considera que existe (¿debería existir?) un sustrato común argumentativo en virtud del cual los tribunales nacionales están llamados a generar esa interacción[2] interpretativa con la jurisprudencia de la CorteIDH.[3]

Ahora bien, si se trata de interacción[4] (¿diálogo?), esta no puede ser genuina, si a su vez, la CorteIDH no se muestra receptiva frente a las interpretaciones producidas por los tribunales locales. Hasta ahora se diría que la CorteIDH no hizo gala de una interacción interpretativa fluida,[5] aunque algo parece estar cambiando a partir del caso "Gelman c. República Oriental del Uruguay" (2011) y otro tanto podría ser predicado respecto del caso "Atala c. Chile" (2012).[6] En "Gelman" la CorteIDH da cuenta que la jurisprudencia de los tribunales (no solo superiores sino también inferiores) de varios Estados que conforman el Sistema Interamericano es de relevancia para alumbrar la interpretación de las normas de la Convención.[7] El caso "Gelman" puede ser leído en clave de cómo el "diálogo" entre los tribunales nacionales y la CorteIDH, puede contribuir a la interpretación para los casos de desaparición forzada de personas, robo de niños y niñas, supresión de la identidad, de la nacionalidad, derecho a la familia, entre

2. Interacción que parece ser interpretada como un diálogo recíproco entre la jurisprudencia de los tribunales nacionales y la de la CorteIDH si se tiene en cuenta que esta última en el caso "Gelman *vs*. Uruguay" CorteIDH, 24/2/2011. Serie C. Nº 221, tuvo en cuenta la jurisprudencia de Argentina (párr. 215); Chile (párr. 216/17); Perú (párr. 218); Uruguay (párr. 219); Honduras (párr. 220); El Salvador (párr. 221) y Colombia (párr. 222/23) como antecedentes para resolver el caso. Ver especialmente Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs*. Ecuador, Sentencia del 27 de Junio de 2012, Serie C-245, pár. 164, en el que la Corte retoma la jurisprudencia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

3. V. Diego García Sayán, "Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en: VARIOS AUTORES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, 1228 pp.: para "la búsqueda del perfeccionamiento de la protección de los derechos en el ámbito interno", se requiere "... observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...", Albanese, S., "Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad", *Jurisprudencia Argentina*, 2010-IV, p. 3-9.

4. Explora la interacción como modelo de relación entre las jurisdicciones domésticas y la CorteIDH Nash Rojas en comparación con el modelo de la complementariedad y el de la subsidiareidad, v. Nash Rojas, Claudio, "Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos", en: Capaldo/Sieckmann/Clérico (dir), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

5. Sobre la disposición para el aprendizaje en ambos lados, parece ilustrativa la interacción identificada por Margarita Maxit entre tribunales locales y la CIDH, así la Comisión Interamericana tuvo en cuenta de manera relevante la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en materia de duración del encarcelamiento preventivo. Maxit advierte que mientras que la posición adoptada por la CIDH en el caso *Firmenich* (Informe 17/89 del 13 de abril de 1989), consagra el criterio sentado por la Corte en la sentencia doméstica dictada con fecha 28/07/1987, en el importante informe 86/09 emitido en el caso *Peirano Basso*, la CIDH modifica su posición y recepta los argumentos contrarios que, en ese sentido, emitiera oportunamente el juez Bossert de la Corte Suprema argentina en su disidencia en el caso *Estévez* resuelto con fecha del 3/10/1997, v. Maxit, Margarita, "La jurisprudencia del sistema interamericano en materia de garantías del proceso penal. Desafíos pendientes para asegurar su impacto y plena implementación", en Capaldo/Sieckmann/Clérico, *op. cit*.

6. En el caso Atala la CorteIDH decide que la discriminación por orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI está comprendida en el art. 1 de la CADH bajo el concepto de "otra condición social", v. en este trabajo apartado VII.5.

7. "Gelman *vs*. Uruguay", CorteIDH, 24/2/2011.

otros. En este sentido, es probable que este diálogo influya en el desarrollo interpretativo de otras normas del contexto interamericano.[8] Material no falta. Al respecto la jurisprudencia de varios tribunales superiores y cortes constitucionales presenta una variedad de interpretaciones sobre derecho a la vivienda, derecho a la salud, derecho de las personas con discapacidad, derecho a la educación, derechos de las personas desplazadas, mandato de igualdad, entre otras. Esta jurisprudencia arroja, *en general*, mejores interpretaciones – en clave de mejor protección de los derechos – que las que surgen de las sentencias de la CorteIDH – ya sea porque no le han llegado casos sobre el tema o porque llegados los casos ha dejado pasar la oportunidad de pronunciarse al respecto. Por ello, la CorteIDH está llamada a dialogar con las (mejores) interpretaciones, que se logren de la Convención y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pertinente, aplicando la argumentación que surge de la jurisprudencia de los tribunales internos. Sin embargo, ¿por dónde continuar?

1. Urgencias en materia de derechos humanos. Una agenda para la igualdad en América Latina y el Caribe

Un sinnúmero de trabajos académicos, informes de Organismos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, de Organizaciones No Gubernamentales y Organizaciones de Base, dan cuenta, por un lado, (a) de un diagnóstico común: América Latina y el Caribe es un territorio marcado por profundas desigualdades sociales y político-económicas[9] – leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento.[10] Esta desigualdad persiste pese a mayores (o menores) esfuerzos que se han intentado en clave de políticas públicas para atender a las formas más extremas de la desigualdad.[11]

Por el otro lado, el contexto latinoamericano y del Caribe está atravesado (b) por normas de rango (supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional) y fuentes diversas (nacional, internacional) que frente a la desigualdad mandan igualdad, que incluso identifican grupos desaventajados (por lo general, niñas y niños, jóvenes, ancianos, pueblos indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, ancianos,

8. Jackson, V., "The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation", (2001) 114 *Harvard Law Review* 2049.
9. Di Virgilio, M.M., Otero, M.P. y Boniolo, P. *Pobreza Urbana en América Latina y el Caribe*, CLACSO, Buenos Aires, 2011, p.11.
10. Clérico, L.; Aldao M., "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", *Revista Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011, pp. 157-198, en: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf.
11. "En este contexto, ni la pobreza ha sido disminuida de manera estructural, ni la vulnerabilidad social ha sido regulada de manera efectiva, a través de esquemas eficientes de seguridad social, ni la exclusión social, a la que ha sido sometido históricamente los indígenas o los afrodescendientes, ha sido, ya no digamos erradicada, ni siquiera reducida de manera significativa." Barba Solano/Cohen (coord.), *Perspectiva críticas sobre la cohesión social. Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina*, CLACSO/ Buenos Aires, (2011), p.12.

mujeres) sobre los que impacta la desigualdad en forma insoportable y manda dictar medidas estatales para lograr igualdad real. Por último, (c) desde concepciones de la democracia deliberativa se ven a los tribunales como espacios de visibilización, de debate, de discusión, para canalizar demandas de exigibilidad de igualdad, en especial, demandas que provienen de las voces de los grupos desaventajados que por barreras (más o menos) estructurales (léase circuito del dinero, burocracia etc.) se encuentran excluidos de los procesos políticos que se juegan por otros canales institucionales (léase Parlamento, Poder Ejecutivo). En este orden de ideas las evidencias muestran que los tribunales superiores locales y cortes constitucionales de la región se han mostrado, en muchos casos, receptivas para resolver estas demandas y, sin embargo, como señala con acierto Arango[12] no se ha producido el anunciado gobierno de los jueces ni la exclusión de la agenda política de los temas que fueron canalizados por la vía judicial, antes bien, lograron ser visibilizados.[13]

Por todo ello, no es del todo descabellado preguntarse, en qué medida los tribunales y cortes constitucionales de la región contribuyeron (¿podrían contribuir?) con las argumentaciones y remedios vertidos en sus sentencias a reducir la brecha de la desigualdad (insoportable). En este sentido, se impone la tesis del diálogo entre los tribunales y cortes constitucionales y la CorteIDH. En materia de igualdad y derechos sociales, los primeros han logrado mejores interpretaciones que pueden nutrir a las decisiones de la CorteIDH. En materia de igualdad y reconocimiento se diría algo similar, por ejemplo, en materia de orientación sexual. Sin embargo, el panorama presenta matices si se lo plantea en clave de pueblos originarios/indígenas. Sobre este punto la CorteIDH ha logrado interpretaciones valiosas en clave de igualdad como distribución/reconocimiento de provecho para sostener las demandas de igualdad de estos pueblos en el orden interno.

2. Hacia la reconstrucción del examen de igualdad desde un enfoque "desde abajo" en la jurisprudencia de los tribunales superiores y cortes constitucionales y de la CorteIDH

En el contexto de prácticas constitucionales y de derechos humanos que reconocen como diagnóstico enormes desigualdades, pobreza masiva y procesos históricos

12. Arango, R., "Constitucionalismo social latinoamericano", en: von Bogdandy/Ferrer Mac Gregor/Morales Antoniazi, *La Justicia Internacional y su Constitucionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, 2010, p.11.

13. Incluso los cientistas sociales interpretan con variados matices que en democracias (constitucionales) no existiría mejora institucional del Estado sustentable en el mediano largo plazo, sin un Poder Judicial "confiable, autónomo y potente" (Acuña, Carlos H., "Presidencialismo, federalismo y justicia democrática en Argentina", en Nun, José y Grimson, Alejandro (compiladores), *Nación y diversidad: territorios, identidades y federalismo*, Buenos Aires: Edhasa, 2008, pp. 139 a 150); en este sentido: la exigibilidad de los derechos humanos depende, en parte, de la fortaleza y audacia del poder judicial; por ejemplo, el CELS registra en, Informe sobre los Derechos Humanos en Argentina 2006; Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 182, que: "Son las provincias del país que tienen más altos porcentajes de NBI las que tienen estructuras judiciales más débiles".

de exclusión socioeconómica y cultural,[14] es muy difícil, dar una discusión seria sobre un problema en el que se excluye a algunos de algo que se le otorga a otros sin recurrir a un examen de igualdad. Sin embargo, la diferencia en las respuestas gira en torno a los siguientes puntos:

- *la fórmula,*
- *la concepción*[15] *y*
- *el alcance de la exigencia de igualdad aplicada*.[16]

De cara a este contexto, nuestro trabajo – y como ya advertimos en varios anteriores – contiene una faz crítica, revisa las fórmulas de igualdad corrientes para detenerse en sus insuficiencias: así, criticaremos la insuficiencia del análisis de los problemas de igualdad bajo el prisma del principio antidiscriminatorio – ya sea interpretado como igualdad formal y/o material más (examen estricto) o menos exigente (mero análisis de racionalidad, escrutinio medio) (apartado 3). **Interpretamos que el principio antidiscriminatorio puede funcionar ante discriminaciones puntuales pero no logra dar cuenta de la desigualdad que responde a una desigualdad sistemática y estructural**: aquellas personas que padecen los efectos de ese discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios (léase, personas con discapacidad, pueblos originarios, niños y niñas, mujeres, ancianos, entre otras), sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de condiciones para el ejercicio de los derechos; es decir, **consideramos pertinente ampliar la fórmula de igualdad como principio de no dominación o no sometimiento**.[17] Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de igualdad como no dominación o no sometimiento quedaría a mitad de camino si no nos preguntáramos por las causas que generan esa desigualdad. Es decir, proponemos[18] ampliar la mirada para comprender que los reclamos de igualdad no sólo devienen por una distribución injusta de los bienes económicos y sociales[19] sino también por falta del reconocimiento (apartado 4).[20] **Recién con esta última ampliación**

14. Barba Solano/Cohen, *op. cit*., p. 67, 11
15. V. sobre diversas concepciones de la igualdad en aplicación de los desarrollos de Walzer para el análisis crítico de sentencias, Meccia, E., "Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario", en: Clérico/Aldao (coords.), *"Matrimonio igualitario". Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, EUDEBA, Buenos Aires, 2010.
16. Clérico, L., "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía", en: Clérico/Aldao, 2010, *op. cit*.
17. V. Saba, R. "(Des)Igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
18. Propuesta desarrollada en el marco del proyecto de investigación UBACyT "La formación de jueces: perfiles y pertinencia en relación con un modelo de sociedad igualitaria".
19. La injusticia socioeconómica arraigada en la estructura político–económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros).
20. La otra deviene de la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los *patrones sociales dominantes* en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de "uniformidad", por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual

de las miradas sobre la desigualdad nos encontraríamos con mejores herramientas para armar una suerte de red de argumentos y reglas-resultados de sentencias en materia de igualdad que logre impactar en el diálogo interjurisdiccional. Para ello realizamos un relevamiento y análisis crítico de la jurisprudencia[21] reciente en materia de igualdad en la región, tomando como ejes las discriminaciones en razón de la nacionalidad, la etnia, la edad, la discapacidad, la orientación sexual y la pobreza,[22] mostrando cómo estas nuevas perspectivas son necesarias para intentar, entre otras estrategias, reducir la brecha de desigualdad social y económica que atraviesa a toda América Latina y el Caribe (apartado 5).

3. ¿Igualdad como mero principio antidiscriminatorio? Categorías sospechosas. Insuficiencia del modelo para analizar los reclamos de igualdad.

Todas las fórmulas de igualdad encierran en más o menos algún tipo de *comparación* entre dos personas, grupos de personas, situaciones. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien
b) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere examinar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que se aplique y, si en el análisis se amplía o no la mirada hacia el contexto en el que se produce la (des)igualdad (igualdad como no dominación o sometimiento) o si se lo invisibiliza tras el manto de la neutralidad (principio antidiscriminatorio).[23]

diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto e incluye la discriminación a lesbianas, gays, travestis, personas trans, bisexuales, entre otros). Ver Clérico/Aldao, 2011, *op. cit.*

21. La búsqueda de jurisprudencia se realizó con la técnica de la bola de nieve o multiplicity simple.

22. No trabajamos pueblos originarios y género de modo específico por haber sido objeto de otro trabajo, v. Clérico, L.; Aldao M., 2011, *op. cit.*; además, Courtis, Christian, "Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina", en: *Sur, Revista Interamericana de Derechos Humanos*, Nro. 10; Ramírez, S.: "Derechos de los pueblos indigenas: proteccion normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", en: Gargarella, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, AbeledoPerrot), Tomo II, p. 921. Clérico, L.; Novelli, C., La violencia contra las mujeres en el SIDH, 2012 (Ms.).

23. Saba, R., 2007, *op. cit.*

3.1. Igualdad formal

Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la igualdad formal. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplican las mismas consecuencias jurídicas). Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna; tampoco nos dice algo "acerca de cómo deben ser tratados qué indivíduos con qué propiedades".[24] Esta fórmula encontró acogida en jurisprudencia del principio de siglo. Bajo aplicación de esta fórmula, por ejemplo, se sostuvo la constitucionalidad de las normas que le denegaban el derecho al voto de las mujeres. En la actualidad renació en los argumentos de quienes se pronunciaron en contra del matrimonio igualitario (que incluye al de las personas del mismo sexo).[25] Por ejemplo, es el argumento que alegó aunque sin éxito[26] el Estado de la CABA – cuando contestó una acción de amparo como así también en un caso reciente, el Estado italiano en el marco de la defensa de la norma de derecho civil que sólo reconoce el matrimonio entre personas de distinto sexo.[27] La estrategia de ambos estados fue aplicar la fórmula de igualdad formal en la versión de "separados pero iguales" para afirmar la no-inclusión del matrimonio igualitario.[28] Sin embargo, cabe recordar que bajo esta misma fórmula se sostuvieron en la primera mitad del SXX las leyes que negaban el derecho al voto a las mujeres; y las leyes racistas en los Estados Unidos de Norteamérica.[29] Bajo esta misma fórmula hubiese sido imposible dictar el fallo "*Brown vs. Board of Education*" (1954),[30] en el que se decidió que la separación por "raza" en las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad. Por ello, resulta cuestionable que alguien utilice en la actualidad esta fórmula de igualdad cuando lo que se pone en tela de juicio es la clasificación y las (sin)razones de esa clasificación.

24. Ver Alexy, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
25. V. este punto ya en Eskridge, W., "La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad", *Rev. de la Univ. de Palermo, Buenos Aires*, 2000. p. 218. El uso de diversas fórmulas de igualdad se puede seguir en el debate que se generó los días 14 y 15 de julio de 2010 en la Cámara de Senadores de la Nación Argentina en ocasión de la aprobación de la inclusión del matrimonio igualitario, que luego fuera promulgada como Ley 26.618, v. versión taquigráfica en: www.senado.gov.ar.
26. V. esta misma advertencia en el caso "Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (Expte. N 34292/0)", Juzgado del Fuero CAyT Nro. 15, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil argentino antes de la reforma de 2010 que no admitía el matrimonio igualitario.
27. V. esta posición en la sentencia recaída en el expediente en el que tramitó la sentencia N. 138 de la Corte Constitucional italiana del 14/04/2010.
28. Argumento de la defensa del Estado: "No existiría violación al principio de igualdad, según el art. 3 de la Constitución, porque éste impone un tratamiento igual para situaciones iguales y un tratamiento diferenciado para situaciones de hecho distintas."
29. V. *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
30. 347 U.S. 483 (1954).

3.2. Igualdad jurídico-material

Por contraposición a la concepción de igualdad formal una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la fórmula de la **igualdad jurídica material**. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si: *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma (y a la inversa).* Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual.[31] Por ejemplo, en el caso de la inclusión del matrimonio igualitario la pregunta es ¿por qué se les niega algo a las parejas del mismo sexo si están en igualdad de circunstancias relevantes que las parejas de distinto sexo? Tomamos por relevantes la voluntad de tener pareja, de gozar de las protecciones y derechos que surgen de la regulación legal del matrimonio.[32] Por ello, quienes siguen estando en contra de la inclusión del matrimonio igualitario tienen el desafío argumentativo de justificar por qué no estarían en igualdad de circunstancias relevantes.[33] En suma, y como reitera la CorteIDH en general, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.[34] Esta es la médula del principio antidiscriminatorio, analizar el peso de las razones de la clasificación. Este sigue siendo el modelo de resolución dominante de los reclamos de igualdad en la jurisprudencia de América Latina y del Caribe.

Al respecto aparece en dos versiones, el alemán que aplica proporcionalidad en la igualdad (nueva fórmula) y el americano de los tres escrutinios. A su vez, se ha abierto

31. Ver Alexy, 1993, *op. cit.*, p. 360.
32. Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 24/06/2010, "Schalk y Kopf *vs.* Austria", parte en forma correcta del presupuesto de que los actores, pareja de personas del mismo sexo, "estaban en una situación similar a las parejas de distinto sexo". Sin embargo, el Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo discriminación por parte del Estado austríaco que no reconoce el matrimonio igualitario. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto el Gobierno austríaco no esgrimió argumento alguno para la diferencia de trato, fundándose tan sólo en su margen de apreciación. Y agregan que en tanto no dieron argumento no sería posible escudarse en este margen, "de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión", párr. 8. Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única ratio. Cursiva agregada. Para un análisis detallado y crítico de la sentencia, v. Herrera, M., Kemelmajer de Carlucci, A. y Romero, C., "Síntesis Jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia correspondiente al primer semestre del año 2009", en *Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2010-I, pp. 261-286.
33. V. Gargarella, R. Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario. In Clérico/Aldao, 2010, *op. cit.* y Clérico, L. 2010, *op. cit.*
34. Cfr. CorteIDH, *OC-18/03* (2003), párr. 89; *OC-17/02* (2002), párr. 46; y *OC-4/84* (1984), párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los Estados que tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

camino una versión integrada de ambos que, en palabras de la Corte Constitucional colombiana:

> *intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto senso. Sin embargo, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la "adecuación" deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la "indispensabilidad" del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.*[35]

Así, la aplicación de la **proporcionalidad** en el examen de igualdad ayuda para determinar si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma.[36] El **subexamen de idoneidad** se pregunta si el medio logra promover los fines estatales y si no los logra entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigualitario. El **subexamen de medios alternativos** dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El **subexamen de proporcionalidad en sentido estricto** supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias. A su vez, dependiendo de las circunstancias del caso, estos tres exámenes pueden ser aplicados con **diversa intensidad**, de ahí la llamada "integración" (modelo europeo-modelo norteamericano), en una escala que va desde el examen de mera racionalidad, pasando por el escrutinio intermedio, hasta llegar al escrutinio estricto.

El examen de igualdad de **mera racionalidad** presume la legitimidad o constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga

35. Corte Constitucional Colombiana sentencia T093-2001.
36. Ver Alexy, R., 1993, *op. cit*.; Laura Clérico, Die Struktur der Verhältismässigkeit (Baden Baden, 2001). [Clérico L., El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: EUDEBA. 2009.] y Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si éste logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El **escrutinio intermedio** exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias; la relación tiene que ser plausible, es decir, debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

Cuando el criterio de clasificación que arroja el trato (des)igualitario es la edad, la intensidad de análisis oscila entre el leve o el intermedio, salvo que la restricción al derecho sea muy intensiva o que la desigualdad implique dominación. Es común ver pues que el legislador utilice la edad como criterio para establecer diferencias de trato, por ejemplo, para obtener la licencia de conducir automóviles, para votar, para ejercer cargos electivos. En estos casos, no surge a primera vista que la edad sea un criterio que nos haga sospechar de la clasificación que arroja la norma. Así, varias Cortes constitucionales han confirmado la constitucionalidad de normas que usan como criterio de selección la edad. En este sentido alguna jurisprudencia interpreta que la edad no resulta por sí misma un criterio sospechoso pero puede devenir en discriminatoria por los efectos que la clasificación produce en el ejercicio de un derecho. Así la Corte Constitucional Colombiana ha dicho que "(…) *no todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos*"; por el contrario "*resulta mucho más problemático que la ley establezca límites máximos a partir de los cuáles (sic) a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad*."

El más exigente de los exámenes es el **escrutinio estricto**.[37] Este presume la falta de justificación de la discriminación; por lo cual la carga de la argumentación se traslada

37. Ver Garay, Alberto, "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", en *La Ley* (1989- B, p. 931); Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, "La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente", en *Jurisprudencia Argentina* (2001, Vol. I, p. 1241), Clérico, L. y Schvartzman, S., "'Repetto' re-visitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros", en: Alegre/Gargarella, 2007, *op. cit.*; Treacy, G., "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", en *Jurisprudencia Argentina* 2006-IV-603; Gargarella, R., "Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo 'Reyes Aguilera'", en: *Jurisprudencia Argentina* (2007, Vol. IV, pp. 67-74); Clérico, Laura, "El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. 'Rodríguez', 'Comunidad toba del Chaco' y la sombra de Ramos", en: *Jurisprudencia Argentina* (2007, Vol. IV, Nº 6); y Maurino, G., "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", en: Alegre/Gargarella, 2007, *op. cit.* Dulitzky reconstruye el examen de igualdad en el contexto interamericano como principio antidiscriminatorio e incluyendo "categorías sospechosas"; ver Dulitzky Ariel, "El principio de

en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado. Implica además una exigencia agravada de justificación: la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes – por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente – y que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación. En el escrutinio estricto puede hablarse además de una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, tanto la clasificación como sus efectos deben ser considerados como arbitrarios.[38]

La Corte Constitucional Colombiana ha sistematizado como criterios para la aplicación del escrutinio estricto los siguientes:

a) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas ***en forma no taxativa*** a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución o en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, de acuerdo con la OC Nro. 18 de la CorteIDH;
b) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas;
c) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta prima facie gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; o
d) cuando se examina una medida que crea un privilegio.[39]

A su vez las categorías señaladas como sospechosas son aquellas que:

i. se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad;
ii. han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y,
iii. no constituyen per se, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

La Corte Suprema de Justicia argentina sostiene desde fines de 1980 una línea jurisprudencial sólida sobre la imposibilidad de realizar distinciones arbitrarias bajo

igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en: *Anuario de Derechos Humanos* (2007, N. 3).

38. En palabras del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la carga de la prueba y de la justificación requiere: a) la necesidad de la "probanza plena de la justificación, probadamente necesarísimo y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental, cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados y, d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada". Tribunal Supremo de Venezuela, Sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente José Rafael Tinoco.

39. Bernal Pulido, C., "El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad", en Beade, G. y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p.325.

aplicación del principio antidiscriminatorio y cuando la clasificación se basa en la nacionalidad bajo aplicación de un examen de igualdad intensivo. Así declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ejercer la docencia en un establecimiento privado con reconocimiento oficial de nivel pre-escolar en el caso de una residente de los Estados Unidos que había estudiado en Argentina y tenía título habilitante para el ejercicio de esa profesión.[40] Esta jurisprudencia se reitera – aunque con leves matices – cuando esa misma Corte declara la inconstitucionalidad de un art. de una ley de la Provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente al régimen del "equipo de salud humana" de un hospital público;[41] luego reaparece bajo el ropaje de un examen de igualdad más analítico y estricto en el caso "Gottschau",[42] en el que la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establecía el requisito de la nacionalidad argentina para acceder a un cargo de Secretaria de Juzgado (empleo público).[43]

Un caso puntual de discriminación parece ser también de la sentencia C-1058/03 de la Corte Constitucional Colombiana que confirmó la constitucionalidad del art. Nº

40. Corte Suprema de Justicia Argentina, "Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Inconstitucionalidad", 08/11/1988, en Fallos: *311:2272*.

41. Corte Suprema de Justicia Argentina, *Calvo y Pesini, Rocío vs. Provincia de Córdoba*, 24/02/1998, Fallos: 321:194/201.

42. Corte Suprema de Justicia Argentina, "Gottschau, Evelyn P. c/Consejos de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo sentencia del 08/08/2006. Evelyn Gottschau, de nacionalidad alemana, pero radicada en Argentina desde 1983, lugar donde cursó sus estudios secundarios y universitarios (abogada), se postuló en el concurso de secretarios de primera instancia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su solicitud fue denegada en virtud de un artículo del Reglamento de Concursos (acta 24/99).

43. "*Art. 10.- En la solicitud los postulantes deben acreditar el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el cargo al que aspiren... 10.1.4. si es argentino nativo o naturalizado*". La Corte Suprema argentina resolvió el caso aplicando el examen de igualdad estricto. Con cita del caso Hooft sostuvo que "cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el *origen nacional*… corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar". A su vez agregó que esta presunción de inconstitucionalidad "sólo se podía levantar (…) con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada". Respecto del caso particular, indicó el Tribunal que en tanto el cargo de secretario de juzgado no implica ejercer funciones de jurisdicción la medida no resulta adecuada ni necesaria, pues existían otras alternativas como la extensión de la residencia, el lugar donde se cursaron los estudios etc., para demostrar la idoneidad. Así la Corte, declara la inconstitucionalidad de la medida y ordena el dictado de una nueva sentencia. En este caso, entonces la Corte deja en claro que cuando se trata de empleo público pero que no implican del ejercicio de la jurisdicción (¿funciones esenciales del Estado de derecho?) la distinción entre nacionales y extranjeros no está fundamentada. Las dudas giran entonces respecto de las distinciones que surgen en relación con los cargos vinculados a las funciones "esenciales" del Estado. En un artículo sobre el requisito de nacionalidad Guillermo Treacy propone que respecto de los "empleos en el sector público que impliquen el ejercicio directo y personal de funciones estatales (vgr., la jurisdicción, cargos diplomáticos, militares, altos cargos en la Administración Pública)… podría aplicarse el examen de mera razonabilidad. Podría darse como fundamento la importancia de los cargos – aunque este criterio es relativo –, como así también el hecho de que tales funcionarios tienen capacidades decisorias, que podrían comprometer la voluntad del Estado y acarrear, inclusive, su responsabilidad internacional", v. Treacy, G., 2006, *op. cit*.

473 del Código de Comercio sobre la exigencia de origen nacional del representante de toda sociedad extranjera que tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público (en Colombia). La Corte considera que al tratarse de sociedades que tienen en sus manos el funcionamiento de los servicios públicos – servicios que "son inherentes a la finalidad social del Estado" y que "se proyectan a cubrir necesidades básicas insatisfechas…" (cons. 4.3) – sumado al "impacto social y económico de las decisiones que pueden llegar a tomar las personas que ejerzan estos cargos […], puede ser de tal magnitud que se afecte el orden público, aspecto éste que fundamenta la restricción impuesta a los extranjeros en estos casos".[44]

Sin embargo, en ninguno de estos casos se deja vislumbrar un planteo de fondo de la situación de los extranjeros o migrantes en Latinoamerica que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural.[45] Así, los casos llegados a la Corte argentina parecen responder tanto en los planteos como en la resolución a cuestiones puntuales (una lectura distinta podría hacerse del caso "Reyes Aguilera" que será tratado en un apartado posterior de este trabajo).

Todos estos casos, hablan de la aplicación del principio de no discriminación que atiende a desigualdades puntuales e individuales. En general, los casos que se han presentado respecto a distinciones fundadas en la nacionalidad no implican discriminación a un grupo afectado por una desigualdad estructural.[46] Se diría tal

44. V. C-1058/03 y sentencia C-768/98. En la Sentencia C-123/11 se cuestiona la validez de los artículos 8, 12, 30, 47 y 66 (parciales) del Decreto Ley 356 de 1994, "por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada". Específicamente los artículos 12 y 47 son cuestionados pues establecen que los socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada deben ser personas naturales y de nacionalidad colombiana, excluyendo concretamente a los extranjeros y a las personas jurídicas como potenciales socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada. La Corte, retomando su jurisprudencia anterior afirma que "la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar". Así, concluye que si bien los artículos 12 y 47 de la norma demandada establecen un tratamiento diferencial que limita el ejercicio de algunos derechos y libertades, éste se encuentra constitucionalmente justificado por cuanto persigue fines admisibles y para alcanzarlos utiliza medios razonables y proporcionales. A este fin, retoma la importancia del servicio de seguridad privada en Colombia, manifestando que "su ejercicio está ligado a la utilización de la fuerza en sus diversas manifestaciones, donde el manejo de armas de fuego y de otros implementos ligados a la seguridad hace que el riesgo de atentar contra la vida e integridad de seres humanos o de afectar sus bienes materiales esté siempre latente. En otras palabras, la vigilancia y seguridad privada es una actividad que por su naturaleza involucra elevadas dosis de riesgo social… por lo tanto se encuentra sujeta a la inspección, control y vigilancia del Estado…".

45. Por ejemplo, en Argentina los migrantes de países limítrofes (de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) y de no limítrofes (Perú) suelen ser maltratados desde el discurso dominante (muchas veces impulsado desde los discursos de ciertos medios de comunicación que en forma más o menos solapada le suele imputar cierto aumento de la "delincuencia y la inseguridad"), así suelen ser llamados "bolitas", "brasucas", "chilotes", "paraguas", "perucas" y "yoruguas". Suelen sufrir detenciones arbitrarias por la sola "portación de cara", explotación laboral, denegación de acceso a la atención sanitaria, educación y vivienda, v. Villalpando, W., *La discriminación en la Argentina: diagnóstico y propuestas*, Eudeba, Buenos Aires, 2006, pp. 168 y sgts.

46. Sin embargo, v.: "Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional", resuelto por la CSJ argentina, 4/11/2007; C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, abril de 2012. Asimismo, respecto de la distinción entre hombre y mujeres para adquirir la nacionalidad v. CorteIDH, Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*.

vez que los reclamantes de todos estos casos no pertenecen a grupos de migrantes que se encuentran en una situación de desigualdad estructural por su condición de tal y/o de indigencia y/o de pobreza. Latinoamérica y el Caribe no sólo se caracteriza por ser "exportadora" de más de 25 millones de personas, sino que además algunos de esos países son receptores de más de 6 millones de migrantes intraregionales, a estas hay que sumar las personas que piden asilo o refugio y provienen de África o Asia, y las que se encuentran en tránsito en Centroamérica hacia los Estados Unidos de América.[47] Esto involucra otra cuestión relevante de estudiar en la región: los migrantes intraregionales que padecen diferentes discriminaciones en los países receptores.

Respecto de la situación de los migrantes la CorteIDH[48] sostuvo como principio general que:

> Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que (…) dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (…). Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (cons. 118).[49]

El desafío tiene que ser leído en clave de no dominación. Como advierten Asa y Ceriani Cernadas, el desafío creciente es para los países de origen como para las sociedades de acogida de migrantes.

> La respuesta de los Estados, especialmente de destino, debe tener muy presente las necesidades y derechos de este grupo social. Las normas y las políticas públicas deben adecuarse a estos desafíos, **pero no para arbitrar mecanismos de represión y discriminación, sino**

47. Asa, P. y Ceriani Cernadas, P., "Migrantes, derechos sociales y políticas públicas en América Latina y el Caribe: La Universidad en Juego", en Arcidiácono *et al.* (coords.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2010, p. 334.
48. CorteIDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17/09/2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos "*Condición Jurídica Y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*".
49. En el Amparo en revisión 169/2008. Karina Andrea Smidt, del 23 de abril de 2008 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México resolvió que "al otorgar un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los nacionales, las autoridades migratorias por requerir sólo a aquéllos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder laborar y para que se les otorgue cierta situación migratoria respecto a su estancia en el país, no violan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo. [Sin embargo]… las autoridades migratorias deben fundamentar y motivar cuidadosamente las resoluciones por las cuales niegan a un extranjero el cambio de característica migratoria en un sentido que le permitiría desempeñar actividades remuneradas en el país, pues sólo así podrá determinarse… si aquéllas están ejerciendo legítimamente el margen de apreciación concedido por la Ley … o si están obrando en forma arbitraria y abusiva." IUS 2007 Jurisprudencia y Tesis Aisladas desde Junio 1917 hasta Diciembre de 2007. Mexico Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.

para identificar las medidas más apropiadas para proteger sus derechos, interpretando los tratados internacionales de manera dinámica y progresiva.[50]

En este sentido, cabe preguntarse en qué medida la jurisprudencia interna puede ser un canal adecuado para plantear reclamos de igualdad que empiecen a conmover la estructura social que sostiene una variedad de prácticas que implican dominación para los grupos desaventajados.[51]

4. Igualdad como redistribución y reconocimiento

La idea de **igualdad como redistribución** tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia; y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que **la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades.** En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad,[52] a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.

Por su parte, la idea de **igualdad como reconocimiento** proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se

50. Asa/Ceriani Cernadas, 2010, *op. cit*., p.341.
51. Fiss, O., "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs* 5 (2):107-177.
52. Fraser, N., "Justicia social en la era de la política de la identidad", en Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006, pp. 10-24.

produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es **la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales**. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio que el resto de la sociedad el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.[53]

Sin embargo, como muestra Fraser, resulta cuanto menos difícil, sino contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que éstas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como bidimensionales. Así la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos.[54] Esto resulta particularmente evidente en el caso de las comunidades indígenas. No basta con que el Estado "salga" a repartir alimentos[55] etc., es necesario que los pueblos originarios sean escuchados para que se "respeten" las condiciones que posibilitan su autoabastecimiento lo que implica escuchar sus necesidades e intereses desde otros patrones culturales que no responden al dominante del "hombre blanco occidental de clase media" que suele tener una visión mercantilista del uso y goce de los bienes. Como advierte la Comisión en el caso, esto implica escuchar a los representantes de la Comunidad cuando agregan que

> [l]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar 'riquezas', es inadmisible e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera 'occidental' de ver las cosas del derecho indígena; sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y l[o] enriquecen con su diversidad.[56]

53. Fraser, *op. cit.*, pp. 16-24.
54. Fraser, *op. cit.*, p. 28.
55. Según informes de antropólogos que trabajan en las comunidades indígenas del Chaco y Formosa, "el hambre es el resultado de un problema integral cuya solución exige que las organizaciones y los mismos indígenas sean reconocidos como protagonistas". Diario Página 12, "Narrar el hambre", 13/10/2007.
56. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24/08/2010, párr. 148.

Y la CorteIDH agregó que:

> ... la falta de sus tierras tradicionales y las limitaciones impuestas por los propietarios privados repercutió en los medios de subsistencia de los miembros de la Comunidad. La caza, pesca y recolección cada vez fueron más difíciles, llevaron a que los indígenas decidieran salir de la Estancia Salazar y reubicarse en '25 de Febrero' o en otros lugares, disgregándose así parte de la Comunidad ... *Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos*.[57]

En este sentido es preciso desfosilizar un ámbito privado en el que ni se redistribuye ni se reconoce, y para eso es a su vez necesario abrir la esfera pública a la efectiva participación de todos,[58] de modo tal que la definición del alcance de los derechos y los recursos que deben ser redistribuidos, así como también de los patrones culturales que deben ser alterados, sea el resultado de un debate público al que todos tengamos acceso, en especial, los afectados por la medida estatal.[59] Esto implica tres cambios fundamentales: (a) en lo que atañe a la igualdad, esta deja de ser concebida como un valor objetivo – en el sentido de definitivo – al cual debe acercarse el estado de cosas vigente, para pasar a ser el **saldo provisorio de un debate que se encuentra abierto a la formulación de nuevos argumentos por aquellos que se encuentren excluidos**; (b) en lo que atañe a la democracia, ésta deja de ser monopolizada por el parlamento, el que se convierte en una herramienta, entre otras, para la institucionalización de la misma; (c) la igualdad como tal debe ser construida en cada caso concreto, en tanto parece ser la única forma viable de admitir la participación de aquellos inmediatamente implicados en la situación de desigualdad. Finalmente (d), la interpretación del principio de igualdad, cuando opera como criterio reparador, debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido. Esto resulta central para comprender los problemas habitualmente vinculados a la igualdad. El modelo de la igualdad formal posee, además de una posición predominante dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes, una notable preponderancia en términos históricos, que, a su vez, ha influido sobre las estructuras sociales, generando la exclusión sistemática de grupos.[60] Estas exclusiones colectivas – o estructurales – no sólo no pueden recibir una respuesta adecuada a través de una interpretación en clave individual del principio de igualdad, sino que, además, no deben ser obturadas en nombre de una paridad ficticia.[61]

57. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, con ref. a párrs. 75 a 77, 79, 98. La afectación se incrementa pues afecta la identidad cultural de un grupo desaventajado.
58. Esto se asienta sobre la idea habermasiana respecto de la cooriginariedad de las autonomías públicas y privadas.
59. Fraser, 2006, *op. cit.*, pp.47-49.
60. Saba, 2007, *op. cit.*. p. 167.
61. V. más adelante, análisis del voto en disidencia del juez Montiel Argüello en el caso Yatama.

La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es entonces, desde esta perspectiva, la **participación**, que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones mínimas que le permitan una vida digna (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, **ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad**, como es el caso en el contexto interamericano de los pueblos o comunidades indígenas.

5. Reconstrucción de la Jurisprudencia en materia de igualdad como no sometimiento en clave de redistribución y/o reconocimiento

Si bien trabajamos en forma particular algunas supuestos de desigualdad más corrientes en el ámbito latinoamericano, advertimos que en la mayoría de los casos no se producen por una sola cuestión sino por una pluralidad. Se trata de casos de ***discriminación múltiple*** o ***discriminación intersectorial***. De esta manera, los grupos sojuzgados padecen una situación compleja, que afecta distintos aspectos de su vida (social, educativo, laboral etc.) que no es fácil revertir, tornándose insuficiente las políticas públicas unidireccionales (es decir, aquellas que atacan sólo una de las causas de discriminación), pues se requieren políticas integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos.[62]

En el análisis de la jurisprudencia detectamos, asimismo, que en la mayoría de los casos donde se requieren remedios estructurales los grupos se encuentran afectados por una situación de grave pobreza, situación a la que se le suma una o varias causas de desigualdad. De esta manera, la pobreza se convierte en una causa transversal potenciando otras. Un caso que toma en cuenta esta situación es la sentencia T-025/04 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que utiliza la categoría "estado de cosas inconstitucional" para describir la situación en que viven más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en Colombia. Resolvió que la incapacidad estatal para impedir la vulneración masiva, generalizada y sistemática de derechos implica una situación de dominación incompatible con los estándares del estado democrático de derecho. Así la Corte descarta la perspectiva formal sobre la igualdad, afirmando **la necesidad de la intervención estatal ante desequilibrios estructurales puesto que**

62. Góngora, M. "Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Ronconi, Aldao, *Derecho a la salud desde la perspectiva del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 (en edición).

(…) a menos que las limitaciones y desigualdades reales a las que el hombre está sujeto en su vida cotidiana sean efectivamente contrarrestadas mediante actuaciones positivas y focalizadas por parte de las autoridades, la libertad e igualdad del ser humano no dejarán de ser utopías abstractas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar.[63]

5.1. Nacionalidad, migrantes: ¿diálogo para armar entre la CorteIDH y los tribunales internos?

El desafío de la igualdad para sacar a los grupos de extranjeros y migrantes de situaciones de dominación en América Latina y el Caribe tiene que ser leído en clave de no sometimiento. Como advertimos anteriormente, cabe preguntarse en qué medida la jurisprudencia interna puede ser un canal adecuado para plantear reclamos de igualdad como no dominación. En este sentido, podemos someter la pregunta al caso "Reyes Aguilera", un caso paradigmático – aunque por ahora excepcional en la jurisprudencia interna – resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina. Si bien el modelo dominante sigue siendo el de no discriminación arbitraria, el voto concurrente de Fayt y Zaffaroni dan cuenta de consideraciones desde la desigualdad como no dominación.[64] En el caso se trata de una niña de nacionalidad boliviana residente en Argentina con una discapacidad que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente, y alimentarse por cuenta propia. Sus padres solicitaron al Estado argentino una pensión "por invalidez" para la niña, la que le fue denegada porque el art. 1.e del decreto 432/1997 establecía respecto de las personas extranjeras un plazo mínimo de residencia de 20 años, para el otorgamiento de una pensión "por invalidez". Dicho decreto tenía como objetivo "cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la subsistencia misma de la persona… carente de recursos o amparo", situación en la que se encontraba la niña. Caracterizamos a este caso como paradigmático porque si bien el plazo mínimo de residencia alcanza a todos los extranjeros, repercute especialmente en los extranjeros en situación de vulnerabilidad, en este caso una niña: proveniente de un país limítrofe (Bolivia), en situación de discapacidad severa y de pobreza. Si bien la Corte Argentina declaró que el recaudo de residencia era inconstitucional, cuando se encontraren reunidos los otros requisitos (invalidez y pobreza), los votos de los magistrados tuvieron un eje argumentativo diferenciado. Los jueces Petracchi y Argibay se apoyaron en el argumento de la igualdad como no discriminación en la versión del escrutinio estricto. Sostuvieron la presunción

63. Sección 8.1.
64. Por lo demás, no suelen llegar gran cantidad de casos a los estrados judiciales aunque organismos públicos y ONGs informen sobre las situaciones de discriminación y de dominación que padecen varios grupos de migrantes en la región. Al respecto, v. Asa/Ceriani Cernadas, 2010, *op. cit.*

de inconstitucionalidad de toda categoría que distingue sobre la base de criterios prohibidos, categoría sospechosa (art. 1º CADH): establecieron que la norma sólo sería válida si superaba un test de escrutinio intenso, recayendo en cabeza del Estado la carga de justificar que no existían alternativas menos lesivas para los fines que se intentaban alcanzar mediante la norma impugnada.[65] En el caso, los argumentos brindados por el Estado Nacional "resultan ineficaces para revertir la presunción de inconstitucionalidad de la norma en cuestión".[66] El juez Maqueda sostuvo que si bien la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, esto no releva al legislador de establecer requisitos razonables, es decir que no impliquen desconocer el derecho. En el caso, "es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional … ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino".[67] Vemos que en ninguno de estos votos se agregó el "dato sociológico"[68] de la situación social que suelen padecer los migrantes de países limítrofes en Argentina como grupo desplazado. Sin embargo, es en el voto concurrente de los jueces Fayt y Zaffaroni donde se dejan encontrar indicios de la concepción de igualdad como no dominación. Argumentaron que el requisito de 20 años de residencia implica un desconocimiento de la seguridad social, derecho que se encuentra íntimamente vinculado con la vida, "cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas" (cons. 7), más aún cuando se trata de la protección de los "más débiles".[69] En el caso, aún cuando los jueces no lo mencionan expresamente, la debilidad consistía en ser una niña con discapacidad y en estado de pobreza (art. 75 inciso 23). Los jueces en este punto "dialogaron" con el caso "Villagrán Morales", de acuerdo con nuestra interpretación, a fin de establecer las obligaciones estatales para desarmar las prácticas sistemáticas de exclusión social y económica que mantienen como un grupo sojuzgado a los "niños de la calle", en este caso la niña migrante con discapacidad severa.

65. Consid. 11 con cita de "Gottschau".
66. Consid. 12.
67. La minoría formada por los jueces Highton y Lorenzetti sostuvo que la distinción era constitucional ya que el otorgamiento de una "pensión por Invalidez" constituye una facultad discrecional del Congreso, órgano que está facultado para imponer distintos requisitos y condiciones. Para un análisis crítico, v. Gargarella, 2007, *op. cit*.
68. Saba, R., 2007, *op. cit*.
69. "Por un lado, la relativa a que, según lo tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico" (Caso de los "Niños de la Calle" [Villagrán Morales y otros], sentencia del 19/11/1999, Serie C N° 63, párr. 144). Las necesidades de protección de los "más débiles" – acotaron los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en su voto concurrente conjunto – "requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna" (párr. 7)."

Sin embargo, nos preguntamos, cuál habría sido la fundamentación de la Corte si el diálogo hubiera incluido la jurisprudencia de la CorteIDH recaída en el caso de las niñas Yean y Bosico que habla de la situación de dominación que padecen los migrantes haitianos en República Dominicana. La CorteIDH encara el caso como uno de igualdad estructural (ampliando tal vez su concepción de igualdad cercana aún a la de no discriminación arbitraria). Incluye el "dato" sociológico de la situación de los migrantes haitianos, como grupo desplazado:

> las primeras grandes migraciones de haitianos hacia la República Dominicana ocurrieron durante el primer tercio del siglo 20, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos azucareros de aquel país… Muchos migrantes haitianos pasaron a vivir de forma permanente en la República Dominicana, constituyeron familia en este país y ahora viven con sus hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos de ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en la República Dominicana. [Sin embargo,] **la mayoría de los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana viven en condiciones de pobreza en zonas conocidas como bateyes, que consisten en asentamientos de trabajadores agrícolas, que se ubican en torno a las plantaciones de caña de azúcar. En esos lugares los servicios públicos básicos son escasos**...[70]

Incluso para la comprensión de la petición de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico contra la República Dominicana se detuvo en la situación en las que las madres haitianas suelen dar a luz a sus hijos en República Dominicana; sin embargo, sin incluir una perspectiva de género, que hablara de las mujeres haitianas como mujeres desaventajadas, sino más bien de haitianos en situación de desventaja:

> conciben en sus casas, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía "pedánea" y ser deportados. Esto conlleva a su vez a que los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana recurran al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana.

En el caso de las niñas Yean y Bosico el Estado negó la nacionalidad, solicitada mediante el procedimiento de declaración tardía, a pesar de que las niñas habían nacido en territorio dominicano. La CorteIDH identificó que la falta de reconocimiento de la nacionalidad ponía a las niñas en una situación de peligro inminente de ser expulsadas del país; además, no podían ingresar a la escuela ni acceder a servicios de salud y asistencia social por carecer de un documento de identidad. La Corte resolvió que el Estado Dominicano violó los derechos a la adopción de medidas de protección,

70. CorteIDH, Caso de la *Niñas Yean y Bosico vs. Rep. Dominicana*, 8/9/2005.

a la igualdad y no discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos de ciudadanía debido a su ascendencia. La Corte estableció que

> la importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el indivíduo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.

En consecuencia, ordenó al Estado la adopción de medidas para revertir la situación de discriminación histórica en sus sistemas de registro de nacimientos y su sistema educativo y, en particular, la adopción de un procedimiento sencillo, accesible y razonable, para que los niños dominicanos de ascendencia haitiana obtengan su certificado de nacimiento. En este sentido, para sostener qué debe tener en cuenta el Estado cuando se produce la inscripción tardía de nacimiento, vuelve a incluir la situación de sojuzgamiento que *viven los niños fruto de una serie de prácticas que se acumulan sobre este grupo*; por ello:

> **deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana**. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana. Al respecto, la identificación del padre o de la madre del niño no puede estar limitada a la presentación de la cédula de identidad y electoral, sino que el Estado debe aceptar, para tal fin, otro documento público apropiado, ya que la referida cédula es exclusiva de los ciudadanos dominicanos.

Entonces, este caso, resulta paradigmático por dos cuestiones. Por un lado, la CorteIDH no sólo reconoce la situación de dominación que padecen los niños haitianos o dominicanos con ascendencia haitiana, sino que también ordena al Estado tomar medidas de acción positiva. En este sentido, si se leen las medidas reparatorias (apartado C), se puede ver cómo el caso incluye consideraciones para revertir una situación de sometimiento que padecen los niños y niñas incluidos los migrantes. La CorteIDH le exigió al Estado que garantice el acceso a la educación primaria y gratuita a todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen. Estas medidas se convierten en medidas transformativas, que intentan quebrar la situación de desigualdad que atraviesan estos niños en el camino de la igualdad real. Por otro lado, la CorteIDH habla de cómo la falta de acceso a la nacionalidad o el desconocimiento de la igualdad entre nacionales y extranjeros en la legislación interna aunque las Constituciones consagren iguales derechos para nacionales y extranjeros – sin obligación de nacionalización –, afecta otros derechos que hacen a lo que la CorteIDH llama "condiciones de existencia digna" ("Villagrán Morales").

5.2. Etnia: las voces provenientes de la jurisprudencia interna

En América Latina y el Caribe conviven diferentes grupos étnicos, siendo, las comunidades indígenas o pueblos originarios, la población afrodescendiente y la población asiática[71] "objeto" de discriminación continua en la región. Con la ola de reformas constitucionales que se da a partir de los años 1980 en muchos de los países latinoamericanos se incorporan a las constituciones disposiciones de reconocimiento de derechos de las comunidades originarias, y se reconocen como países multilingües y multiculturales,[72] como asimismo se establece la necesidad de realizar acciones afirmativas para lograr erradicar la desigualdad estructural que padecen los miembros de estas comunidades (en el acceso a la salud, la educación, la seguridad social, la participación política, entre otros). Respecto de las comunidades de pueblos originarios o indígenas, hemos desarrollado en otro trabajo una reconstrucción de la jurisprudencia de la CorteIDH desde la concepción de igualdad como no sometimiento incluidas las perspectivas de la redistribución y el reconocimiento[73]

Sin embargo, más allá de comunidades indígenas, consideramos que la jurisprudencia de los tribunales internos arroja sentencias nutritivas para el diálogo interjurisdiccional en tanto se dejan reconstruir como igualdad como no sometimiento. En especial, nos referimos a la jurisprudencia sobre afrodescendientes. Los afrodescendientes constituyen una fracción muy significativa de la población regional, representan entre el 20 o el 30%, la totalidad o una gran cantidad de esta población se encuentra en una situación de pobreza mayor que la que padecen otros grupos.[74]

71. Respecto de la situación actual en América Latina y el Caribe de la población asiática (chinos, taiwaneses, coreanos etc.), los informes no son abundantes, como tampoco lo son las sentencias que se refieran a la desigualdad que padecen. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en la sentencia Nº 14852 del 06/10/2006 condena a Ferreterías El Mar Sociedad Anónima por el trato discriminatorio impartido a Tin Wong Yin. Wong acudió al local de Ferretería, a fin de adquirir algunos artículos, ya en el local fue interpelado por un empleado para que se retirara del lugar alegando que "aquí no queremos el ingreso de orientales". Wong solicitó que le explicaran las razones que fundamentan ese trato. El empleado simplemente respondió llamando a un oficial de seguridad quién obligó a Wong – arma en mano – a abandonar el local. La Sala Constitucional sostuvo que la discriminación contra Wong se fundó en "*razones étnicas*", lo que implica un examen de igualdad riguroso que no fue desvirtuado por la empresa. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció en el caso "Ani, I-Hsing s/ carta de ciudadanía" (23/06/2009). Estableció que no es un requisito la residencia *legal* para obtener la ciudadanía argentina, ya que la ley sólo habla de residencia sin hacer distinciones. En el caso, se trataba de un ciudadano de nacionalidad china que vivía en el país desde hacía varios años y que había solicitado la carta de ciudadanía en varias ocasiones, siendo esta negada por la dependencia estatal de migraciones que alegaba que su residencia no contaba porque habitó en el país en situación ilegal.

72. En este sentido, art. 7 Constitución de Colombia; Art. 1 Constitución de Ecuador; Art. 1 Constitución de Bolivia.

73. Aldao/Clérico, *op. cit.,* 2011.

74. *Políticas públicas para el avance de la población afrocolombiana: revisión y análisis*, publicación del Proyecto Regional "Población afrodescendiente de América Latina" Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010, disponible en www.afrodescendientes-undp.org. Fecha de consulta Julio 2011; Rangel, Marta "La población afrodescendiente en América Latina y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Un examen exploratorio en países seleccionados utilizando información censal" en *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas,* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2006.

Incluso se ha explicitado en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: "La situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra… ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural".[75]

Para salir de esa situación de dominación, se requieren acciones afirmativas, y nuevamente tal como sostiene la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T- 1090/05, como forma de: "asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Y luego se pronunció respecto de algunas acciones en particular y diagnosticó, que

> existe consenso en que la formación escolar general no es un bien distribuido en forma equitativa en América Latina y, en el caso de los afrodescendientes en muchos de los países de la región, les lleva a enfrentar dificultades para acumular 'capital humano', lo que se refleja en su inserción laboral y en sus ingresos. La discriminación presente en el ingreso a la formación escolar general o en el acceso a la calidad de esta formación aumentará cuando las personas víctimas de la discriminación entren a 'competir' en el empleo y la ocupación. Así, pronosticó como acción afirmativa que 'la formación escolar es el punto de partida para acceder a más educación y mejores empleos'.[76]

A su vez, la reducción de la brecha de desigualdad requiere además **la inclusión de la mirada de igualdad en clave de reconocimiento**. La Corte Constitucional Colombiana analiza una acción positiva redistributiva a nuestro entender bajo la perspectiva de la desigualdad por falta de reconocimiento. Así, para determinar si alguien pertenece o no a la comunidad étnica no se trata sólo de definirlos desde la posición etnocéntrica dominante acerca de la constitución del "otro", se requiere reconocer la voz concreta de ese otro (respecto de las dos primeras sentencias siguientes) y de hacer todos los esfuerzos posibles para incluir en la participación a ese otro (respecto de la tercera sentencia). La Corte sostiene que:

> al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas… *prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente*. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario. Hablar de protección de la comunidad negra, de manera exclusiva y excluyente por su color de piel es un acto discriminatorio.

75. Sentencia T 422/96, Corte Constitucional Colombiana.
76. Rangel, 2006, *op. cit.*

De esta manera, el "aspecto racial" no debe ser un factor determinante para reconocer al sujeto como perteneciente a una determinada comunidad étnica. Más allá de este caso puntual y en clave de reconocimiento, recientemente, en varios censos y encuestas de los países de América Latina se ha hecho operativa la identificación de los grupos étnicos a través de los criterios de la *lengua materna* y de la *autopertenencia* o *autoidentificación*.

Asimismo en la línea del reconocimiento, en la sentencia T-375/06, se pronunció en contra de la exclusión de una persona afrocolombiana del alcance de una medida de acción positiva para el acceso a la educación superior. En el caso, la peticionante, Nellys Mejía Moreno, se presentó ante la Universidad del Magdalena para ser admitida en la Facultad de Medicina en su calidad de afrocolombiana, calidad que había sido reconocida por la Organización de Comunidades Afrocolombianas de la Zona Bananera. Dicha Universidad tiene un Acuerdo con las comunidades afrocolombianas (Nº 0024-01), conforme el cual el establecimiento debe admitir a un estudiante afro en cada Facultad, siempre que el mismo alcance un determinado puntaje.[77] En este sentido, esta medida constituía una acción positiva respecto de la comunidad afro. Mejía Moreno había rendido el examen de admisión y alcanzado un puntaje mayor que el mínimo exigido quedando en el primer puesto en la lista de aspirantes, sin embargo no fue admitida. En consecuencia, Mejía Moreno inició una acción judicial porque encontraba la no admisión contraria a su derecho a la igualdad. La Universidad demandada alegó que "durante la entrevista se encontró que la certificación de la pertenencia a la comunidad afrodescendiente no coincidía con la realidad, pues la fisonomía de la actora no corresponde a la de negritudes. Indica que, debido al mestizaje, la gran mayoría de "costeños" son en alguna medida afrodescendientes. No obstante, es claro que existen personas que no han tenido mayor mestizaje que sufren tratos inequitativos y pobreza. Este grupo de personas ha conservado sus tradiciones e identidad y merece especial trato". Asimismo, adujo que había sido admitida otra persona afro en la universidad (la que obtuvo el puesto posterior al de Mejía Moreno).

Al respecto la Corte sostuvo que las acciones positivas en materia educativa no pueden ser obstaculizadas por las autoridades encargadas de desarrollar los programas. Pese a que Mejia Moreno reunía todos los requisitos, como su fisonomía física no encajaba con los rasgos típicos (principalmente, color de piel) no fue admitida en la Universidad. Sostuvo la Corte que esto implica un trato discriminatorio contrario

77. Acuerdo Superior N. 0024 de 2001: "Artículo 4. La Universidad continuará asignando… un cupo especial en cada programa de formación profesional, para bachilleres procedentes de comunidades afrocolombianas con asiento en el departamento del Magdalena. Artículo 5. Los aspirantes inscritos para competir por el cupo especial descrito en el artículo anterior, deben ser presentados por las autoridades comunitarias debidamente reconocidas… y competirán con los demás bachilleres inscritos bajo la condición de afrocolombiano, por el cupo especial. El ganador será, entre todos ellos, el que obtenga el puntaje más alto en el examen de admisión dentro del programa para el cual se inscribió el aspirante, siempre y cuando el resultado en el mismo sea igual o superior al 30% del valor total establecido".

al art. 13 de la Const. Colombiana y ordenó que se admitiera a Mejía Moreno en la Facultad de Medicina. La inconstitucionalidad de la no admisión de Mejía Moreno no desaparece por el hecho de que la Universidad haya aceptado a otra persona de la comunidad afro, pues esta admisión se realiza en otro programa de formación profesional (ingeniería pesquera).

La misma postura es seguida por la Corte Colombiana en el caso de representantes de las comunidades afrodescendientes en las Juntas Educativas. La Sentencia T 422/96 se origina porque el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital – DASED – se había abstenido de designar en la Junta Distrital de Educación, el representante de las "comunidades negras".[78] Alegaba que en la zona de Santa Marta no existían poblaciones de tales características. La Corte Constitucional colombiana ordenó la designación de un representante de comunidades afro al interpretar que:

> al regular la composición y fines de las juntas distritales de educación, [se] introdujo una medida de igualdad promocional general, dirigida a favorecer a la comunidad negra…Una forma de asegurar que hacia el futuro la educación no sea un campo de discriminación, puede ser, como lo intenta la ley, que representantes de la población negra tomen asiento en la juntas distritales de educación, junto a los representantes de otros grupos y sectores de la sociedad y del Estado.

La concepción de igualdad como no dominación empieza a abrir caminos jurisprudenciales también en Brasil.[79] En este sentido, "los esfuerzos por combatir el racismo en Brasil han venido incursionando de manera creciente en el terreno del derecho. Primero se buscó establecer una legislación rigurosa que garantizara la severa punición de los actos racistas, y fue paulatinamente especificada y ampliada".[80] Dicha legislación fue la base para el dictado de sentencias que condenan los actos racistas. Sin embargo, estas medidas resultan insuficientes para lograr la igualdad de condiciones de la población afrodescendientes. Por ello se adoptan políticas compensatorias, tanto en el ámbito estatal como municipal, que implican el acceso preferencial de afrodescendientes a determinadas posiciones (por ejemplo, ley de cuotas en las universidades). Estas acciones constituyen "medidas jurídicas preventivas y transformadoras, destinadas, por ejemplo, a garantizar un ejercicio igualitario de los derechos a la educación, al trabajo y a la libre búsqueda de formas de vida culturales."[81] Sin embargo, estas medidas han sido cuestionadas alegando que implican discriminación pues se fundan en criterios prohibidos. El problema aquí es que se parte de una concepción

78. Dispuesto por el art. 2º de la Resolución 507/95.
79. V. CIDH, Informe sobre el caso "Simone André Diniz" c. Brasil (2006) sobre la dicriminación que sufrió una mujer afrodescendiente al buscar trabajo.
80. Werle, Denílson *et al*. "El Horizonte de la política – Brasil y la agenda contemporánea de investigación en el debate internacional", México: CIESAS (Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social), 2011.
81. Ibidem.

insuficiente de igualdad, es decir, como no discriminación; opacando considerar la situación de desigualdad estructural de hecho que padecen los afrodescendientes y que requieren de medidas de acción positiva a favor del grupo marginado. En este sentido, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 3.330-1 del Distrito Federal el Juez (relator) Carlos Ayres Britto se manifestó a favor de la constitucionalidad de la Ley nº 11.096, de 13/01/2005 por la cual se instituía el *Programa Universidad para Todos – PROUNI*, siendo el objetivo principal el financiamiento del estudio de los afrodescendientes y las personas de comunidades indígenas en las universidades privadas desde una visión de la igualdad como no dominación en clave de redistribución y reconocimiento.[82] Por un lado, remarca la importancia que tiene la educación para el ejercicio de la ciudadanía y la calificación para el trabajo – como un derecho social (art. 6 CN brasilera). En este sentido, el Estado debe garantizar el acceso a los niveles más elevados de enseñanza (art. 205 inc. V), debiendo ser, a su vez, una de sus políticas públicas de primerísima prioridad. Afirma que la normativa impugnada, tiene como objetivo: (a) el fácil acceso de estudiantes en desventaja económica a la educación universitaria; (b) el desempeño de las entidades de asistencia social en la educación superior. Por otro lado, en su voto el juez resalta las implicancias del derecho a la igualdad y la no discriminación, como asimismo el efecto y la necesidad de establecer acciones positivas. Estas implicancias incluyen una combinación de la perspectiva del reconocimiento y como esta falta impactó en la distribución. Así, sostuvo que la distinción se funda en factores históricos y culturales, ya que estos sectores brasileños ("negros e indios" en palabras del juez) han sido históricamente desfavorecidos, culturalmente perseguidos e incluso asesinados. No es coincidencia que se encuentren en los sectores patrimoniales más bajos de la pirámide social (cons. 40). Por esto, la distinción *a favor* de los estudiantes que asistieron a las escuelas públicas y los graduados de las escuelas privadas que han obtenido una beca completa no ofende la Constitución, porque es un desequilibrio que implica una compensación de la previa desigualdad de hecho (cons. 41).

Vemos entonces que hay jurisprudencia disponible para que los tribunales y la CorteIDH continúen reforzando el diálogo interjurisdiccional. Si bien existen avances en lo que respecta al reconocimiento de la igualdad de la población afrodescendiente, dicho grupo sigue padeciendo de una situación de opresión intersectorial, existiendo una estrecha relación entre desigualdad, pobreza y etnia. Esta situación impone la necesidad de adoptar políticas públicas no solo reparadoras sino principalmente transformativas que impliquen avances importantes en el goce de la igualdad real de condiciones. Por supuesto, que en las consideraciones de estos reclamos no se

82. Debe tenerse presente que el sistema de decisiones de Brasil es individual. Obtenidos todos los votos, la decisión final es la suma de los votos individuales.

puede perder la perspectiva del reconocimiento que "plantea el reto de construir una sociedad respetuosa de las diferencias entre personas y grupos distintos entre sí."[83]

5.3. Edad ¿un diálogo para reforzar?

Es común ver que el legislador utilice la edad como criterio para establecer diferencias de trato, por ejemplo, para obtener la licencia de conducir automóviles, para votar, para ejercer cargos electivos. De esta manera, no surge a primera vista que la edad sea un criterio que nos haga sospechar de la clasificación que arroja la norma.[84] Así, varias Cortes constitucionales han confirmado la constitucionalidad de normas que usan como criterio válido de selección la edad. En este sentido, los tribunales superiores han decidido casos en los que se atacaban normas en las que la edad era utilizada como un límite máximo para continuar en un trabajo. Estos casos fueron resueltos aplicando el principio de no discriminación bajo utilización de un examen de igualdad entre leve e intermedio.[85]

Sin embargo, la edad se torna relevante para identificar a grupos desaventajados que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural:[86] niños y niñas, por un lado, y personas ancianas, por otro. Es cierto que la situación de vulnerabilidad de estas personas es aún peor si además se encuentran en situación de pobreza, de discapacidad, pertenecen a una etnia discriminada, son mujeres o niñas (discriminación intersectorial).[87] En este sentido, debe resaltarse que tantos niños y niñas como personas ancianas fueron identificados por varias constituciones de la región e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos[88] como colectivos dignos de "una mayor protección", en clave de medidas de acción positiva para el ejercicio real de derechos en igualdad de condiciones.

Respecto de las personas de edad avanzada la "vulnerabilidad" no se basa simplemente en la edad de las personas sino

en una generalizada precariedad de los dispositivos de protección establecidos por los Estados. En otros casos, son expresión de una abierta desigualdad en función de los

83. Arango, R., Diversidad étnica, igualdad y derechos humanos. *Revista de Antropología y arqueología,* v. 34 (2003), p. 25.
84. Para una crítica de la aplicación de este análisis a las distinciones por edad, v. Schvartzman, Sebastián, "¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?", *La Ley* 2002-F-455.
85. CSJN Argentina Fallos 307:1963 del 15/10/1985; Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU-642 de 1998, fundamento 6; SU-337 de 1999, fundamento 26 y Sentencia C-676 de 1998.
86. V. Treacy, G., "Categorías sospechosas y control de constitucionalidad", en *Lecciones y Ensayos*, *Dossier de Igualdad*, Facultad de Derecho/UBA, Buenos Aires, 2011. Agrega incluso que algunos ordenamientos locales incluyen a la edad como motivo especialmente prohibido de discriminación. Tal es el caso del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tuvo oportunidad de referirse a la edad, fijada como requisito restrictivo de derechos, en el caso "Salgado, Graciela B. c/ GCBA" del 21/11/2001 (disponible en www.tsjbaires.gov.ar).
87. Ver Góngora, *op. cit*.
88. Parra Vera, O. *et. al*., *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, IIDH, San José, C.R., 2008.

> ingresos o bien de una escasa consideración de las necesidades de este grupo social como un asunto de política pública, producto de la arraigada concepción de que los problemas de la vejez son de orden privado y no objeto de solidaridad colectiva.[89]

Esto ha llevado a que los Estados implementen diversas medidas de acción positiva.[90] En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha marcado la necesidad de establecer acciones positivas a favor de este grupo, más aún cuando se encuentran afectados por otra causa de vulnerabilidad, el desplazamiento forzado. Así se sostuvo que

> por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia …quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económica, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; (…) En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados (…).[91]

Asimismo, la Corte Constitucional de Ecuador se ha expedido sobre las medidas de acción positiva implementadas a favor de las personas ancianas de menores ingresos.[92] Por ejemplo, en un caso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una norma referida al personal de la Administración Pública en la cual se establecía "que los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América". La Corte entendió que la norma no implicaba una discriminación arbitraria, pues la diferenciación realizada por el legislador se traduce en igualdad a través de acciones positivas, las cuales son: permitir el reingreso al sector público de todos aquellos jubilados que perciban una renta mensual baja. Por ello, considera que se está frente a un caso legítimo de discriminación positiva, que establece ventajas para un grupo desventajado ("*jubilados y pensionistas del sector público que menos renta perciben por concepto de jubilación")* para alcanzar igualdad material. En este caso, vemos incluso que la Corte amplía la mirada respecto del mandato de igualdad como no dominación bajo la perspectiva de la función distributiva de la medida de acción positiva, ya que no aplica un examen de escrutinio estricto

89. Huenchuan, Sandra (Ed.), *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL), Santiago de Chile, abril de 2009.
90. Ver por ejemplo, Sentencia T-989 de 2005, de la Corte Constitucional de Colombia. Asimismo Sentencia T-012/11.
91. Sentencia T-025/04. Igual criterio han seguido los tribunales superiores cuando se trata del acceso a medicamentos de las personas de edad avanzada. Ver por ejemplo, CSJN, "Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", "Parraga Alfredo c/ INSSJ y P (ex PAMI) s/amparo" y "Papa Estela Ángela c/ I.N.S.S.J y P. s/amparo", todos del 16/05/2006.
92. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 007-10-SIN-CC.

cuando la edad es utilizada para **mejorar** la situación del grupo que se encuentra en peores condiciones de ejercicio de derechos.

Ahora bien, si la vejez es utilizada para empeorar la situación de los que están en peores condiciones, entonces, corresponde realizar un examen más cuidadoso de la clasificación. La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se mueve en este sentido, es decir, cuando el tránsito hacia la vejez puede ser tomado como una imagen estereotipada de la persona que lleva a una discriminación arbitraria. La Corte parece hablar de remover obstáculos normativos o interpretativos que tomen a la vejez como causal de discriminación. Este criterio fue utilizado para justificar la sentencia T-394 de 1999 (MP Martha Victoria Sáchica de Moncaleano). En el caso una persona de 57 años había sido suspendida como conductor por una cooperativa de transportes, por la única razón de haber superado los 50 años de edad, que era el límite previsto por los estatutos de la cooperativa para el ingreso de conductores. La Corte consideró que esa medida era discriminatoria, pues el actor era una persona con plenas capacidades físicas y mentales para desempeñarse como conductor. La sentencia no sólo ordenó a la entidad reintegrar al peticionario en su condición de conductor sino que, además, le exigió ajustar los estatutos a la Constitución, ya que: "Tampoco aparece demostrada razón alguna que sustente el trato diferente del cual ha sido objeto el actor en virtud de su edad, pues su productividad, prudencia o salud, no difiere de las que puede predicarse respecto de personas con edad menor a 50 años de edad y como lo indicó el juez de tutela, constituye ésta una edad en "extremo precoz" para dar muerte laboral a una persona, pues a esa edad se es apto para ejercer cualquier profesión u oficio, contándose inclusive con mayor experiencia y buen juicio". Descartó por basarse en un estereotipo el argumento ofrecido por el representante de la empresa accionada para justificar la naturaleza de la cláusula estatutaria restrictiva, en razón a que las personas mayores de 50 años sufren a menudo de "soberbia" y esto podría acarrear problemas de responsabilidad a la empresa, y en clave de igualdad como no dominación desde la perspectiva de reconocimiento sostuvo que, desconoce:

> la realidad personal y social de muchos colombianos y colombianas que han alcanzado dicha edad y que aún se mantienen en condiciones física y síquicas aptas para trabajar. Las anteriores consideraciones dan lugar a una merecida reivindicación del derecho de este grupo de ciudadanos, considerados de edad adulta, a no ser desplazados socialmente por virtud de la edad y a ser tenidos en cuenta en su aptitud para trabajar al servicio del desarrollo personal y del país, lo cual resulta igualmente válido para el presente caso.[93]

Es necesario destacar que en lo que respecta a las personas ancianas

93. Lo mismo se sostuvo en la SU-224 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara).

> los órganos interamericanos de derechos humanos – la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos – han desempeñado hasta la fecha un papel relativamente limitado con respecto a los derechos de las personas de edad (…) Constituyen excepciones a esta regla general las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Cinco pensionistas vs. Perú (2003) y Acevedo Buendía y otros vs. Perú (2009)[94-95].

En ellas, la Corte sólo se expidió respecto del "derecho de propiedad en un sentido que abarcaba la prohibición de modificar la prestación de jubilación mediante enmiendas a las regulaciones internas con posterioridad a la fecha del retiro".

El otro grupo de personas que históricamente ha sufrido estados de sometimiento por su edad es el conformado por niños y niñas. Nuevamente la situación de desigualdad afecta con mayor intensidad y especialmente a niños y niñas en estado de indigencia o pobreza y/o en situación de discapacidad[96] y/o afrodescendientes y/o de comunidades indígenas y que habitan zonas rurales.[97] Varios Estados de América Latina y el Caribe han ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño y cuentan en sus Constituciones y legislación con normas que especialmente hablan a favor de los derechos de niños y niñas. Incluso ha sido reconocido por la CorteIDH en la OC Nro. 17 (párr. 60) e invocado en diferentes sentencias dictadas por el mismo organismo que en los casos que involucran a niñas y niños el Estado, además de las obligaciones señaladas para toda persona, "debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño".[98] Incluso, ha advertido la Corte Suprema Argentina, que cuando se encuentre en juego el interés superior de los menores se deben dejar de lado los formalismos y buscar una solución urgente al problema.[99]

Por otro lado, es de aplicación en la región un examen estricto de igualdad cuando la clasificación se basa en la menor edad de los sujetos y sea en perjuicio de ellos. En

94. CorteIDH, "Caso de 'cinco pensionistas' *vs*. Perú (méritos, reparaciones y costas), sentencia del 28/02/2003", Series C, n. 98./ 2 CorteIDH, "Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') *vs*. Perú" (objeciones preliminares, méritos, costas y reparaciones), sentencia del 01/07/2009, Series C, n. 198.
95. Los derechos de las personas mayores. Materiales de estudio y divulgación Módulo 2: "Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional", Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población/ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), disponible en http://www.eclac.cl/celade/noticias/documentosdetrabajo/4/43684/Modulo_2.pdf. [Fecha de consulta, julio, 2012].
96. En este sentido, se puede leer el caso Quisbet Castro, resuelto por la CSJ argentina ver Apartado 5.4 de este trabajo.
97. Ver referencia al caso Yean y Bosico, analizado anteriormente.
98. CorteIDH caso "Instituto de Reeducación del Menor" *vs*. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2/09/2004, párr. 160. Esto ha sido reiterado por la misma Corte en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/08/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño; en el caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs*. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19/11/1999; en el caso Bulacio *vs*. Argentina. Sentencia del 18/09/2003.
99. Corte Suprema argentina, caso Maldonado del 23/11/2004, Fallos 327:5210; caso Lifschitz del 15/6/2004, Fallos 327:2413. Lo mismo parece surgir del caso Yean y Bosico resuelto por la CorteIDH.

este sentido, en la Sentencia T-447/05 la Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la edad como criterio de clasificación en relación con el derecho a la permanencia en el sistema educativo aplicando un examen de igualdad bien intensivo, en tanto se excluía a niños pobres de lo que se garantizaba a quienes se encuentran en mejores condiciones económicas y sociales. A su vez obligó al Estado a implementar medidas de acción positiva para mejorar el acceso de los niños y niñas – de zonas rurales y pobres – a la educación secundaria. Se trata en el caso de unos niños que no pueden asistir a la educación básica formal por cuanto el único colegio de bachillerato que existe en la región y el más cercano a ellos, se encuentra a más de cuatro horas de camino. Sus padres, trabajadores rurales y en condiciones económicas de pobreza, iniciaron acción de tutela contra el Estado para lograr que sus hijos fueran admitidos en el sistema SAT (Sistema de Aprendizaje Tutorial), ya que la Secretaría de Educación Departamental le había denegado la petición de inscribirlos. Una norma dispone pues que ese sistema sólo está disponible para los educandos a partir de los quince años de edad. Los niños se encontraban terminando su educación básica primaria con edades que oscilaban entre los diez y los doce años de edad. En la sentencia T-612/06 la Corte afirma que:

> por mandato constitucional el Estado debe de ofrecer y garantizar el acceso y permanencia en el sistema de educativo, pero, además, jurisprudencialmente, se ha señalado que no pueden existir limitaciones discriminatorias que imposibiliten a las personas interesadas en formarse académicamente el acceso al conocimiento. Las únicas limitaciones aceptables serán aquellas que por razones de técnica académica y metodología del aprendizaje influyan de manera positiva, para que los educandos aprovechen y se beneficien al máximo del proceso educativo. **En esta medida, la edad, como factor de clasificación de los sujetos activos en el proceso educativo, puede tomarse como criterio de categorización del alumno en alguno de los niveles del sistema nacional de educación, ya sea bajo el esquema de una educación formal o no, pero no podrá servir para excluir o no permitir el acceso del estudiante al sistema educativo. Si ello ocurre se impone un trato discriminatorio, violando en consecuencia el derecho a la igualdad. Circunstancia que se presenta en este caso, pues se imposibilita a los menores de 15 años, que han terminado su educación primaria o que están próximos a ello, continuar su proceso formativo.**

La Corte concluye que no puede aceptarse el argumento de la edad para excluirlos basados en el grado de madurez y responsabilidad de los estudiantes, características éstas que se adquirirían, según la norma atacada, a partir de los quince (15) años de edad. Para la Corte el solo deseo de permanencia en el sistema educativo expuesto por los accionantes debe ser tenido en cuenta como criterio de madurez para admitir a los niños al programa. Como remedios – en clave de una perspectiva de igualdad estructural – ordena que la Secretaría de Educación implemente procesos educativos, de educación básica secundaria, continuos y completos que consideren las condiciones

geográficas en que se localiza la potencial población estudiantil, así como sus condiciones económicas y sociales. Pero mientras esto no ocurra, los niños y niñas de la región deberán ser admitidos a la única alternativa viable para continuar con su proceso educativo, hasta la fecha.

Tenemos entonces que el diálogo entre los tribunales locales e internacionales ha sido escaso en lo que refiere a la desigualdad por la edad avanzada de las personas, siendo los primeros quienes llevan la voz en la materia. Así, es de esperar que la CorteIDH dialogue con la jurisprudencia de los Tribunales internos en lo que respecta a esta causa de discriminación cuando tenga nuevas oportunidades de pronunciarse sobre el tema.

Sin embargo, en lo que respecta a la menor edad los tribunales nacionales han podido dialogar (expresa o implícitamente) con la Jurisprudencia emanada de la CorteIDH y han reconocido la desigualdad que padecen los niños y niñas, aunque la mayoría de los casos no fueron resueltos atendiendo al colectivo que resultaba afectado e imponiendo en el Estado la obligación prioritaria de atender a ese sector, sino que fueron resueltos como casos puntuales,[100] no tomando en consideración que la reiteración de los reclamos devela insuficiencias estructurales que implican una desigualdad para niños y niñas de las cuales es difícil escapar.[101]

En este sentido, la CorteIDH fue muy clara en lo que respecta a cómo la falta o insuficiencia de acciones positivas implica desigualdad para los "niños de la calle":

> En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados parte de la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad... (párr. 6º). Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana... (párr. 8º) Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear un proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono (párr. 9º). [102]

100. Respecto del acceso a la salud de niños y niñas en Argentina v. casos trabajados en: Clérico, L., "¿El argumento del federalismo *vs.* el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica de Palermo*, Año 11, N. 1-octubre de 2010, págs. 93-118.

101. Es necesario destacar que atendiendo a la situación de desigualdad estructural que padecen los niños y niñas en la región algunos Estados han implementado medidas de acción positiva para la niñez (Asignación Universal Familiar por Hijo, Asignación universal por maternidad, plan Bolsa, entre otras), sin embargo estas acciones positivas son aún insuficientes para lograr igualdad real de condiciones.

102. Votos concurrentes de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, Sentencia Villagrán Morales.

5.4. Discapacidad: ¿se hace camino al andar? ¿y cuántas rampas hay que esperar?

De acuerdo con informes recientes de organismo de protección internacional de los DDHH, en todo el mundo, las personas con discapacidad "tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad."[103] Las razones de esta desigualdad estructural son conocidas: "los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información. Esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas."[104]

Ante esta situación la obligación en términos igualitarios es "emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas."[105] Al respecto, no se trata sólo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas, se requiere también que éstas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. Por ejemplo, según el documento citado de los informes de los países que tienen leyes sobre accesibilidad, aun en el caso de que éstas tengan una antigüedad de 20-40 años, confirman un bajo nivel de cumplimiento. Otro tanto podría predicarse de las leyes sobre protección integral de las personas con discapacidad tendientes a lograr igualdad real en el ejercicio del derecho a la salud y a la educación entre otros. La jurisprudencia de los tribunales y cortes superiores de la América Latina y el Caribe da cuenta de estos incumplimientos[106] y de las formas diversas de desigualdad que padecen, "que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más "sutiles" de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales".[107] Incluso parte de esa jurisprudencia se inscribe en el registro de la igualdad como no sometimiento desde el prisma complementado de la distribución y el reconocimiento, al respecto, es más que ilustrativa la Corte Constitucional Colombiana cuando interpreta que:

> Desde sus orígenes [los niños "con limitaciones"] son ubicados, con todas sus consecuencias, en el centro mismo del paradigma normal-anormal, con una alta carga de discriminación implícita o explícita, a la cual contribuye en buena medida la propia rotulación. Surge así, pues, una desigualdad que habrá de incidir negativamente en las oportunidades

103. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.
104. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.
105. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.
106. Respecto de Argentina v. www.rals.org.ar/jurisprudencia.htm.
107. OG Nro. 5 Comité DESC de la ONU.

> diversas ofrecidas a los niños, según que se hallen ubicados en los terrenos de la normalidad o de la anormalidad, respectivamente."(…) La educación ordinaria, por el contrario, es la que se ofrece a todos los niños sin reparar en sus eventuales limitaciones o necesidades especiales. Supone el acceso y permanencia al mundo de lo común y corriente, vale decir, de la cotidiana normalidad. Los procedimientos y prácticas pedagógicas son, pues, los requeridos para la formación del niño "normal" (…) La igualdad de oportunidades es no sólo condición necesaria de la democracia constitucional contemporánea sino parte consubstancial del Estado social de derecho en que se ha transformado Colombia, por virtud de lo dispuesto en el art. primero de su Constitución vigente. Implica no sólo la ausencia de discriminaciones sino también ayuda efectiva para que quienes se encuentren en situación de inferioridad o desventaja puedan remediarlas eficazmente.[108]

Asimismo se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en términos de igualdad como no dominación que

> *la situación de marginación social en que ha permanecido la población con discapacidad a lo largo de la historia*[109] *obliga al Estado a "la toma de decisiones con el fin de remover los obstáculos que impiden su adecuada integración social en igualdad de condiciones reales y efectivas*.[110]

Estas medidas de acción positiva implican tomar como relevante la situación de partida de desventaja en que se encuentran las personas con discapacidad para el ejercicio real de los derechos. Por ello la omisión del trato especial puede constituir una medida discriminatoria:

> por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.[111]

Una forma de aislamiento que padecen las personas con discapacidad está ocasionada por la imposibilidad de acceso a determinados lugares por las diversas y múltiples barreras arquitectónicas. Al respecto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se pronunció en la sentencia del 27 de febrero del 2009[112] a favor de un amparo interpuesto por una persona con discapacidad contra

108. En el mismo sentido, se resolvieron las sentencias T-1134 del 2000 y T-974 del 2010.
109. Ver al respecto la sentencia T-823 de 1999.
110. Sentencia T-595 de 2002, C-983 de 2002, C-065 de 2003, C-401 de 2003.
111. Sentencia C-401 de 2003. V. las sentencias T-427 de 1992, T-441 de 1993. Sobre el tema de los beneficios del retén social en favor de las personas con discapacidad, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-792 de 2004, T-602 de 2005, T-1031 de 2005, T-626 de 2006.
112. Peticionaba la mejora de varios aspectos de la infraestructura urbana, ya que, no existían rampas o pasos entre las aceras y las calles que permitan el acceso al comercio, tampoco existían semáforos audibles que permitieran un cruce seguro de las calle, para las personas con discapacidad visual, ni tampoco paradas de autobuses. Por su parte la Municipalidad pidió que no se hiciera lugar al amparo ya que estas

la Municipalidad del Paraíso por violar el derecho de igualdad e impedir la libertad de tránsito, ya que:

> El Estado y la sociedad en general, tienen la obligación de eliminar progresivamente las "barreras arquitectónicas" que les dificultan o impiden el libre tránsito a esta personas…", y "situaciones así no hacen más que negarle a esta población la posibilidad de insertarse en la sociedad de manera natural y realizar sus actividades de forma adecuada.

Agrega que más allá de las promesas estatales, se están violando derechos fundamentales de las personas discapacitadas (en especial, el *derecho a una vida independiente*), por lo que se debe arribar a una solución en un plazo inmediato, ya que no pueden sujetarse el ejercicio de estos derechos a cuestiones presupuestarias.[113]

La Corte Constitucional Colombiana se pronunció sobre la cuestión de accesibilidad y movilidad en un caso en el que la Alcaldía Mayor de Bogotá se negaba a otorgar permiso de circulación en su vehículo particular a una persona que sufría de una cuadriplejía espástica (disminución de la fuerza muscular en las cuatro extremidades) durante las horas de restricción vehicular "pico y placa". Al respecto, concluyó que esta negativa configuraba una vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la autonomía y a la libre circulación por omisión del deber de trato especial, con lo que ordenó la entrega del permiso.[114] Asimismo, respecto del uso del servicio de transporte masivo Transmilenio, por una persona en situación de discapacidad que debía desplazarse en silla de ruedas, consideró que "la libertad de locomoción tiene una dimensión positiva y de orden prestacional cuya realización requiere, sobre todo en las grandes ciudades, un adecuado servicio público de transporte, que, además, debe estar regido por el principio de la progresividad, de manera que las prestaciones protegidas por un derecho requieren la adopción de políticas, planes y programas enderezados a avanzar gradualmente hacia el goce efectivo de los derechos por parte de todos los habitantes, y especialmente su disfrute por parte de ciertos grupos sociales, como la población con discapacidad." Así, en clave de medidas para destrabar una situación de desigualdad estructural alertó que: "**se desconoce la dimensión positiva de un derecho fundamental… cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo**". En consecuencia, ordenó a Transmilenio S.A. diseñar un plan orientado a garantizar el acceso del actor al sistema de transporte público básico de Bogotá, "**sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas**". Esta jurisprudencia pone de manifiesto que las medidas de acción positivas tendentes a remover obstáculos para

mejoras estaban incluidas como prioridades en una política de inversión y, además, que como los recursos económicos son escasos debían elegir prioridades.

113. En sentido similar se pronunció en la sentencia dictada el 13/02/2009 sobre el amparo interpuesto por Delroy Morgan González, persona discapacitada que usa silla de ruedas, contra la Municipalidad de Guácimo, por haber violado su derecho a la libertad de tránsito debido al mal estado de las aceras y falta de rampas.

114. Sentencia T-823 de 1999.

lograr accesibilidad también implican obligaciones para las empresas concesionarias de servicios públicos.

Las personas con discapacidad también tienen dificultades para el acceso al sistema educativo ya sea el general o el que responde a alguna modalidad especial.[115] La jurisprudencia de la región da cuenta de estos obstáculos convertidos en reclamos judiciales.[116] Así, la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció en varias sentencias sobre el acceso al derecho a la educación de las personas con discapacidad. Uno de los casos más representativos de esta línea jurisprudencial es el caso Lifschitz. [117] El Estado nacional fue condenado en forma cautelar a otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño con discapacidad cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. Para ello, tuvo en cuenta el contexto del caso: era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo. Respecto de las vacantes puso la carga de la prueba en cabeza del Estado, era éste quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. El caso "Lifschitz" presenta un argumento de igualdad. Este niño se veía impedido de acceder a la educación por su situación de discapacidad. No había vacantes en las escuelas públicas cercanas y los medios de transporte no estaban preparados para que esta persona pudiera trasladarse por sus propios medios y así acceder a una escuela que responda adecuadamente a sus necesidades e intereses. Además, el niño se encontraba en desigualdad de condiciones de aquellos otros que poseían una obra social o subsidio estatal para la educación

115. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011, al respecto surge que: "La formulación de políticas no siempre tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, o bien no se hacen cumplir las políticas y normas existentes. Por ejemplo, en lo referente a las políticas educativas inclusivas, una revisión de 28 países que participaron en la Iniciativa Vía Rápida de Educación para Todos comprobó que 18 de ellos proporcionaban muy poca información sobre las estrategias propuestas para incluir a los niños con discapacidad en las escuelas, o no mencionaban en absoluto la discapacidad o la inclusión. Un déficit habitual en las políticas educativas es la falta de incentivos económicos y de otro tipo orientados a que los niños con discapacidad acudan a la escuela, así como la falta de servicios de apoyo y protección social para los niños con discapacidad y sus familias."

116. En la sentencia dictada el 23/01/2009, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se pronunció a favor de un amparo interpuesto por una persona con discapacidad contra un Centro de Enseñanza Especial y el Ministerio de Educación Pública. Si bien la persona fue inscripta sólo logró serlo en la lista de espera en el nivel de III Ciclo de los Centros de Enseñanza Especial (en el área de "Retraso Mental") debido a que el cupo de estudiantes previsto para ese curso estaba completo. La Corte ordena la matriculación del amparado en ese centro educativo. Para ello constató que en el caso había una clara violación al art. 14 de la Ley 7600 que determina que el "*Estado garantizará el acceso oportuno a la educación a las personas, independientemente de su discapacidad, desde la estimulación temprana hasta la educación superior. Esta disposición incluye tanto la educación pública como la privada en todas las modalidades del Sistema Educativo Nacional. Esta violación implicaba además* el *derecho a la educación del tutelado, pues le fue negada a éste la matrícula en el Centro de Enseñanza Especial, a pesar de que dicho centro educativo es la institución que puede brindar el servicio educativo que mejor responde a las necesidades y características del amparado, tal y como afirma la Directora del mismo en su informe*". Respecto del derecho a votar de las personas con discapacidad v. Ronconi, L. y Aldao, M. "El derecho a votar de las personas con discapacidad" en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* Año III, N. 9, La Ley, Octubre 2011, págs. 258-269.

117. CSJN-Fallos 327:2413, año 2004.

especial. En este caso la discriminación se da por causa de su condición social sumado a que pertenece a un grupo vulnerable o desaventajado – personas con discapacidad, art. 75, inciso 23 de la Constitución argentina.

La Corte Constitucional colombiana registra varías líneas jurisprudenciales sobre derechos de las personas con discapacidad. Una de estas líneas se refiere a la "educación inclusiva" y en general sostiene que las instituciones del sistema de educación general tienen el deber de permitir a las personas con discapacidad el acceso a tal derecho en entornos integrados, a fin de contribuir en su proceso de socialización, así ello implique un esfuerzo adicional razonable de su parte, pues tal proceso debe ser impulsado por directo mandato constitucional (art. 47 de la Const. Política). En su sentencia T-429 de 1992, trató el caso de una niña a quien se le condicionó el ingreso a tercer año de bachillerato hasta tanto no presentara los resultados de un encefalograma y un diagnóstico neurológico, por cuanto sus profesores consideraban que tenía dificultades de aprendizaje y, en consecuencia, requería educación especial. El juez de instancia concedió el amparo, pero dispuso que el padre de la niña debía demostrar, dentro del término de cuatro meses, que ella no precisaba educación especial. La Corte decidió que la permanencia de la niña en el bachillerato no podía estar condicionada a la aportación por parte de sus padres de prueba alguna que certificara si la niña requería o no atención especializada. Consideró que el derecho a la educación de los niños y las niñas es un derecho fundamental prevalente y que, por consiguiente, "*el Estado debe asegurarles las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo*". En este caso, adicionalmente, advirtió que se debía garantizar a la niña un proceso educativo que atendiera el principio de integración, esto es, en el sistema general de educación, por cuanto la segregación de los niños con algún tipo de limitación "*sociocultural, psicoafectiva, cognoscitiva o neurocortical*" en instituciones de educación especial implicaba una discriminación ya fuera directa o indirecta[118].

Asimismo, las personas con discapacidad suelen padecer la discriminación respecto del ejercicio del derecho a la salud. Por ejemplo, en los países de ingresos altos, entre el 20 y el 40% de las personas con discapacidad no tienen cubiertas sus necesidades de asistencia para las actividades cotidianas. En muchos países de ingresos bajos y medianos, los gobiernos nacionales no pueden proporcionar servicios adecuados, y los proveedores comerciales de servicios no están disponibles o no son financieramente

118. En sentencia, la Corte dio aplicación al principio de integración en el caso de varios menores cuyas aulas especiales fueron cerradas. La institución educativa en la que se encontraban ofreció, entonces, como alternativa para los niños su integración a las aulas regulares, lo cual, en criterio de sus padres, constituía una vulneración del derecho a la educación especial de los menores. La Sala Segunda de Revisión señaló que la normatividad colombiana que rige la materia encontró un punto intermedio al establecer la integración, pero con apoyo especializado, tal y como se dio en el caso puesto en su conocimiento, lo cual le permitió colegir que no se presentaba vulneración de derecho fundamental alguno de los menores en cuyo nombre había sido invocada la acción de tutela. En el mismo sentido, se resolvieron las sentencias T-1134 del 2000; T-974 del 2010; cfr. T-513 de 1999; T-1482 de 2000.

asequibles para la mayoría de las familias.[119] La Corte Suprema de Justicia argentina posee una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud de las personas con discapacidad.[120] El caso "Campodónico de Beviacqua contra Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas"[121] sigue siendo el *leading case* en la materia. En el caso la Corte Suprema argentina ordenó al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas (Estado Nacional) a que continuara entregando en forma gratuita una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que un niño con discapacidad padecía en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas (mal de Kostman). De la sentencia se desprende que la interrupción del medicamento no era idónea en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño, su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente. Por lo demás, si bien poseía la cobertura de una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento. Además el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de "urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño", por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al niño, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. Por último, tampoco fue una razón de peso suficiente alegar que no se trataba de una enfermedad oncológica, porque si bien no lo era su tratamiento requiere de la misma droga que se necesita para el tratamiento de cáncer. Por ello, el niño se encontraría en la misma situación de hecho que los enfermos de cáncer que recibían la droga del Banco, siendo irrelevante el nombre de la enfermedad. *La Corte esboza un argumento de igualdad cuando sostiene que* al interrumpirse la prestación del medicamento prescripto para tratar su enfermedad, el Estado estaba poniendo al niño con discapacidad por su condición social (que es otra de las causas de prohibición de discriminación), en desigualdad de condiciones respecto de aquellas personas que estaban en la misma situación de enfermedad o semejante y sí estaban recibiendo la medicación ya sea porque acceden por sus propios medios o se la estaba entregando la obra social, la empresa de medicina prepaga o el estado nacional o provincial. Desde el punto de vista de la relevancia de la situación, todos aquellos que padecen una enfermedad semejante, sea o no cáncer, y que necesitan alguna medicación, se encuentran en igualdad de condiciones. Si alguien recibe el medicamento y el niño no lo recibe estamos en presencia de un trato desigualitario que no se sostiene con ninguna razón de peso. Por ello, el acto de interrupción de la medicación devino en arbitrario y contrario al mandato de igualdad.

119. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.
120. V. al respecto, Clérico, L., "¿El argumento del federalismo *vs*. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", *op. cit*.
121. Corte Suprema de Justicia Argentina, sentencia del 24/10/2000 – Fallos: 323:3229.

En forma reciente la Corte Suprema argentina se pronunció sobre el acceso al derecho a la vivienda de un niño con discapacidad severa que vivía en situación de calle con su madre: Q. *C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo* (abril de 2012). Con anterioridad la Corte había tratado de evitar pronunciarse sobre este tipo de reclamos sobre derecho a la vivienda formulados por personas en situación de discapacidad,[122] de ahí la relevancia del pronunciamiento del 2012.[123] La Corte condenó *al gobierno local demandado (la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que garantizara a la madre y a su hijo que padecía una discapacidad severa, que se encontraban en "situación de calle", un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada*. Agregó que el gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional. Por último, resolvió mantener una medida cautelar que exige otorgar al grupo familiar un subsidio que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad. La fundamentación de la sentencia de la Corte se basa sobre un argumento de igualdad: el Estado local no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social – como la actora y

122. V. CSJN, "Uran, Roberto E. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros", sentencia del 30/05/2006. En Urán el caso se encuadra en el contexto de una familia compuesta por la pareja y sus diez hijos menores de edad. La familia vivía hacinada en una pequeña habitación de una casa tomada en el partido de Boulogne, San Isidro, provincia de Buenos Aires. El padre de la familia, el Sr. Urán, padecía una discapacidad congénita que requería una nueva intervención quirúrgica y le impedía trabajar. La esposa trabajaba como personal de limpieza en casas de familia. Sin embargo, para la fecha de la presentación del reclamo, ya no podía desempeñarse fuera del hogar luego de la pérdida de visión de uno de sus ojos y del nacimiento prematuro de sus hijos mellizos. El Sr. Urán era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar; sin embargo, le resultaban insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de sus hijos. Por todo ello, iniciaron directamente en la Corte Suprema de la Nación, una acción de amparo contra la Municipalidad de San Isidro, la Provincia de Buenos Aires, el Estado Nacional y contra el Instituto Provincial de la Vivienda. La acción tenía por objeto que dichos organismos le suministraran lo necesario para acceder a una vivienda digna y alimentación, y también pedían ser incluido en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. A su vez, interpusieron una medida cautelar para que temporalmente – hasta obtener un trabajo –, se le otorgaran dos subsidios: uno de aproximadamente 800 pesos, equivalente al alquiler mensual de una vivienda y, otro de 630 pesos, también mensual, como salario mínimo vital y móvil. Previo a la presentación judicial, Urán había realizado los reclamos correspondientes ante las reparticiones municipales y provinciales que no le dieron respuesta; pero no pudo acreditar que hubiera efectuado reclamo alguno frente a alguna repartición del Estado Nacional. Por esto último la Corte declaró inadmisible el reclamo y tampoco se pronunció sobre la cautelar como lo había realizado en casos levemente similares ante situaciones iusfundamentales de gravedad y urgencia. Analizo y critico la jurisprudencia de la Corte en Urán, en: Clérico, Laura, "El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. 'Rodríguez', 'Comunidad toba del Chaco' y la sombra de Ramos", *Jurisprudencia Argentina* 7/11/2007.

123. Sin embargo, si se analiza el fallo desde la perspectiva de la interdependencia del derecho al acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad, entonces el pronunciamiento objeto de comentario se podría inscribir en la línea jurisprudencial de la Corte sobre derecho a la salud de las personas con discapacidad (v. Clérico, L., "¿El argumento del federalismo *vs*. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", *op. cit.*).

su hijo – tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2.000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna. ***Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad***" (de acuerdo con el art. 75 incs. 23 y 22 de la Const. argentina).[124]

En suma, la jurisprudencia sobre (des)igualdad de las personas con discapacidad, si bien habla de la prohibición de no discriminación arbitraria, advierte sobre la importancia de las obligaciones estatales de hacer en clave de redistribución y reconocimiento. Esta jurisprudencia otorga material argumentativo suficiente para iniciar (¿continuar?) un diálogo más que fluido entre la CorteIDH y los tribunales internos sobre igualdad como no dominación de las personas con discapacidad.

5.5. Orientación sexual: voces que se hacen escuchar

El reconocimiento de la plena igualdad de derechos del colectivo GLBT así como la gradual erradicación de la discriminación por orientación sexual son procesos que se han visto determinados en América Latina y el Caribe por el contexto de instauración y consolidación de los estados de derecho y del lenguaje de los derechos humanos, que han favorecido la agenda regional en materia de sexualidad y reconocimiento de la diversidad. Por ejemplo, la Constitución del Ecuador es la segunda en el mundo en reconocer explícitamente la orientación sexual como una forma de discriminación, desde 1996 la Ciudad de Buenos Aires reconoce el "derecho a ser diferente" y la no discriminación por género ni orientación sexual.[125] En 2008 Nicaragua y Panamá despenalizan las relaciones homosexuales y en 2009 Bolivia fue el primer país de la región en otorgar rango constitucional explícito a la prohibición de esta clase de discriminaciones. En este mismo sentido, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México aprobó el reconocimiento de las alianzas entre personas del mismo sexo bajo la figura del matrimonio y finalmente en julio del 2010 la Argentina lo hizo a nivel

124. En el caso, se trata claramente de una situación de discriminación intersectorial. Sobre este fallo, v. Vita, L. "Tras los rastros del Estado social de derecho en la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho a la vivienda" (en prensa); Clérico, L. "Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real: pistas para evaluar una violación del derecho a la vivienda", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, julio 2012; y Pucciarello, M. "El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, julio 2012.

125. Pecheny, M. y De la Deheza. R. "Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto", en Clérico/Aldao, 2010, *op. cit.*, p. 35.

nacional, entre otros,[126] y ya en 2012 se promulga en Argentina la Ley de Identidad de Género.[127]

No obstante, estos evidentes avances en lo legislativo deben ser siempre contrastados con las prácticas discriminatorias concretas, aún muy presentes en una región atravesada por una fuerte heteronormatividad.[128] En este contexto, la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad a los casos de discriminación por orientación sexual presenta ciertos avances importantes en la región que acompañan – y por momentos impulsan – el gradual reconocimiento legislativo, a la vez que generan – como veremos – un diálogo entre las diversas jurisdicciones. En este sentido el reconocimiento y respeto de la diversidad sexual constituye un aporte central a la discusión respecto de la interpretación del principio de igualdad como no dominación desde una perspectiva que incluya la del reconocimiento, en tanto permite hacer explícita la diferencia entre igualdad y asimilación, tal como sucede en el fallo ALITT resuelto por la Corte Suprema argentina.[129] "En "Alitt", la cuestión debatida se refería a la denegación arbitraria de la personería jurídica de una asociación para la defensa de los derechos de los travestís y transexuales a la luz del derecho a la asociación del art. 14 y 19 de la CN. La cuestión presenta similitudes prima facie con el caso del derecho a casarse de las personas del mismo sexo, porque en ambos casos se trata del ejercicio de un derecho civil que expresa la voluntad de unión para el desarrollo de un proyecto común y no se les permite ejercerlo por la orientación sexual de los participantes. La Corte advierte en Alitt, que si:

> no se otorga trascendencia alguna a una condición de base para una sociedad democrática como es la coexistencia social pacífica, cuya preservación asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función […] traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33 CN.).[130]

126. Clérico/Aldao, 2010, *op. cit*.
127. Nº 26.743, promulgada el 24/05/2012.
128. Es importante destacar que, no obstante estos avances, la región sufre de altos niveles de homofobia, como lo demuestra el caso del joven chileno Daniel Zamudio, quien fallecería el 28 de marzo de 2012 a raíz de una golpiza que recibiera de un grupo homofóbico.
129. CSJ Argentina, Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Inspección General de Justicia, sentencia del 21/11/2006.
130. Clérico/Aldao, 2010, *op. cit*., pp. 166 y 167.

En lo que respecta a la orientación sexual como categoría discriminatoria se ha discutido si respecto a la misma debe aplicar un examen leve, intermedio o estricto. En este último caso la orientación sexual sería considerada una "categoría sospechosa" con las implicancias que lo mismo trae aparejado (principalmente presunción de inconstitucionalidad). Al igual que lo que sucede con la categoría "edad" esta distinción no ha sido incorporada expresamente en los instrumentos internacionales. Sin embargo, la CADH se refiere a que queda prohibida toda distinción fundada en "cualquier condición social". Muchos interpretan así, que por esto la orientación sexual no puede ser utilizada para perjudicar los derechos de las personas con una orientación sexual que no responde a la dominante, por ejemplo, así lo sostuvo la CIDH en el caso Karen Atala e hijas cuando presentó la demanda ante la CorteIDH.[131] Confirmando este criterio la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término "otra condición social" establecido en el art. 1.1 de la CADH. *Por ello concluye que está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*.[132]

Así no se puede seguir sosteniendo con razones serias que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe discriminar en virtud de la orientación sexual en desmedro de las personas de los colectivos LGBTTI. Este es un argumento que suelen esgrimir, por ejemplo, los que se oponen a la inclusión del matrimonio igualitario. Aunque ya con anterioridad al fallo Atala se podía sostener con buenos sub-argumentos que el DIDH no podía ser utilizado para sostener la discriminación contra los colectivos LGBTTI, el fallo de la CorteIDH enumera con claridad estos sub-argumentos: En primer lugar, la interpretación de la expresión "cualquier otra condición social" del art. 1.1. de la Convención, debe realizarse bajo la pauta de interpretación *pro homine*, Así, siempre ***debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano***.[133] La CorteIDH interpreta su práctica en el contexto de una práctica del SIDH que desde hace unos años viene pronunciándose en contra de la discriminación por orientación sexual. Así se enmarca en la línea de las cuatro resoluciones de la OEA aprobadas desde 2008 respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad

131. Para un análisis de las implicancias del derecho a la igualdad en este caso v. Ronconi, L. y Aldao, M., "Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso "*K. A. e hijas vs. Estado de Chile*" en *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Abeledo Perrot, Junio 2011 (III), Págs. 262- 276.
132. CorteIDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia del 24/02/2012, Serie C-239, párr. 86-92, 91.
133. Ibidem párr. 86.

de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.[134]

En segundo lugar, y en diálogo al estilo de cita (pertinente) con la jurisprudencia relevante del TEDH, se apoya en las razones de esas producciones para sostener la prohibición de discriminación.[135] Algo similar realiza con la gran cantidad de Declaraciones de la ONU, informes de los relatores especiales de Naciones Unidas,[136] Observaciones y casos relevantes del Sistema de Protección Internacional de Derecho Humanos de la ONU, en especial, la Observación General 20 del Comité de DESC que determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social".[137] Asimismo, agrega que el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.[138]

Esta demanda es de sumo interés por dos cuestiones. En primer lugar la CorteIDH tiene la oportunidad en este tema de "dialogar" con la abundante jurisprudencia favorable que se ha producido en los tribunales locales de la región. De este modo se han ido elaborando ciertas reglas a través de la jurisprudencia que podrían servir de guía para el resto de los países que aún se encuentran debatiendo estos tópicos. Por un lado, surge que la orientación o la identidad sexual constituyen categorías sospechosas, y toda diferencia en el trato requiere una fundamentación rigurosa por parte de la Administración cuando se utiliza a la clasificación para perjudicar los derechos del grupo históricamente excluido. Por otro lado, la discriminación por causa de la orientación o identidad sexual no sólo implica un problema de redistribución, sino también de reconocimiento, por lo cual la mera equiparación de derechos patrimoniales no sólo no puede ser considerada reparación suficiente, sino que la atribución de derechos, cuando niega el reconocimiento de la identidad, constituye un agravamiento de la desigualdad. En segundo término, una jurisprudencia favorable de la CorteIDH en el sentido de reconocimiento de iguales derechos a las personas del mismo sexo permite hacer escuchar las voces de este colectivo en aquellos Estados latinoamericanos donde las mismas continúan hoy invisibilizadas.

5.6. Pobreza: ¿cuánto tiempo más llevará?

Aún después de diez años de relativos progresos en materia de redistribución, de cada diez habitantes de América Latina y el Caribe, tres viven aún bajo la línea de

134. Ibidem.
135. Ibidem párr. 87.
136. Ibidem párr. 87-90.
137. Párr. 89.
138. Párr. 92.

pobreza, y uno bajo la línea de indigencia.[139] Estas cifras, que nos hablan de un fuerte déficit en la vigencia de cada uno de los DESC,[140] deben no obstante ser abordadas en términos de igualdad y no discriminación si se aspira a un abordaje integral del problema. Así, E. Nino afirma que

> desde los institutos legales, la pobreza no está enfocada como una cuestión de discriminación, sino como una mera realidad socioeconómica que hay que enfrentar con herramientas de ese mismo tipo. El derecho sólo está presente – de manera intermitente y a partir de reclamos aislados – cuando hay vulneraciones manifiestas de derechos básicos, como el acceso al agua o a la alimentación.[141]

En esta línea nos interesa rescatar de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional Colombiana la sentencia T-025/04 y la doctrina del "mínimo vital", y de la CorteIDH el caso Servellón García y el "caso paradigmático" constituido por tres decisiones de la CorteIDH en materia de pueblos originarios, en la medida en que los tres nos permiten reconstruir el desarrollo regional de un abordaje de la pobreza desde la perspectiva de la igualdad. En el primer caso se analiza la condición de pobreza en la que se encuentra un conjunto de ciudadanos no desde la perspectiva de los derechos vulnerados, sino como síntoma o efecto de un trato discriminatorio por parte del Estado. En la segunda sentencia la CorteIDH identifica en la pobreza la "marca" que determina qué parte de la sociedad se convertirá en blanco de prácticas estatales represivas, prácticas que no se extienden al resto de la sociedad. En la tercera la condición de pueblos originarios de los grupos sumidos por el Estado en la pobreza habilita una lectura más amplia y rica del principio de igualdad, que exige no sólo una respuesta "material" a la escasez de recursos, sino también que esta respuesta reconozca la igualdad simbólica o cultural de los diversos colectivos que integran una sociedad.

La categoría de "estado de cosas inconstitucional" es introducida por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-025/04 para definir la situación en la que viven en ese país más de tres millones de personas desplazadas por la violencia. Este grupo se encontraría, entonces, en una situación de dominación incompatible con los estándares de igualdad del estado democrático de derecho:

139. CEPAL, *Panorama social de América Latina* 2010. 32% y 12% respectivamente.
140. "Cuando los sectores más vulnerables de la sociedad no tienen acceso a los elementos básicos para la supervivencia que les permitirían salir de su situación, se está contraviniendo voluntariamente o se está condonando la contravención del derecho a ser libre de toda discriminación y los consiguientes principios de igualdad de acceso y equidad en la distribución, y el compromiso general de proteger a los elementos vulnerables de la sociedad." Informe Anual CIDH, Capítulo V, 1993.
141. Nino, E. "La discriminación menos comentada", en Gargarella, R. *La constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 49.

> [e]l derecho a la igualdad, dado que (i) a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio colombiano es precisamente su situación de desplazamiento, en virtud de ésta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos fundamentales que se acaban de reseñar, y también a discriminación y (ii) en no pocas oportunidades, el hecho del desplazamiento se produce por la pertenencia de la persona afectada a determinada agrupación o comunidad a la cual se le atribuye cierta orientación respecto de los actores en el conflicto armado y por sus opiniones políticas, criterios todos proscritos como factores de diferenciación por el art. 13 de la Carta.[142]

Desde este diagnóstico la Corte Constitucional afirmando, más alla de toda comprensión formal del principio de igualdad, *la necesidad de la intervención estatal ante* ***desequilibrios estructurales*** *puesto que*

> *(…) a menos que las limitaciones y desigualdades reales a las que el hombre está sujeto en su vida cotidiana sean efectivamente* ***contrarrestadas mediante actuaciones positivas*** *y focalizadas por parte de las autoridades, la libertad e igualdad del ser humano no dejarán de ser utopías abstractas.Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.*[143]

Queda claro entonces que la restitución de la igualdad – en este caso como redistribución – requiere una intervención activa por parte del Estado: "En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato constitucional según el cual: "el grupo social de los desplazados, por su condición de indefensión merece la aplicación de las medidas a favor de los marginados y los débiles, de acuerdo con el art. 13 de la Constitución Política, incisos 2º y 3º que permiten la igualdad como diferenciación, o sea la diferencia entre distintos." Este punto fue reafirmado en la sentencia T-602 de 2003, en la cual se dijo que "si bien el legislador y las entidades gubernamentales deben tratar de igual modo a todas las personas, pues así lo estipula el art. 13 de la Constitución, las víctimas del fenómeno del desplazamiento forzado interno sí merecen atención diferencial". Este derecho al trato preferente constituye, en

142. Sección 5.2 párrafo 17.
143. Sección 8.1.

términos de la Corte, el "punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno", y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que "de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravará".[144] Por todo ello la Corte, pone en cabeza del Estado la obligación de resolver la situación de desigualdad material derivada del trato de sometimiento. Así la Corte Constitucional Colombiana introduce la igualdad como perspectiva de análisis del problema de la pobreza en la región.

Por otra parte, el mismo tribunal a partir de la sentencia T-426/92, en diálogo con la jurisprudencia alemana,[145] retoma de ésta la categoría de "derecho al mínimo existencial", que, si bien no es explícitamente reconocido por la constitución de ese país, constituye un presupuesto del efectivo goce del derecho a una vida digna. Complementa además esta perspectiva en la sentencia C-251/97, poniendo en cabeza del Estado la obligación de asegurar condiciones materiales mínimas de existencia – en una línea similar a las sentencias de la CorteIDH que comentaremos más adelante. Así queda formulada en el ámbito latinoamericano la cuestión de los presupuestos mínimos materiales para el ejercicio de derechos:

> El mínimo vital es un derecho fundamental (innominado) porque a partir de los derechos a la vida, salud, trabajo y seguridad social, y del Estado social de derecho como modelo de organización política, la Corte encontró que podía deducirse un nuevo derecho fundamental que les reconociera a las personas en determinadas circunstancias los elementos materiales necesarios para su desempeño físico y social (Sentencia T-597/93), por tanto esenciales para la autorrealización individual y social (Sentencias T-426 y T-571/92). Tiene básicamente las siguientes características: derecho fundamental, criterio para establecer la fundamentalidad de los derechos prestacionales, del núcleo esencial de varios derechos fundamentales y condición empírica para determinar la conexidad entre derechos de prestación y fundamentales.[146]

La CorteIDH, retomaría la vinculación entre desigualdad y pobreza en el caso Servellón García y otros contra Honduras del año 2006: en septiembre de 1995 la policía hondureña detuvo a Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourt, Orlando Álvarez Ríos y Diómedes Obed García, quienes, luego de ser sometidos a golpizas y malos tratos, fueron ejecutados por las fuerzas de seguridad. Si bien el caso en sí mismo puede aparecer como un episodio aislado de violencia policial, **la CorteIDH lo ubica en el marco de prácticas estatales sistemáticas de represión**, puesto que entre 1995 y el año 2002, 904 niños pobres fueron ejecutados por las fuerzas de seguridad.

144. Sección 5.2 parágrafo 17.
145. Sentencia BVerwGE 1, 159, 161.
146. García Jaramillo, "El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho constitucional: el caso colombiano", en Capaldo/Sieckmann/Clérico, *op. cit*.

El caso tiene particular relevancia en tanto identifica y pone de manifiesto una clase de dominación ampliamente extendida en la región, vinculada al accionar represivo de las fuerzas de seguridad, dirigido principalmente contra indivíduos jóvenes y de escasos recursos.[147] Si bien la CorteIDH ya se había pronunciado en un caso previo[148] es en esta oportunidad que introduce la cuestión de la igualdad para dar cuenta de dichas prácticas represivas. Así afirma la CorteIDH: "En ese sentido, el Estado no puede actuar en contra de un determinado grupo de personas, ya sea por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición."[149] Además, identifica una suerte de **"iteración" de la desigualdad**:

> La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.[150]

De este modo la desigualdad material existente se convierte en causa de estigmatización, que a su vez preserva y refuerza la desigualdad original.

Por último, la CorteIDH reafirma su postura en tres casos[151] llevados contra Paraguay en los que desarrolla la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna, pero en conexión con la obligación de respetar el derecho a la propiedad colectiva de un territorio específico. De este modo los derechos a la alimentación, al agua y a la salud entre otros se articulan con el reconocimiento de respetar la diversidad cultural más allá del plano simbólico.[152] Asi se aborda la distribución desigual de bienes económicos en el caso paradigmático de las Comunidades Indígenas de Paraguay en relación con una distribución desigualitaria de la palabra,

147. V. Verdú, M. del C. *Represión en democracia: de la "primavera alfonsinista" al "gobierno de los derecho humanos*. Buenos Aires: Ed. Herramienta, 2009.
148. CorteIDH, Bulacio v. Argentina, sentencia 18-9-2003.
149. CorteIDH, Servellón García y otros c. Honduras, sentencia del 21/09/2006, párr. 95.
150. IDH, Servellón García y otros c. Honduras, sentencia del 21/09/2006, párr. 112.
151. CorteIDH, "Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17/06/2005. Serie C n. 125; "*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay*". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/03/2006. Serie C nº 146 y "*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24/08/2010, Serie C nº 214. Recientemente la CorteIDH falló en el caso Pueblo Indígena Kichiwa de Sarayaku *vs*. Ecuador, Sentencia del 27/06/2012, Serie C-245.
152. Así, la CorteIDH identifica que la cuestión es mucho más específica que un vago reclamo de reconocimiento intercultural y se centra en la necesidad de restituir específicamente las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad y la realización efectiva del derecho a la propiedad. V. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010, párr. 88-89.

que les impide introducir sus perspectivas, sus necesidades y sus intereses respecto de aquello que ellos consideran una existencia digna. Como afirma la CorteIDH en reiterada jurisprudencia:

> existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un indivíduo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[153]

En los tres casos las comunidades se encontraban viviendo fuera de sus tierras ancestrales contra su voluntad, relegados a sobrevivir a la vera de una ruta, impedidos de practicar las actividades de caza, pesca y recolección que les garantizaban sus medios de vida en el marco de sus tradiciones ancestrales. [154]

Vemos entonces que la pobreza, y en particular la pobreza extrema, comienzan a ser consideradas por la jurisprudencia de la región como un obstáculo para el ejercicio pleno de la autonomía de los indivíduos, y además de constituir una vulneración de los estándares mínimos en materia de DESC. De esta manera se la entiende de modo integral, como un quiebre del principio de igualdad. Estos avances denotan un progreso en la fórmula predominante de igualdad, que es cada vez más comprensiva, que exige del Estado medidas de acción positiva ante situaciones de desigualdad material. **Por otro lado, la jurisprudencia de la región también ha resuelto que no cualquier medida destinada a paliar la desigualdad puede ser considerada apropiada, proscribiendo la discriminación no sólo en el estado de cosas, sino también en los medios elegidos por el Estado.**

6. Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo, nos referimos al examen igualdad de acuerdo con la forma en que ha sido aplicado e interpretado por los tribunales nacionales de diversos Estados de América Latina y el Caribe, como asimismo por la CorteIDH. Esta jurisprudencia devela que si bien el modelo de igualdad como no discriminación

153. Caso "*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*", 2010, párr. 86 con cita de Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2001. Serie C N. 79, párr. 149; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 118, y Caso del *Pueblo Saramaka. vs.* Surinam, párr. 90.
154. V. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. *Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2001. Serie C N. 79, párr. 149; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 118, y Caso del *Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, párr. 90.

arbitraria está arraigado, cierta tendencia jurisprudencial demuestra que es posible pensar los tribunales como foros de discusión para plantear reclamos igualitarios en clave de no dominación para obtener respuestas reparadoras o transformativas para atacar los problemas estructurales.

De esta manera, corresponde resaltar el avance que se está produciendo en la región, por lo menos en lo que respecta a la resolución de reclamos judiciales. Las tendencias que podemos establecer son las siguientes:

En lo que respecta a la discriminación por la nacionalidad de las personas parece haber un enriquecimiento del modelo con el cual se resuelven los casos, a la vieja aplicación del principio de igualdad en términos liberales, se le sumaría una comprensión más amplia, en términos de reconocimiento de desigualdades estructurales, sobre todo en los casos de migrantes. En lo que respecta a la edad como categoría de discriminación la jurisprudencia parece seguir los mismos pasos, reconociendo la desigualdad estructural que afecta principalmente a niños o niñas en situación de pobreza o indigencia.

Sin embargo, respecto de discapacidad pareciera que si bien el modelo desde el cual se resuelven los casos se ha ido modificando, interpretándose como la igualdad desde la concepción de no sometimiento, dichas resoluciones resultan todavía muy focalizadas, atendiendo sólo a una persona o un grupo determinado, pero sin detectar que quienes padecen la situación de discriminación requieren de soluciones más amplias, tornándose ineficaces las acciones positivas o de discriminación inversa que se han adoptado porque son focalizadas.

En orientación sexual hay claramente una evolución de la jurisprudencia bastante sostenida hacia una aplicación del principio de igualdad en términos de reconocimiento. En este sentido, "en una sociedad pluralista, respetuosa de la diferencia, no basta reconocer formalmente iguales derechos a los diversos grupos sociales. Es necesario, además, atender a las consecuencias de un tratamiento segregacionista: éste es indignante e inaceptable, puesto que siembra un sentimiento de humillación e inferioridad en el corazón de aquellos quienes sufren la discriminación".[155] Luego de la sostenida jurisprudencia de la región (tanto de tribunales locales como internacionales) podemos afirmar que también entonces en esta área comienza a utilizarse el potencial emancipador del derecho.

Por último, también parece posible reconstruir un diálogo regional respecto del problema de la pobreza y de las exigencias que impone el marco normativo interamericano en clave de aplicación del principio de igualdad. Así parece expandirse una visión integral del déficit de DESCs que excede, además, la mera satisfacción material de las "necesidades básicas" tal como las define la cultura predominante en cada Estado.

155. Arango, R., 2003, *op. cit.*, p. 27.

13

Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano

FLÁVIA PIOVESAN*

"State sovereignty is becoming diluted. Public power is being rearticulated in pluralistic and polycentric forms. (...) This pluralism requires an order to fill in the gaps, reduce fragmentation and induce cooperation between different systems; to establish hierarchies of values and principles; and to introduce rules of the recognition, validity and effectiveness of norms".[1]

Introdução. 1. Emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human Rights approach*. 2. Diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos. 2.1. Corte interamericana e controle da convencionalidade. 3. Diálogo entre jurisdições e controle de convencionalidade: desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos. 3.1. Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA. 3.2. Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica. 3.3. Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade. 3.4. Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos. 3.5. Dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento. 3.6. Aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno. 3.7. Dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais.

* Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007 e 2008); desde 2009 é Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. É membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.
1. Antonio Cassesse. *When legal orders collidle*: the role of the Courts. Sevilha: Global Law Press – editorial Derecho Global, 2010, p.15.

Introdução[2]

O diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos assume especial relevância e complexidade na ordem contemporânea, compreendendo o diálogo entre os sistemas regionais interamericano e europeu; entre os sistemas regionais e nacionais; e entre os sistemas nacionais.

De um lado, constata-se a crescente tendência de abertura ao diálogo entre as Cortes Europeia e Interamericana baseado na referência recíproca de precedentes jurisprudenciais, no intercâmbio de argumentação jurídica e de experiências no enfrentamento de violações de direitos, culminando nos fenômenos da "interamericanização" do sistema regional europeu e da "europeização" do sistema regional interamericano.

Por outro lado, no âmbito do diálogo entre as Cortes regionais e nacionais, emerge o instigante fenômeno do "controle da convencionalidade", envolvendo o modo pelo qual as Cortes regionais exercem o controle da convencionalidade com relação às ordens jurídicas nacionais, bem como o modo pelo qual as Cortes nacionais exercem o controle da convencionalidade na esfera doméstica, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano.

No campo dos direitos humanos e do diálogo jurisdicional também se destaca o diálogo horizontal a envolver jurisdições nacionais.

Considerando este contexto, o foco deste artigo será concentrado no controle de convencionalidade desenvolvido no marco do diálogo entre a Corte Interamericana e as esferas locais, à luz da experiência latino-americana.

Ao constituir temática de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica contemporânea, direitos humanos e diálogo entre jurisdições reflete a emergência de um novo paradigma. Neste sentido, a primeira parte deste artigo enfrentará o desafio concernente aos delineamentos de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade, no qual aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

Sob a lente da emergência deste novo paradigma, a segunda parte deste artigo transitará para a análise dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, abrangendo o diálogo regional-regional; regional-nacional; e nacional-nacional, avaliando,

2. Um especial agradecimento é feito à *Alexander von Humboldt Foundation* pela *fellowship* que tornou possível este estudo e ao *Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual. Este artigo tem como base a conferência "Diálogo Jurisdiccional: impacto y desafios para el ius commune latinoamericano", no seminário internacional Justicia Constitucional y diálogo jurisdiccional, no Max-Planck-Institute, em Heidelberg (Alemanha), em 25/11/2011.

particularmente, o controle da convencionalidade exercido pela Corte Interamericana no cenário latino-americano.

Por fim, serão destacados os principais desafios e perspectivas para a pavimentação de um *ius commune* latino-americano que tenha sua centralidade na força emancipatória dos direitos humanos.

1. Emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human Rights approach*

Por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em 3 (três) características essenciais:

a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional[3] – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina);

b) o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos "impuros" do Direito); e

c) o *state approach* (*state centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a "*lente ex parte principe*", radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio.[4]

Testemunha-se a crise deste paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como 3 (três) características essenciais:

a) O trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial).

3. Para Hans Kelsen: "(…) partindo-se da ideia da superioridade do Direito Internacional em relação às diferentes ordens jurídicas estatais (…), o tratado internacional aparece como uma ordem jurídica superior aos Estados contratantes (…). Desse modo, o tratado em face da lei e mesmo da Constituição tem uma preêminencia, podendo derrogar uma lei ordinária ou constitucional, enquanto que o inverso é impossível. Segundo as regras de Direito Internacional, um tratado não pode perder sua força obrigatória senão em virtude de outro tratado ou de certos fatos determinados por lei, mas não por um ato unilateral de uma das partes contratantes, especialmente por uma lei. Se uma lei, mesmo uma lei constitucional, violar um tratado, ela é inválida, a saber, contrária ao Direito Internacional. Ela afronta diretamente o tratado e indiretamente o principio do *pacta sunt servanda*". (Hans Kelsen, *La garantie juridictionelle de la Constitution: la justice constitutionelle*. Revue du droit public, avr/mai/juin, 1928, p.211-212).

4. Norberto Bobbio. *Era dos Direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.), Rio de Janeiro: Campus, 1988.

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no art. 5º, § 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no art. 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (arts. 13, IV e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (art. 424), adicionando que serão aplicados os princípios pró ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (art. 416).

Logo, é neste contexto – marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados – que se delineia a visão do trapézio jurídico contemporâneo a substituir a tradicional pirâmide jurídica.

b) A crescente abertura do Direito – agora "impuro" –, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica).

No caso brasileiro, por exemplo, crescente é a realização de audiencias públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social, como: (a) a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica (tema da primeira audiência pública concernente ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade relativa ao art. 5º da Lei de Biossegurança, em maio de 2007); (b) a justicialização do direito à saúde (audiência pública realizada em 2009); (c) as cotas para afrodescendentes em Universidades (audiência pública concernente ao julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais determinando a fixação de cotas raciais em Universidades, realizada em março de 2010); (d) o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas (audiência pública realizada em junho de 2011), dentre outras. Para adotar a terminologia de Peter Häberle, há a abertura da Constituição à uma sociedade plural de intérpretes.[5]

É a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a resignificar o Direito.

c) O *human rights approach* (*human centered approach),* sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidada no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *"lente ex parte populi"*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio.[6]

Para Luigi Ferrajoli: "a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados". Para o mesmo autor: "A liberdade absoluta e selvagem do Estado se subordina a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos." [7]

5. Consultar Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional.* Gilmar Ferreira Mendes (trad.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1997. Sobre a concepção de Constituição aberta, ver também Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição.* Gilmar Ferreira Mendes (trad.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
6. Norberto Bobbio. *Era dos Direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.), Rio de Janeiro: Campus, 1988.
7. Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale. Roma: Bari, Laterza, 2002, p.338. Para Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei

No mesmo sentido, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho:

> Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (…) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (…) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional).[8]

No plano internacional, vislumbram-se a humanização do Direito Internacional e a internacionalização dos direitos humanos.[9] Para Ruti Teitel: "*The law of humanity reshapes the discourse in international relations*".[10] Nesta direção, emblemática é a decisão do Tribunal Penal International *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (caso *Prosecutor vs. Tadic*, 1995): "*A State-sovereignty oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach*."

Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach* (*human centered approach).*

Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano – o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano.

do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

8. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. No mesmo sentido, Peter Häberle sustenta que "o Estado Cooperativo adiciona à sua estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como estrutura fechada, centrada na soberania nacional". (Peter Häberle, o *Estado Constitucional Cooperativo*). Para Konrad Hesse: "A transformação profunda é inequívoca: o desenvolvimento do Estado, do Estado nacional tradicional, soberano, fechado em si, para o Estado atual, internacionalmente entrelaçado e supranacionalmente atado, encontra sua correspondência na perda da supremacia e do alcance, até agora, de sua Constituição". (Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 105-106).

9. Para Thomas Buergenthal: "Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações". (Thomas Buergenthal, Prólogo. In: Antonio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos*: *fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. XXXI).

10. Ruti Teitel. *Humanity's Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.225. Acrescenta a autora: "*We observe greater interdependence and interconnection of diverse actors across state boundaries (…) There is interconnection without integration. (…) What we see is the emergente of transnacional rights, implying the equal recognition of peoples across borders. Such solidarity exists across state lines and in normative terms, constituting an emergent global human society.*" (*Humanity's Law,* Oxford University Press, 2011).

2. Diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos

Na óptica contemporânea o diálogo entre jurisdições revela 3 (três) dimensões:

1. o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos);
2. o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e
3. o diálogo entre as jurisdições constitucionais.

Considerando ser o foco específico deste artigo o diálogo entre jurisdições em matéria de direitos humanos na experiência latino-americana, a análise será concentrada, sobretudo, no diálogo entre a jurisdição regional interamericana e as ordens locais.

Justificada esta opção metodológica, será examinado fundamentalmente o modo pelo qual a Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade em relação aos Estados latino-americanos, a partir de uma tipologia de casos a expressar a agenda de violação de direitos humanos da região e o desafio da incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico.

Importa realçar que, no tocante ao diálogo entre os as jurisdições regionais de direitos humanos, este faz-se cada vez mais intenso, inclusive mediante os chamados processos de "interamericanização" do sistema europeu e de "europeização" do sistema interamericano. A inclusão dos países do Leste Europeu no sistema europeu, com sua agenda própria de violações, está a deflagrar a crescente abertura da Corte Europeia à jurisprudência interamericana relativa a graves violações de direitos perpetradas por regimes autoritários, envolvendo a prática de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de pessoas. Por sua vez, a Corte Interamericana ao enfrentar novos temas de direitos humanos – emergentes na agenda contemporânea – passa a aludir aos precedentes da Corte Europeia, como bem ilustra o *leading case Karen Atala Riffo y hija*s vs. *Chile*, decidido em 24/02/2012.[11] Trata-se de inédita e emblemática sentença concernente à proibição da discriminação fundada em orientação sexual, em que a Corte Interamericana no campo argumentativo alude ao relevante repertório jurisprudencial firmado pela Corte Europeia em caso similar.[12]

Também instigantes estudos têm sido elaborados a respeito do grau de implementação das decisões dos sistemas regionais, com a finalidade de identificar suas

11. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Atala Riffo y hijas vs. Chile*, 24/02/2012, Serie C n. 239.
12. Com efeito, a Corte Interamericana recorreu ao caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, sustentando que: "Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoria de discriminación prohibido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos há señalado que la orientación sexual es "outra condición" mencionada em el artículo 14 del Convenio Europeu para la Protección de los Derechos Humanos e de las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe tratos discriminatórios. En particular, em el caso Salgueira da Silva Mouta *vs.* Portugal, el Tribunal Europeo concluyo que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el articulo 14 del Convenio Europeu. Además, reiteró que el listado de categorias que se realiza em dicho artículo es ilustrativa y no exhaustiva." (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Atala Riffo y hijas vs. Chile*, 24/02/2012, Serie C n. 239).

debilidades e fortalezas, visando ao mútuo aprimoramento a partir do diálogo inter-regional.[13]

No que se refere especificamente ao diálogo horizontal de jurisdições no âmbito latino-americano, este ainda se mostra incipiente. Por vezes – como revela o caso brasileiro – as alusões ao Direito Comparado e aos seus precedentes têm como foco preferencial a jurisprudência europeia e norte-americana (e não a latino-americana).[14] Neste sentido, considerando que a região compartilha dos mesmos desafios com relação à consolidação democrática, baixa densidade do Estado de Direito e precária tradição de respeito dos direitos humanos, essencial mostra-se avançar e fortalecer o diálogo horizontal entre jurisdições latino-americanas.[15] Um caso exemplar refere-se à extraordinária jurisprudência em matéria de direitos sociais fomentada pela Corte Constitucional da Colômbia, que em muito poderia contribuir com a maior proteção judicial destes direitos na região, com o aumento de seu impacto.

Feitas estas considerações, transita-se à análise do diálogo entre a jurisdição regional interamericana e as jurisdições nacionais no marco do exercício do controle da convencionalidade.

2.1. Corte interamericana e controle da convencionalidade

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente.[16] Diversamente do

13. Consutar o estudo de David C. Baluarte e Christian De Vos. *From Judgment to Justice:* Implementation of International and Regional Human Rights Decisions, Open Society Initiative. november 2010. Ver ainda Flavia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 13. ed. revisada, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012.

14. Levantamento realizado em 2009 acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros aponta que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – enquanto que apenas dois casos remetem à jurisprudência da Corte Interamericana. Ver Virgilio Afonso da Silva, Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul, In: Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.530.

15. Como analisa Virgilio Afonso da Silva: "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (do Brasil) é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns Tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos Tribunais vizinhos". (Ver Virgilio Afonso da Silva. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. *In*: Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.530).

16. Como observa Thomas Buergenthal: "O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços

sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos,[17] o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda.[18] No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor correspondendo a 45% e no México a 43%.[19]

---

na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte". (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.XV). Até maio de 2012, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

17. A respeito, ver Clare Ovey e Robin White. European Convention on Human Rights. 3. ed., Oxford: Oxford University Press, 2002, p.1; e Flavia Piovesan. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 13. edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012.

18. De acordo com o ECLAC: "*Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade*." (ECLAC, *Social Panorama of Latin America – 2006*, chapter I, p. 84. Disponívelem:http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt (acesso em 30/07/2007). No mesmo sentido, afirmam Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: *"(…) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (…) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years*." (Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America," Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Acessar: http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf, Julho 2007. Consultar ainda: ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

19. Ver Democracy and the downturn: The latinobarometro poll, The Economist, 13/11/2008.

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a 5 (cinco) diferentes categorias de violação a direitos humanos.

2.1.1. Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras* concernente a desaparecimento forçado. Em 1989, a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas.[20]

Outro caso é o *Loayza Tamayo* vs. *Peru*, em que a Corte em 1997 reconheceu a incompatibilidade dos decretos-leis que tipificavam os delitos de "traição da pátria" e de "terrorismo" com a Convenção Americana, ordenando ao Estado reformas legais.[21]

Adicionem-se ainda decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala[22] e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de *habeas corpus* inclusive em situações de emergência, de acordo com o art. 27 da Convenção Americana.[23]

2.1.2. Violações que refletem questões da justiça de transição (*transitional justice*)

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

20. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, 29/07/1988, Serie C n. 4.
21. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo *vs.* Peru, 17/09/1997, Serie C n. 33.
22. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva No. 3/83, 8/09/1983.
23. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva No. 08/87, 30/01/1987.

No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao "massacre de Barrios Altos", de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas.[24]

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de "autoanistia" perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*[25] cujo objeto era a validade do Decreto-lei nº2191/1978 – que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet – à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de "autoanistia", por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei nº 23.492/1986) e obediência devida (Lei nº 23.521/1987), adotando como precedente o caso Barrios Altos.

Em 2010, no caso *Gomes Lund e outros* vs. *Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70.[26]

24. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) *vs.* Perú, 14/03/2001, Serie C n. 75.
25. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, 26/09/2006, Serie C n. 154.
26. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gomes Lund y otros *vs.* Brasil, 24/11/2010, Serie C n. 219. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso "representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos".

A Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaldou sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas invalidando leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia. Concluiu, uma vez mais, que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

Na mesma direção, em 2011, no caso *Gelman* vs *Uruguai*,[27] a Corte Interamericana decidiu que a "Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva" carecia de efeitos jurídicos por sua incompatibilidade com a Convenção Americana e com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, não podendo impedir ou obstar a investigação dos fatos, a identificação e eventual sanção dos responsáveis por graves violações a direitos humanos.

2.1.3. Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito (*rule of law*)

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001),[28] envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: (a) um adequado processo de nomeação; (b) um mandato com prazo certo; e (c) garantias contra pressões externas.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

2.1.4. Violações de direitos de grupos vulneráveis

Esta quarta categoria de casos atém-se a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.

27. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gelman *vs*. Uruguai, 24/02/2011, Serie C n. 221.
28. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Aguirre Roca y otros (Caso Tribunal Constitutional) *vs*. Peru, 31/01/2001, Serie C n. 71.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001),[29] em que a Corte reconheceu o direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de possessão e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)[30] –, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek* vs. *Paraguai*,[31] a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (art. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de possessão não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

29. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, 31/08/2001, Serie C n. 79.
30. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17/06/2005, Serie C n. 125.
31. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24/08/ 2010, Serie C n. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso Villagran Morales contra a Guatemala (1999),[32] em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (Opinião Consultiva nº 17, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (Opinião Consultiva nº 18, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (Opinião Consultiva nº 16, de 01/10/1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, emblemático é o caso González e outras contra o México (caso "Campo Algodonero"), em que a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher.[33] Destacam-se também relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços.[34]

Ineditamente, em 24/02/2012, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Chile em face do tratamento discriminatório

32. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagran Morales y otros) *vs.* Guatemala, 19/11/1999, Serie C n. 63.
33. Ver sentença de 16/11/2009. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.
34. A respeito, ver caso *María Eugenia vs. Guatemala* e caso *Maria da Penha vs. Brasil* decididos pela Comissão Interamericana.

e interferência indevida na vida privada e familiar da vítima Karen Atala devido à sua orientação sexual.[35] O caso foi objeto de intenso litígio judicial no Chile, que culminou com a decisão da Corte Suprema de Justiça em determinar a custódia das três filhas ao pai, sob o argumento de que a Sra. Atala não deveria manter a custódia por conviver com pessoa do mesmo sexo, após o divórcio. No entender unânime da Corte Interamericana, o Chile violou os art. 1º, § 1º e 14 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e da proibição da discriminação.

2.1.5. Violações a direitos sociais

Finalmente, nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (art. 19, § 6º).

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala,[36] a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o "direito a criar e desenvolver um projeto de vida". Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso niñas *Yean y Bosico* vs. *Republica Dominicana*, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: "*en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el art. 26 de la Convención, el Estado debe prover educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.*"[37]

35. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Atala Riffo y hijas vs. Chile*, 24/02/2012, Serie C n. 239.
36. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso de los "*Niños de la Calle*" (Villagran Morales y otros) *vs. Guatemala*, 19/11/1999, Serie C n. 63.
37. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso de las niñas *Yean y Bosico vs. Republica Dominicana*, 08/11/2005, Serie C n. 130.

No caso *Acevedo Buendía y otros* ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. *Peru* (2009),[38] a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (art. 25 da Convenção Americana) e à propriedade privada (art. 21 da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26 da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, somente sendo justificáveis somente quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis.

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso *Albán Cornejo y otros* vs. *Equador*[39] referente à suposta negligência médica em hospital particular – mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito –, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang* vs. *Guatemala*[40], concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,[41] envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da

38. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Acevedo Buendía y otros* ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") *vs. Peru*, 1/07/2009, Serie C n. 198.
39. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador, 22/11/2007, Serie C n. 171.
40. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, 25/11/2003, Serie C n. 101.
41. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 02/02/2001, Serie C n. 72.

garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) vs. *Peru*,[42] envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso "*cinco pensionistas*" vs. *Peru*,[43] envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos cinco pensionistas.

Ao exercer o controle da convencionalidade, concluí-se que a Corte Interamericana, por meio de sua jurisprudência, permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais na região latino-americana; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Note-se, ainda, que a obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana e das normas internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico é realçada por uma expressiva jurisprudência regional. Cabem menção: (a) ao caso decidido pelo Tribunal Constitucional da Bolivia, em maio de 2004, que sustenta a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno; (b) ao caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004, que realça o sistema normativo e jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais; e (c) ao caso decidido pela Corte Suprema da Justiça da Argentina, em julho de 1992, que enfatiza a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico.

Outro tema de peculiar destaque regional atém-se à imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade, à invalidação de leis de anistia e ao desaparecimento forçado de pessoas como delito permanente. Neste universo, despontam decisões que invalidam as leis de anistia em nome do direito à justiça e do direito à verdade, reafirmando o dever do Estado de investigar, processar e punir graves violações a direitos humanos, com a necessária observância do *jus cogens*, da normatividade e da jurisprudência protetiva internacional. Adicionam que o crime de desaparecimento forçado de pessoas tem natureza permanente e caráter continuado – o que afastaria a tese da prescrição penal. Nesta direção, destacam-se: (a) sentença da Corte Suprema de Justiça

42. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Peru, 24/11/2006, Serie C n. 158.
43. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso "cinco pensionistas" *vs*. Peru, 28/02/2003, Serie C n. 98.

do Chile de 24/09/2009; (b) sentença do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela de 10/08/2007 (sustentando a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas é delito permanente, sendo exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, merecendo observância as obrigações dos Estados concernentes aos tratados de direitos humanos, ainda que inexista legislação interna sobre a matéria); (c) sentença da Corte Suprema de Justiça do Paraguai de 05/05/2008; (d) sentença da Corte Suprema de Justiça da Argentina de 02/11/1995 (apontando às consequências do *jus cogens* em relação aos crimes contra a humanidade).

Por fim, transita-se à reflexão concernente ao processo de pavimentação de um *ius commune* latino-americano em direitos humanos, fomentado pelo diálogo entre jurisdições e pelo exercício do controle da convencionalidade.

3. Diálogo entre jurisdições e controle de convencionalidade: desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos

A fim de avançar no diálogo entre jurisdições e no controle da convencionalidade, fortalecendo a proteção dos direitos humanos na região, destacam-se sete desafios centrais para o *ius commune* latino-americano.

3.1. Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização, é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados latino-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos humanos, o que se converte em um ponto de partida comum para a composição de um "*ius commune*".

3.2. Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

É neste contexto – marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados – que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos status hierárquico constitucional, bem como aplicação automática.

Faz-se fundamental transitar da pirâmide jurídica hermética fundada no *State approach* para a permeabilidade do trapézio jurídico fundado no *Human Rights approach*.

A emergência deste novo paradigma demanda o desafio de projetar uma nova visão do Direito, o que requer profundas transformações no ensino jurídico, na metodologia e na pesquisa jurídica.

3.3. Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagues, acerca da "Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano",[44] propõe uma classificação baseada em quatro categorias de controle de convencionalidade: (a) admissão expressa (com destaque à Argentina); (b) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia); (c) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e (d) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável uma sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18/12/2008 (caso "Apitz Barbera").

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana:

> *Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga*

44. Ver "Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano", encuesta realizada por Néstor P. Sagués, noviembre de 2010. Este estudo foi apresentado no simpósio "Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius commune* latinoamericano", no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25/11/2010.

a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle da convencionalidade das leis" entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".[45]

O controle de convencionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatórias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis no âmbito doméstico.

3.4. Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a adoção de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos humanos.

3.5. Dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento

Fortalecer o diálogo entre os sistemas regionais interamericano e europeu surge como especial estratégia para o aprimoramento mútuo dos sistemas regionais.

45. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26/09/2006. A título ilustrativo, em 24/11/2010, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.153, em 29/04/2010 – que manteve a interpretação de que a Lei de Anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes – afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que "*não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro*", tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos arts. 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A partir do diálogo inter-regional será possível identificar as fortalezas, potencialidades, bem como as debilidades e limitações de cada sistema, permitindo intercâmbios voltados ao refinamento de cada sistema. Verifica-se o crescente diálogo entre os sistemas, com referências jurisprudenciais recíprocas, culminando nos processos de "interamericanização" do sistema europeu e "europeização" do sistema interamericano, na medida em que as agendas de violação de direitos humanos – ainda que diversas – passam a apresentar similitudes. Como já examinado por este estudo, a título ilustrativo, cabe menção aos graves casos de violação de direitos humanos decorrentes da inserção dos países do leste europeu no sistema europeu – cuja jurisprudência alude aos paradigmáticos casos julgados pelo sistema interamericano envolvendo graves violações de direitos. Por sua vez, o sistema interamericano passa a enfrentar temas inovadores, como é o caso da primeira sentença proferida pela Corte Interamericana em caso envolvendo discriminação por orientação sexual (caso *Atala Riffo y hijas* vs. *Chile*, sentença de 24/02/2012) – temática enfrentada pelo sistema europeu desde a década de 1980.

3.6. Aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno

Para Antonio Augusto Cançado Trindade: "O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação." [46]

Com efeito, faz-se fundamental aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais.

3.7. Dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais

Identificar as *best practices* regionais organizando e sistematizando um repertório de decisões emblemáticas em matéria de direitos humanos no âmbito latino-americano surge como relevante medida para fortalecer o controle de convencionalidade e o *ius commune* regional em matéria de direitos humanos.

Para Julie Allard e Antoine Garapon: "o comércio entre os juizes vai-se intensificando, impelidos por um sentimento ou consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum. Os juizes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito em uma sociedade de tribunais".[47]

46. Antônio Augusto Cançado Trindade; Manuel E. Ventura Robles. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*. 2. ed., revista e atualizada, San José/Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos e UNHCR, 2004, p.91.
47. Ver Julie Allard; Antoine Garapon. *Os Juízes na Mundialização*, Porto Açegre: Instituto Piaget, 2009.

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos humanos. Por outro lado, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos humanos na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar na interação entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle da convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

14

"Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional

Luís Roberto Barroso*

Introdução. 1. A dignidade humana no direito contemporâneo. 1.1. Origem e evolução. 1.2. Direito comparado, direito internacional e discurso transnacional. 1.2.1. A dignidade humana nas constituições e na jurisprudência de diferentes países. 1.2.2. A dignidade humana nos documentos e na jurisprudência internacionais. 1.2.3. A dignidade humana no discurso transnacional. 1.3. A dignidade humana nos Estados Unidos da América. 1.4. Argumentos contrários ao uso da dignidade humana como um conceito jurídico. 2. A natureza jurídica e o conteúdo mínimo da dignidade humana. 2.1. A dignidade humana como um princípio jurídico. 2.2. A influência do pensamento kantiano. 2.3. O conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana. 3. Utilização da dignidade humana para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis. 3.1. Aborto. 3.2. União homoafetiva. 3.3. Suicídio assistido. 4. Considerações finais. 4.1. A unidade na pluralidade. 4.2. Epílogo: iguais, nobres e deuses.

Introdução[1]

O Sr. Wackeneim, na França, queria tomar parte em um espetáculo conhecido como "arremesso de anão", no qual frequentadores de uma casa noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A Sra. Evans, no Reino Unido, após perder os ovários, queria poder implantar em seu útero os embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen do ex-marido, de quem se divorciara. A família da Sra. Englaro, na Itália, queria suspender

* Pesquisador Visitante na *Harvard Law School* (2011). Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Visitante da Universidade de Brasília (UnB). Conferencista Visitante da Universidade de Poitiers, França e da Universidade de Wroclaw, Polônia. Sou grato a Robert Post, Roberto Mangabeira Unger e Paulo D. Barrozo, pelo apoio e sugestões. Também gostaria de agradecer a Maggie Francis, Pooja Nair e Eduardo Mendonça pelo precioso auxílio na pesquisa.

1. Versão para o português do original "*Here, there and everywhere*: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, n. 2. A tradução do texto foi feita por Humberto Laport de Mello, com revisão final do autor. A frase inicial do título é uma referência à canção de John Lennon e Paul McCartney, cantada pelos *Beatles*, intitulada *Here, There and Everywhere* (que é belíssima, com gravação acessível em: http://www.youtube.com/watch?v=k9Wm5Drbm_0).

os procedimentos médicos e deixá-la morrer em paz, após dezessete anos em estado vegetativo. O Sr. Ellwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do Holocausto. O Sr. Lawrence, nos Estados Unidos, desejava poder manter relações homoafetivas com seu parceiro, sem ser considerado um criminoso. A Sra. Lais, na Colômbia, gostaria de ver reconhecido o direito de exercer sua atividade de trabalhadora do sexo, também referida como prostituição. O Sr. Gründgens, na Alemanha, pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra. A Sra. Grootboom, na África do Sul, em situação de grande privação, postulava do Poder Público um abrigo para si e para sua família. O jovem Perruche, na França, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro de diagnóstico deixou de prever o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido.

Todos esses casos reais, decididos por cortes superiores ao redor do mundo, têm um traço em comum: subjacente à decisão de cada um deles, de modo implícito ou expresso, esteve presente a necessidade de se fixar o sentido e o alcance da ideia de dignidade humana. Nas últimas décadas, a dignidade humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em constituições nacionais, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de encantar o espírito e ganhar adesão unânime. Contudo, em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech* (manifestações de ódio a grupos determinados, em razão de raça, religião, orientação sexual ou qualquer outro fator), clonagem, engenharia genética, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização das drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome e exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.

Nos Estados Unidos, as referências à dignidade humana na jurisprudência da Suprema Corte remontam à década de 1940. O uso do conceito no Direito americano, todavia, tem sido episódico e pouco desenvolvido,[2] relativamente incoerente e contraditório,[3] além de carente de maior especificidade e clareza.[4] Apesar disso, é

2. Vicki C. Jackson, Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse, *Montana Law Review*, n. 65, p. 15, 2004.
3. Neomi Rao, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 201, 2007-2008.
4. Gerald L. Neuman, Human Dignity in United States Constitutional Law, In: Dieter Simon & Manfred Weiss (ed.), *Zur Autonomie des Individdums,* 2000, p. 250.

perceptível, nos últimos anos, uma tendência das cortes americanas ao emprego da ideia de dignidade humana em casos envolvendo direitos fundamentais, como o direito à privacidade e à igualdade, à proibição de buscas e apreensões inconstitucionais e de penas cruéis e incomuns, além do "direito de morrer".[5] A adoção de uma ideia expandida de dignidade humana como um dos fundamentos da *Bill of Rights* dos Estados Unidos foi louvada como um salto qualitativo por uma série de renomados autores,[6] embora essa compreensão não seja unânime. No Judiciário e na academia, vozes como a do *Justice* Antonin Scalia ou do Professor James Whitman têm enfaticamente contestado a função da dignidade humana na interpretação constitucional e no raciocínio jurídico em geral, além de questionar a sua necessidade, conveniência e constitucionalidade.[7] Mais ainda: alguns encaram com desagrado, quando não com horror, a mera possibilidade de recorrer às contribuições doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras sobre a dignidade humana, com a finalidade de estabelecer uma visão comum a respeito do seu significado.[8]

As ideias que se seguem estão baseadas no pressuposto de que a dignidade humana é um conceito valioso, com importância crescente na interpretação constitucional, e que pode desempenhar um papel central na fundamentação de decisões envolvendo questões moralmente complexas. Tendo isso em mente, o presente artigo busca alcançar três objetivos principais. O primeiro deles é demonstrar a importância que a dignidade humana assumiu na jurisprudência nacional e internacional, assim como no discurso transnacional.[9] Procura-se demonstrar, a esse propósito, que os Estados Unidos, embora ainda timidamente, têm se alinhado a essa tendência, e que não há motivos para que não devesse fazê-lo. O segundo objetivo é o de precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana – direito fundamental, valor absoluto ou princípio jurídico? – e definir o seu conteúdo mínimo, o qual, como aqui se sustenta, é composto por três elementos: o valor intrínseco de cada ser humano, a autonomia individual e o valor comunitário. O propósito visado é o de determinar as implicações jurídicas associadas a cada um desses elementos, isto é, estabelecer quais são os direitos fundamentais, os deveres e as responsabilidades que deles derivam. O terceiro

5. V. Maxima D. Goodman, Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence, *Nebraska Law Review*, n. 84, p. 740, 2005-2006.
6. V. Laurence Tribe, *Larry Tribe on Liberty and Equality*, disponível em: http://balkin.blogspot.com/2008/05/larry-tribe-on-liberty-and-equality.html ("A estratégia que, para mim, permite o melhor vislumbre do infinito é aquela que resiste à compartimentalização rígida e que vai além da dicotomia entre liberdade e igualdade para reconhecer o fundamento último de ambos os conceitos em uma ideia expandida de dignidade humana").
7. V. James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, *Yale Law Journal*, n. 113, pp. 1151, 1160 e 1221, 2004.
8. V. Richard Posner, No Thanks, We Already Have Our Own Laws, *Legal Affairs,* July/August 2004 (defendendo que o uso de decisões estrangeiras, mesmo que de modo limitado, é danoso ao Poder Judiciário e reduz a influência dos juízes).
9. Com a expressão "discurso transnacional" quer-se significar a menção e o uso argumentativo de jurisprudência estrangeira e internacional pelo Judiciário de um determinado país.

e último objetivo é mostrar como a definição da natureza jurídica e do conteúdo mínimo da dignidade humana pode ser útil para estruturar o raciocínio jurídico nos casos difíceis. Como exemplos para confirmar o argumento central do trabalho, são utilizados os casos do aborto, da união homoafetiva e do suicídio assistido.

1. A dignidade humana no direito contemporâneo

1.1. Origem e evolução

Em uma linha de desenvolvimento que remonta à Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições.[10] Como um *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral.[11] O termo também foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia dos seus poderes.[12] Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais.[13] Assim sendo, na cultura ocidental, o primeiro sentido atribuído à dignidade – uma categorização dos indivíduos – pressupunha uma sociedade hierarquizada e estava associado a um *status* superior, uma classificação ou posição mais alta. De modo geral, a dignidade era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios. Tendo essas premissas como base, não parece correto entender a ideia contemporânea de dignidade humana como um desenvolvimento histórico do conceito romano de *dignitas hominis*. A noção atual de dignidade humana não substitui a antiga, pois é produto de uma história diferente, que correu paralelamente à narrativa apresentada anteriormente.

A dignidade humana, como agora compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. O longo desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico[14] e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial. Sob uma

10. Christopher McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *19 European Journal of International Law*, n. 19, p. 655-7, 2008.
11. Izhak Englard, Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel´s Constitutional Framework, *Cardozo Law Review*, n. 21,, pp. 1903 e 1904, 1999-2000.
12. V. Jean Bodin, *Les Six Livres De La République*, 1593, p. 144.
13. Charlotte Girard e Stéphanie Hennette-Vauchez, *La Dignité De La Personne Humaine: Recherche Sur Un Processus De Juridicisation*, 2005, p. 24.
14. V. Marco Túlio Cícero no seu tratado *De Officis*, de 44 A.C. P. 1, 30 e 105-107. V. tradução para o inglês (Walter Miller, 1913) disponível em: http://www.constitution.org/rom/de_officiis.htm.

perspectiva *religiosa*, a ideia central que está no âmago da dignidade humana pode ser encontrada no Velho Testamento, a Bíblia Judaica: Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança[15] e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo como a si mesmo.[16] Essas máximas são repetidas no Novo Testamento cristão.[17] Em relação às origens filosóficas da dignidade humana, o estadista romano Marco Túlio Cícero foi o primeiro autor a empregar a expressão "dignidade do homem", associando-a com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais.[18] Com Pico della Mirandola, em 1486, a *ratio philosophica* começou a se afastar de sua subordinação à *ratio theologica*.[19] O teólogo espanhol Francisco de Vitoria[20] e o filósofo alemão Samuel Pufendorf[21] aportaram importantes contribuições ao tema. Foi com o Iluminismo, contudo, que emergiu a ideia da centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e do advento da cultura dos direitos individuais. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais.[22] Um dos principais representantes do Iluminismo foi Immanuel Kant, que o definiu como a saída do ser humano da sua autoimposta imaturidade.[23]

Ao lado dos marcos religiosos e filosóficos já identificados, existe um marco *histórico* significativo, que foi decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles

15. Gênesis 1:26 e 1:27.
16. Levítico 19:18.
17. Efésios 4:24 e Mateus 22:39. Devido a sua grande influência sobre a civilização ocidental, muitos autores enfatizam o papel do cristianismo no delineamento daquilo que veio a ser conhecido como dignidade humana. V. Christian Starck, The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and Its Place in Modern Constitutions. In: David Kretzmer and Eckart Klein, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 2002, p. 181.
18. V. nota 14, *supra*, e Hubert Cancik, "Dignity of Man" and "Persona" in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, *De Officis I*, p. 105-7. In: David Kretzmer and Eckart Klein, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 2002, pp. 20, 21 e 27.
19. Seu famoso discurso *Oratio de Hominis Dignity* ("Oração Sobre a.Dignidade do Homem") é considerado o manifesto fundador do humanismo renascentista. V. Pico della Mirandola, *Oratio de Hominis Dignitate,* disponível em inglês em: http://www.wsu.edu:8080/~wldciv/world_civ_reader/world_civ_reader_1/pico.html.
20. Francisco de Vitoria (1492-1546) ficou conhecido pela defesa firme dos direitos dos indígenas contra a ação dos colonizadores no novo mundo. V. Edwin Williamson, *The Penguin History of Latin America*, 2009, pp. 64 e 65.
21. Samuel von Pufendorf (1632-1694) foi um precursor do Iluminismo e um pioneiro no projeto de formular uma concepção secular da dignidade humana, a qual ele fundamentava na liberdade moral. V. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*. Uma versão em inglês – *On The Duty of Man and Citizen According to the Natural Law* (1673) – pode ser encontrada em: http://www.lonang.com/exlibris/pufendorf/index.html.
22. Sobre o Iluminismo, v. Peter Gay, *The Enlightenment: An Interpretation* (1977); Paul Hazard, *European Thought in the Eighteenth Century* (trad. J. Lewis May, Yale University Press); e Ernst Cassirer, *The Philosophy of the Enlightenment* (1960) (trad. Fritz C.A. Koelln e James P. Pettegrove, The University Press).
23. Immanuel Kant, *An Answer to the Question: What is Enlightenment*?, In: James Schmidt (ed.), *What Is Enlightenment?*, 1996, pp. 58, 62 e 63.

provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso *político* dos vitoriosos como uma das bases para uma era longamente aguardada de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso *jurídico* devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra.[24] Nessa teoria jurídica renovada, na qual a interpretação das normas legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos, a dignidade humana desempenha um papel proeminente. Conclui-se aqui, então, o breve esboço da trajetória religiosa, filosófica, política e jurídica da dignidade humana em direção ao seu sentido contemporâneo.

1.2. Direito Comparado, Direito Internacional e Discurso Transnacional

1.2.1. A dignidade humana nas constituições e na jurisprudência de diferentes países

A dignidade humana é um conceito encontrado na maioria das constituições redigidas após a Segunda Guerra Mundial.[25] É geralmente reconhecido que a ascensão da dignidade como um conceito jurídico tem suas origens mais diretas no Direito Constitucional alemão. De fato, baseado nas disposições da Lei Fundamental de 1949, que declara que a dignidade humana deve ser "inviolável" (Art. 1.1) e estabelece o direito ao "livre desenvolvimento da personalidade" (Art. 2.1), o Tribunal Constitucional Federal alemão desenvolveu uma jurisprudência que influencia decisões judiciais e escritos doutrinários por todo o mundo.[26] De acordo com o Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um

24. Na Europa, e particularmente na Alemanha, a reação contra o positivismo começou com a obra de Gustav Radibruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosphie* (Cinco Minutos de Filosofia do Direito) de 1945, que influenciou muito o delineamento da *jurisprudência dos valores* que, por sua vez, gozou de bastante prestígio no período pós-Segunda Guerra. Na tradição anglo-americana, a obra *A Theory of Justice*, de John Rawls, publicada em 1971, tem sido considerada um marco no processo de aproximação de elementos da ética e da filosofia política com a Teoria do Direito. O ataque geral de Ronald Dworkin contra o positivismo por meio do seu artigo *The Model of Rules* (*University of Chicago Law Review*, n. 35, pp. 14 e 17, 1967) é outro poderoso exemplo dessa tendência. Na América Latina, o livro *Ética y Derechos Humanos*, de Carlos Santiago Nino, publicado em 1984 (a versão em inglês, intitulada *The Ethics and Human Rights*, é de 1991), é igualmente representativo da cultura pós-positivista.

25. Isso inclui, entre outras, as constituições da Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia. Alguns países, como Irlanda, Índia e Canadá, fazem referência à dignidade humana no preâmbulo das suas constituições.

26. V. Dieter Grimm, Die Würde des Menschen ist unantastbar (A Dignidade Humana é Inviolável). In: *24 Kleine Reihe*, 2010.

valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado.[27] Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos,[28] a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado.[29] Em várias ocasiões o Tribunal enfatizou que o conceito de homem, na Lei Fundamental, envolve um equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade.[30] Baseado nesse entendimento da dignidade humana, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem proferido um conjunto amplo e variado de decisões que incluem: a definição do alcance do direito à privacidade tanto no que se refere à proteção contra o Estado[31] quanto contra a interferência privada,[32] proibição da negação do Holocausto,[33] proibição do abate de aeronaves sequestradas por terroristas[34], e a declaração de que é inconstitucional para o Estado descriminalizar o aborto ("caso Aborto I"),[35] decisão que foi posteriormente revista para permitir maior flexibilidade na regulação da matéria ("caso Aborto II"). [36]

Na França, foi apenas em 1994 que o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), combinando diferentes passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com *status* constitucional.[37] Os autores franceses, com maior ou menor entusiasmo, têm se referido à dignidade humana como um elemento necessariamente subjacente a todo o direito positivo francês,[38] como um conceito ao mesmo tempo fundante fundamental e normativo,[39]

27. Bundesverfassungsgerich [BVerfG], [Tribunal Constitucional Federal] 1969, 27 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerich [BVerfGE] 1 (Caso Microsensus); e 30 BVerfGE 173 (1971) (Caso Mefisto). Esse caráter "absoluto" da dignidade humana tem sido objeto de crescente disputa, mas essa ainda é a visão dominante no Tribunal. V. Dieter Grimm, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, 2010, p. 5.
28. 30 *BVerfGE* 173 (1971) (Caso Mefisto).
29. Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 1997, p. 312.
30. 4 *BVerfGE* 7, 15-16 (1954).
31. 27 *BVerfGE* 1 (1969) (Caso Microsensus).
32. 30 *BVerfGE* 173 (1971) (Caso Mefisto).
33. 90 *BVerfGe* 241 (1994). V. Winfried Brugger, Ban on Or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law. *Tulane European & Civil Law Forum*, n. 17, p. 1, 2002.
34. *BVerfG*, 1 BvR 357/05.
35. 39 *BVerfGE* 1 (1975). Nessa decisão o Tribunal considerou que o direito à vida e o dever do Estado de proteger esse direito exigiam a criminalização do aborto. Como consequência, o tribunal declarou inconstitucional lei que descriminalizava o aborto durante o primeiro trimestre da gestação.
36. 88 *BVerfGE* 203 (1993). Nessa decisão, o Tribunal reiterou o dever do Estado de proteger os fetos, mas admitiu que algumas restrições sobre o aborto poderiam violar a dignidade da mulher. Depois da decisão, o governo aprovou uma nova lei que declarava que o aborto durante o primeiro trimestre de gravidez poderia não ser passível de punição, desde que a mulher passasse por um aconselhamento compulsório de viés pró-vida. Trechos extraídos de Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 353.
37. *CC* decisão no. 94-343/344 DC, 27/07/1994.
38. Jacques Robert, The Principle of Human Dignity. In: *The Principle of Respect for Human Dignity: Seminar Proceedings*, p. 43 (Council of Europe, 1999).
39. Charlotte Girard e Stéphanie Hennette-Vauchez, *La Dignité De La Personne Humaine: Recherche Sur Un Processus De Juridicisation*, 2005, p. 17.

e como a pedra filosofal de todos os direitos fundamentais.[40] Desde então, o princípio da dignidade humana foi invocado em diferentes contextos, da declaração de que a moradia decente para todas as pessoas é um valor constitucional[41] até a validação de leis permitindo o aborto durante as primeiras doze semanas de gravidez.[42] No ano de 2010, o Conselho Constitucional reconheceu a constitucionalidade de duas leis controversas votadas pelo Parlamento: uma delas torna ilegal o uso, em público, de véu que cubra integralmente o rosto, o que inclui a burca islâmica;[43] a outra proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo.[44] Embora a dignidade humana não tenha sido explicitamente mencionada em nenhuma dessas decisões, ela estava claramente em questão, na medida em que ambas as matérias diziam respeito à liberdade religiosa, igualdade e escolhas existenciais. O Conselho de Estado (*Conseil d'État*), por sua vez, considerou que a atividade de entretenimento praticada em certas casas noturnas, conhecida como *arremesso de anão*, deveria ser proibida, decisão esta que será discutida na seção 2 do presente artigo. Em 2000, no *caso Perruche*, a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) proferiu uma decisão extremamente polêmica, reconhecendo o "direito de não nascer" e assegurando a uma criança, representada pelos pais, uma indenização pelo fato de ter nascido parcialmente cega, surda e com transtorno mental severo.[45] Em outro caso que ganhou notoriedade, o Tribunal de Grande Instância de Créteil reconheceu à Corinne Parpalaix o direito de realizar uma inseminação artificial com o esperma de seu falecido marido, que o havia depositado em um banco de sêmen antes de se submeter a uma cirurgia de alto risco.[46]

No Canadá, a jurisprudência da Suprema Corte tem reconhecido a dignidade humana como um valor fundamental, subjacente tanto ao *common law* quanto à Carta de Direitos e Liberdades de 1982.[47] De acordo com a Corte, trata-se de valor que possui uma dimensão comunitária, sendo acompanhado por uma série de responsabilidades.[48] O significado e o alcance da dignidade humana estiveram direta ou indiretamente envolvidos na discussão de casos que resultaram na derrubada da

40. Dominique Rousseau, *Les Libertés Individuelles et la Dignité de la Personne Humaine*, 1998, p. 69.
41. *CC* decisão no. 94-359 DC, 19/01/1995.
42. *CC* decisão no. 74-54 DC, 15/01/1975, sobre a constitucionalidade da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez; e *CC* decisão no. 2001-446 DC, 27/06/2001.
43. *CC* decisão no. 2010-613 DC, 7/10/2010.
44. Ver: http://www.lesoir.be/actualite/france/2011-01-28/le-conseil-constitutionnel-dit-non-au-mariage-homosexuel-818228.php.
45. O réu foi um laboratório que falhou em detectar que a mãe tinha contraído rubéola. Decisão de 17/11/2000. Ver: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/.
46. *Affaire Parpalaix*, *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, 1º de Agosto de 1984. Para um comentário sobre essa decisão, v. Gail A. Katz, Parpalaix c. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Techology, *Harvard Journal of Law and Technology*, n. 11, p. 683, 1998.
47. *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451-605. Disponível em: http://scc.lexum.org/en/1995/1995scr1-451/1995scr1-451.html.
48. *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654-676. Disponível em: http://scc.lexum.org/en/1991/1991scr3-654/1991scr3-654.html.

legislação impeditiva do aborto,[49] na negação ao suicídio assistido,[50] na declaração da validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo[51] e na descriminalização do consumo de maconha.[52] Em Israel, a dignidade humana se tornou um conceito constitucional expresso em 1992.[53] Ao longo dos anos, o respeito pela dignidade humana tem estado no centro de várias questões moralmente complexas decididas pela Suprema Corte daquele país, tais como o caso no qual ela considerou como inaceitável a utilização de detenções prolongadas de prisioneiros libaneses como moeda de troca para obter o retorno de soldados israelenses,[54] e a decisão que reafirmou a absoluta proibição da tortura, sem exceções e sem espaço para ponderações, mesmo no caso de suspeitos de terrorismo.[55] Na África do Sul, a Corte Constitucional fez uso da dignidade humana para declarar a pena de morte inconstitucional,[56] para permitir o aborto durante o primeiro trimestre de gravidez[57] e para proteger as relações homoafetivas.[58] Divergindo de cortes constitucionais de outros países, a Corte Constitucional da Colômbia considerou a prostituição voluntária como uma profissão legítima.[59] Não há necessidade de seguir em frente citando outros exemplos, pois o ponto já está claro: a dignidade humana tornou-se um conceito central e recorrente na fundamentação de decisões de cortes constitucionais e tribunais superiores de todo o mundo. O caso dos Estados Unidos será tratado separadamente.

1.2.2. A dignidade humana nos documentos e na jurisprudência internacionais

A dignidade humana tornou-se uma ideia onipresente também no Direito Internacional. De fato, o termo tem sido inserido em uma grande quantidade de

49. *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: http://scc.lexum.org/en/1988/1988scr1-30/1988scr1-30.html.
50. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.
51. *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.
52. *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571. Disponível em: http://scc.lexum.org/en/2003/2003scc74/2003scc74.html.
53. Em 1992 foi promulgada a *Lei Fundamental: Dignidade Humana e Liberdade*. Disponível em: http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod.htm.
54. *Plonim v. Minister of Defense, Dinim Elyon* (1997) vol. LVII n. 755.
55. *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel & The General Security Service*. HCJ 5100/94 (1999). Disponível em: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf.
56. *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3. Disponível em: http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.pdf.
57. *Christian Lawyers Association of South Africa & others v Minister of Health & others* 1998 (4) SA 113 (T), 1998 (11) BCLR 1434 (T). Disponível em: http://ss1.webkreator.com.mx/4_2/000/000/00b/ae7/8.%20Christian%20Lawyers%20Association%20v.%20Minister%20of%20Health.%201998.pdf.
58. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* (CCT11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (1) BCLR 1517 (9 October 1998). Disponível em: http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2076.pdf.
59. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-62910.* Lais v. Bar Discoteca Pandemo. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm.

declarações e tratados,[60] muitos dos quais são aplicáveis por cortes internacionais. Com efeito, a *Corte Europeia de Justiça* (CEJ) utilizou o conceito de dignidade humana para fundamentar suas decisões em uma variada seleção de casos, sustentando, por exemplo, que nem o corpo humano nem qualquer de seus elementos podem constituir invenções patenteáveis,[61] e que o empregador viola o dever de respeitar a dignidade ao demitir um empregado devido a uma cirurgia de mudança de sexo.[62] Uma discussão complexa sobre a dignidade se deu no *caso Omega,* no qual a Corte decidiu que a dignidade humana pode ter diferentes significados e alcances dentro das jurisdições domésticas da União Europeia.[63] Do mesmo modo, a *Corte Europeia de Direitos Humanos* (CEDH) tem frequentemente empregado a dignidade humana como um importante elemento na sua interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950).[64] No *caso Tyrer*, a Corte decidiu que submeter alguém de quinze anos de idade a castigos corporais ("três açoites com vara") era uma afronta a sua dignidade e constituía um tratamento inadmissível dos jovens como objetos em poder das autoridades.[65] A CEDH também considerou que a dignidade produzia efeitos em casos envolvendo a rejeição da imunidade conjugal para a acusação de estupro,[66] na persecução penal da conduta homossexual privada e consentida entre adultos,[67] e na recusa em permitir a mudança legal de sexo.[68] A *Corte Interamericana de Direitos Humanos* também tem citado a dignidade em muitas ocasiões, como por exemplo, em relação à violência psicológica, sexual e física contra detentos em prisões,[69] confinamento solitário e outras formas de encarceramento em condições desumanas,[70] desaparecimentos forçados[71] e

60. Entre os quais se incluem a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004).
61. Case C-377/98, *Kingdom of the Netherlands v. European Parliament and Council of the European Union*, 2001 E.C.R. I-07079.
62. Case 13/94, *P v. S and Cornwall* CC, 1996 E.C.R. I-2143.
63. Case C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 2004 E.C.R. I-09609. O litígio envolvia a proibição de um jogo fornecido por empresa britânica, o "Laserdrome", usado para simular atos de homicídio. Um tribunal alemão confirmou a decisão alegando que o "jogo da morte" era uma afronta à dignidade humana.
64. A convenção, contudo, não incorporou expressamente o conceito de dignidade humana ao seu texto.
65. *Tyrer v. the United Kingdom*, 26 Eur. Ct. H.R. (1978).
66. *S.W. v. United Kingdom*, *C.R. v. United Kingdom*, 21 Eur. Ct. H.R. (1995).
67. *Dudgeon v. United Kingdom* 45 Eur. Ct. H.R. (1981).
68. *Goodwin v. United Kingdom*, 35 Eur. Ct. H.R. (2002).
69. *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru*, Inter-Am. C.H.R. Series C No. 160 (2006).
70. V. *Bámaca Velásquez Case*, Inter-Am. C.H.R. Series C No. 70 (2000); *Boyce et al. v. Barbados*, Inter-Am. C.H.R. Series C No. 169 (2007); *Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay*, Inter-Am. C.H.R. (2004); e *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Inter-Am. C.H.R. (2005).
71. V. *Velásquez Rodriguez Case*, Inter-Am. C.H.R. Series C No. 4 (1988).

execuções extrajudiciais.[72] No fim de 2010, a Corte pronunciou-se contra a concessão de anistia para crimes perpetrados por agentes do Estado (assassinato, tortura e desaparecimento forçado de pessoas) durante a ditadura militar no Brasil.[73]

1.2.3. A dignidade humana no discurso transnacional

Nos últimos anos, cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional[74] envolvendo citação mútua, intercâmbio acadêmico[75] e organização de fóruns públicos como a Comissão de Veneza.[76] Dois fatores têm contribuído para o aprofundamento desse processo. Em primeiro lugar, os países onde o Estado de direito foi instaurado mais recentemente se espelham, com frequência, na experiência de democracias mais sedimentadas. Nas últimas décadas, ondas de democratização alcançaram diversas partes do mundo, incluindo a Europa nos anos 1970 (Grécia, Portugal e Espanha), a América Latina na década de 1980 (Brasil, Chile, Argentina) e a Europa Central e Oriental nos anos 1990. Órgãos como a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha têm desempenhado um significativo papel de modelo para essas novas democracias. Embora o fluxo de ideias seja mais intenso em um sentido do que em outro, também é verdade que, como em qualquer outra forma de intercâmbio, esta é uma avenida de mão dupla. O segundo fator envolve o compartilhamento de experiências entre as democracias mais maduras e tradicionais. Sociedades plurais e altamente complexas se deparam com desafios em áreas que vão da segurança nacional até questões religiosas, raciais e sexuais. Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos.[77] Parece ser esse o caso em relação à pena de morte (com exceção dos Estados Unidos) e, em alguma medida, também ao aborto (Estados Unidos, Alemanha, França e Canadá, entre outros, possuem legislação similar nessa matéria). Como intuitivo e fora de qualquer dúvida, as decisões judiciais estrangeiras têm apenas uma autoridade persuasiva, não sendo vinculantes. Somente esse fato já seria suficiente para afastar qualquer espécie de temor provinciano.

72. V. *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, Inter-Am. C.H.R. (2006).
73. Caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*, julgamento em 24/11/2010. V. página oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em: http://search.oas.org/default.aspx?k=Brasil,%20caso%20araguaia&s=All+Sites.
74. V. Anne-Marie Slaughter. *A New World Order*. 2004, p. 70.
75. Antigos membros de cortes constitucionais, como Aaron Barak, da Suprema Corte de Israel, e Dieter Grimm, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, são visitantes frequentes de faculdades de direito americanas, como Yale e Harvard. Na Yale Law School, o Seminário *Constitucionalismo Global*, dirigido por Robert Post, reúne um grupo de cerca de quinze membros de cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo. V. http://www.law.yale.edu/academics/globalconstitutionalismseminar.htm. V. também Mark Tushnet, *A Court Divided:* The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law, 2005, p. 176.
76. De acordo com o seu sítio eletrônico, a Comissão Europeia para Democracia Através do Direito, mais conhecida como Comissão de Veneza, é um órgão consultivo do Conselho da Europa e um grupo de reflexão sobre o direito constitucional. V. http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp, último acesso em 13/04/2011.
77. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, 2004, pp. 77 e 78.

Não é difícil encontrar exemplos desse diálogo entre as cortes de diferentes países. A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, frequentemente cita concepções de dignidade de cortes estrangeiras ou de tribunais internacionais. Em *Kindler* vs. *Canada*, os votos divergentes mencionaram a abolição da pena de morte no Reino Unido, na França, na Austrália, na Nova Zelândia, na antiga Tchecoslováquia, na Hungria e na Romênia.[78] Em *R.* vs. *Morgentaler*,[79] a Corte fez referência a precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o aborto. Em *R.* vs. *Smith*,[80] o voto divergente citou muitos casos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre penas cruéis e incomuns. Em *R.* vs. *Keegstra*, um caso acolhendo a proibição do *hate speech*, a Corte citou diversos pronunciamentos da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a matéria.[81] A decisão da Suprema Corte do Canadá no *caso Rodriguez*,[82] no qual ela se recusou a reconhecer o direto ao suicídio assistido, foi mencionada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Pretty* vs. *United Kingdom*, quando essa última Corte abordou a mesma questão.[83] Na Índia, a Suprema Corte frequentemente cita precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma variedade de diferentes contextos. Em um dos casos, a doutrina americana de que a mudança de orientação jurisprudencial consolidada somente se aplica para frente (*prospective overruling*) foi objeto de intenso debate.[84] Em outro julgamento a Corte aplicou o parâmetro americano de um escrutínio mais estrito para discriminação de gênero, acompanhado de uma longa citação a um voto da *Justice* Ginsburg.[85] Na África do Sul, a Corte Constitucional tem citado diversas decisões da Suprema Corte do Canadá, em casos envolvendo o direito das mulheres à igualdade, e em casos que tratam da pena de morte. Em uma decisão sobre o aborto proferida pela Suprema Corte da Polônia, o juiz Lech Garlikci, ao votar em oposição à maioria, citou precedentes dos Tribunais Constitucionais da Espanha e da Alemanha.[86]

78. [1991] 2 S.C.R. 779 (permitindo a extradição de um réu americano acusado de homicídio).
79. *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (derrubando dispositivos do Código Penal que autorizavam o aborto).
80. *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045 (afirmando que a pena mínima de prisão obrigatória prevista pela Lei de Controle dos Narcóticos não passava no teste de proporcionalidade e constituía uma punição cruel e incomum).
81. *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.
82. V. *supra*, nota 51.
83. Application no. 2346/02 (2002). Disponível em: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698325&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.
84. *I. C. Golaknath & Ors v. State of Punjab & Anrs* [1967] INSC 45; AIR 1967 SC 1643; 1967 (2) SCR 762 (27 de Fevereiro de 1967). Disponível em: http://www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/1967/45.html.
85. *Anuj Garg & Ors v. Hotel Association of India & Ors* [2007] INSC 1226 (6 de Dezembro de 2007). Disponível em: http://www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/2007/1226.html.
86. Decisão polonesa sobre o aborto (1997), K 26/96 OTK ZU No. 2 (Tribunal Constitucional).

Nos Estados Unidos, referências a leis e precedentes estrangeiros são relativamente escassas.[87] Por volta do final do último século, alguns observadores diagnosticaram certo isolacionismo e paroquialismo por parte dos juristas e das cortes americanas.[88] Mas com a virada do século, novos ventos passaram a soprar, com precedentes estrangeiros sendo citados na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos como *Knight* vs. *Florida*,[89] *Atkins* vs. *Virginia*,[90] e *Grutter* vs. *Bollinger.*[91] A decisão paradigmática, porém, veio em 2003 com *Lawrence* vs. *Texas*,[92] quando o *Justice* Kennedy, escrevendo pela maioria, citou uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.[93] Essa referência provocou uma divergência dura do *Justice* Scalia, acompanhado pelo *Justice* Thomas e pelo então *Chief Justice* Rehnquist.[94] Em 2005, no caso *Roper* vs. *Simmons*,[95] o *Justice* Kennedy fez novas menções ao direito estrangeiro e internacional, dessa vez no que dizia respeito à "contrariedade da opinião pública internacional no que se refere à condenação de jovens à morte", acrescentando que "a opinião da comunidade internacional, embora não vincule nosso resultado, oferece apoio significativo para as nossas próprias conclusões".[96] Em suas sabatinas no Senado Federal americano, tanto o atual *Chief Justice* John Roberts, quanto o *Justice* Samuel Alito, expressaram contrariedade ao uso dessas referências. Apesar disso, as ameaças legislativas de proibir a utilização de direito estrangeiro pelo Poder Judiciário e de tornar essa prática uma infração passível de *impeachmen*t acabaram não ganhando impulso.[97] Fica claro, portanto, que duas diferentes abordagens "desconfortavelmente

87. Sobre esse tema, v. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, 2004, e Diane Marie Amann, "Raise the Flag and Let It Talk": On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making, *2 International Journal of Constitutional Law*, n. 2, p. 597, 2004. Para alguns precedentes v. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31 a 32 e n.1 (1905); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Younstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952) (Justice Jackson's concurrence); e *Miranda v. Arizona*, 348 U.S. 436, 486 a 490 (1966).
88. Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, *Virginia Law Review*, n. 83, pp. 771 e 772 ("A transformação global ainda não teve o menor impacto sobre o pensamento constitucional norte-americano. O juiz americano típico não pensaria em aprender com uma decisão da Corte Constitucional alemã ou francesa. Nem o jurista típico – presumindo, em contrariedade aos fatos, que ele poderia seguir o raciocínio dos nativos em suas línguas estrangeiras. De todo o modo, a teoria e prática norte-americanas se moveram na direção de um provincianismo enfático.").
89. 528 U.S. 990 (1999) (*Breyer, J, dissenting*). Ao discordar da rejeição do *certiorari*, o *Justice* Stephen Breyer citou casos da Índia, Zimbábue, Canadá, África do Sul e da Corte Europeia de Direitos Humanos.
90. 536 U.S. 304 (2002). O *Justice* Stevenson, escrevendo pela maioria, afirmou que "no âmbito da comunidade mundial, a imposição da pena de morte para crimes cometidos por pessoas com deficiência mental é amplamente reprovada" (p. 316, n. 21).
91. 539 U.S. 306 (2003). Votando separadamente, a *Justice* Ginsburg citou duas convenções internacionais sobre discriminação (p. 344).
92. 539 U.S. 558 (2003).
93. 539 U.S. 558 (2003), citando a decisão da CEDH em Drudgeon v. United Kingdom (p. 576).
94. 539 U.S. 558 (2003) (*Scalia, J., acompanhado por Rehnquist, C.J., e Thomas, dissentindo*), afirmando que visões estrangeiras são "dados sem sentido" e que a Corte "não deve impor aos americanos, humores, manias ou modas estrangeiras".
95. 543 U.S. 551 (2005).
96. 543 U.S. 551 (2005).
97. V. Charles Lane, *Scalia Tells Congress to Mind Its Own Business*, Washington Post 19/05/2006, disponível em: http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/18/AR2006051801961.html.

coexistem"[98] no interior da Suprema Corte: a "jurisprudência nacionalista", que rejeita qualquer referência a precedentes estrangeiros e internacionais; e a "jurisprudência transnacional", que permite tais referências. Deveria prevalecer a segunda abordagem, que é mais cosmopolita, progressista e "venerável".[99]

1.3. A dignidade humana nos Estados Unidos da América

Embora não haja referência expressa à dignidade humana no texto da Constituição dos Estados Unidos,[100] a Suprema Corte daquele país há muito tempo já vem empregando essa ideia.[101] Apesar disso, foi somente durante os anos 1940[102] e, particularmente, depois da década de 1950,[103] que esse conceito começou a ganhar maior influência na jurisdição constitucional americana. Alguns autores relacionam esse fato com a presença do *Justice* William Brennan na Corte e com sua visão da dignidade humana como um valor básico, um princípio constitucional e uma fonte de direitos e liberdades individuais.[104] Como será visto nos precedentes discutidos abaixo, a dignidade humana nunca foi considerada, na argumentação dos membros da Suprema Corte, como um direito fundamental particular ou autônomo, mas sim como um valor subjacente tanto a direitos expressos quanto aos não enumerados, como os direitos à privacidade e à igualdade, à assistência econômica do governo e a um final de vida digno, à proteção contra a autoincriminação, contra penas cruéis e incomuns e contra buscas e apreensões arbitrárias. Preocupações com a dignidade humana também estão presentes quando a liberdade de expressão colide com questões pertinentes à intimidade e à reputação.[105] Nesse cenário, o papel da dignidade humana

98. Harold Hongju Koh, International Law as Part of Our Law, *Faculty Scolarship Series. Paper 1782*. 2004, p. 52. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1782/.
99. Harold Hongju Koh, International Law as Part of Our Law, *Faculty Scolarship Series. Paper 1782*. 2004, p. 52. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1782/.
100. No caso dos estados, a Constituição de Montana possui uma cláusula explícita sobre a dignidade humana. Trata-se do Artigo III, Seção 4, que dispõe: "Dignidade individual. A dignidade do homem é inviolável (...)". V. Vicki C. Jackson, Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse, *Montana Law Review*, n. 65, p. 28, 2004, ressalvando que a cláusula tem desempenhado um papel secundário.
101. V. *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793), p. 455; *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591 (1896) (*Field, J., dissentindo*), p. 632; e *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), p. 62 (*Frankfurter J., concorrendo*).
102. O *Justice* Murphy usou o termo "dignidade" no seus votos divergentes em *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945) (*Murphy, J., dissentindo*, p. 135); *In re* Yamashita, 327 U.S. 1 (1946) (*Murphy, J., dissentindo*, p. 29) e *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (*Murphy, J., dissentindo*).
103. A primeira aparição da expressão "dignidade humana" em um voto majoritário foi em *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174 (1952). V. Vicki C. Jackson, Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse, *Montana Law Review*, n. 65, p. 16 (n. 7), 2004.
104. V. Stephen J., Law and Human Dignity: The Judicial Soul of Justice Brennan, *7 William & Mary Bill of Rights Journal*, pp. 223, 228, 233 e 235, 1998-1999; e também Seth Stern e Stephen Wermiel, *Justice Brennan: Liberal Champion*, 2010, p. 409-33.
105. Maxime D. Goodman, Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence, *Nebraska Law Review*, n. 84, pp. 740 e 757, 2005-2006, identificou essas oito categorias de casos como aqueles nos quais a Suprema Corte tem expressamente relacionado a dignidade humana com reivindicações constitucionais específicas, às vezes fundamentando as suas decisões na necessidade de promover a dignidade humana, e outras vezes rejeitando a prevalência desse argumento.

tem sido, principalmente, o de informar a interpretação de direitos constitucionais específicos.[106]

É no contexto do **direito à privacidade** que a dignidade humana tem exercido uma função de maior destaque. É verdade que a dignidade não foi expressamente invocada nos primeiros casos paradigmáticos, como *Griswold* vs. *Connecticut*[107] e *Roe* vs. *Wade*.[108] Mesmo assim, as ideias centrais que subjazem à dignidade – autonomia e liberdade para realizar escolhas pessoais – foram essenciais para essas decisões.[109] Em um caso posterior sobre o aborto, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* vs. *Casey*,[110] a dignidade humana foi expressamente mencionada pelo voto majoritário[111] e pelo voto divergente.[112] O mesmo ocorreu em *Stenberg v. Carhart*,[113] outro caso sobre o aborto. Contudo, foi em *Lawrence v. Texas*,[114] quando ficou definido que o direito à privacidade impede a criminalização de relações íntimas consensuais entre parceiros do mesmo sexo, que a dignidade humana teve seu papel de maior relevo em um caso julgado pela Corte.[115]

No contexto da **igualdade**, no que se refere aos direitos das mulheres, casos paradigmáticos como *Reed* vs. *Reed*[116] e *Frontiero* vs. *Richardson*[117] não mencionaram a

106. Gerald L. Neuman, Human Dignity in United States Constitutional Law. In: Dieter Simon & Manfred Weiss (ed.), *Zur Autonomie des Individdums,* 2000, p. 271.
107. 381 U.S. 479 (1965) (invalidando uma lei que proibia o uso de contraceptivos por pessoas casadas). Essa decisão criou um novo direito fundamental – o direito à privacidade – emanado das penumbras do *Bill of Rights*, e que protege as relações matrimoniais da intrusão do Estado. De acordo com a visão expressa no presente artigo, a dignidade humana é a verdadeira fonte dos direitos fundamentais não enumerados.
108. 410 U.S. 113 (1973) (assegurando o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez).
109. Alguns autores defendem que a privacidade é um "termo impróprio" e que a expressão "dignidade" se aplica melhor ao direito em questão. V. Jeremy M. Miller, Dignity as a New Framework, Replacing the Right to Privacy, *Thomas Jefferson Law Review*, n. 30, pp. 1 e 4, 2007-2008.
110. 505 U.S. 833 (1992), no qual a Suprema Corte parcialmente anulou e revisou o enfoque constitucional que rege o direito ao aborto.
111. 505 U.S. 833 (1992), p. 851: "Essas matérias, envolvendo as escolhas mais íntimas e pessoais que a pessoa pode tomar durante a sua vida, escolhas centrais para a *dignidade* pessoal e para a autonomia, são centrais também para a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda" (ênfase acrescida). A dignidade humana também foi mencionada pelo voto separado do *Justice* Stevens (*Stevens J., concorrendo em parte e dissentindo em parte,* p. 916). Em outra decisão sobre o aborto – *Stenberg* vs. *Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) – o *Justice* Breyer, escrevendo pela Corte, também citou o conceito de dignidade.
112. O *Justice* Scalia cita diversos casos nos quais a palavra dignidade foi mencionada pelos seus colegas, ao lado de outras (como autonomia e integridade corporal), para concluir que "o melhor que a Corte pode fazer para explicar como a palavra 'liberdade' *deve ser* interpretada para incluir o direito de destruir fetos humanos é brandir uma coleção de adjetivos que simplesmente ornamentam um juízo de valor e camuflam um julgamento político".
113. 530 U.S. 914 (2000). É interessante notar que, embora nesse caso a Corte tenha derrubado uma restrição sobre determinadas formas de aborto, em um caso posterior, *Gonzales* vs. *Cahart*, 550 U.S. 124 (2007), ela manteve uma restrição similar, mesmo sem rejeitar explicitamente o precedente de *Stenberg*.
114. 539 U.S. 558 (2003) (assegurando o direito de intimidade sexual para casais homoafetivos).
115. 539 U.S. 558, 567, 574, 577 (2003). Ao redigir o voto majoritário, o *Justice* Anthony M. Kennedy invocou a dignidade humana em diferentes passagens do texto.
116. 404 U.S. 71 (1971) (declarando a inconstitucionalidade de uma lei estadual que estabelecia que os homens tivessem prioridade sobre as mulheres nas nomeações dos administradores estaduais).
117. 411 U.S. 677 (1973) (declarando a inconstitucionalidade de regras que permitiam aos membros masculinos das forças armadas declarar as suas esposas como dependentes, enquanto as militares mulheres

dignidade humana na sua fundamentação mas, por outro lado, alguns outros precedentes que lidaram diretamente com discriminação sexual se referiram expressamente a esse conceito.[118] A ideia de dignidade humana, todavia, se tornou mais importante no contexto da discriminação racial. Em relação à *Brown* vs. *Board of Education*,[119] mesmo na ausência de uma referência expressa à dignidade humana por parte da Corte naquela ocasião, já foi devidamente reconhecido que esse conceito claramente esteve subjacente àquela decisão unânime que proibiu a segregação nas escolas públicas.[120] Em casos posteriores relacionados com a discriminação racial, diversos votos majoritários fizeram referência expressa à dignidade.[121]

No que tange aos precedentes envolvendo a **proteção contra a autoincriminaçã***o*, a Suprema Corte afirmou, em *Miranda* vs. *Arizona*,[122] que o ambiente do interrogatório, mesmo na ausência de intimidação física, é "destrutivo da dignidade humana".[123] Apesar desse posicionamento, com o passar dos anos a dignidade perdeu parte do seu vigor nos casos relativos à aplicação da Quinta Emenda.[124] Quanto à **proibição de buscas e apreensões arbitrárias**, o caso *Rochin* vs. *California*[125] estabeleceu uma conexão direta entre as formas pelas quais as provas são obtidas e a dignidade humana. No entanto, o destino da dignidade humana na linha de casos relacionados com a aplicação da Quarta Emenda se tornou mais sombrio a partir da segunda metade da década de 1980, depois da deflagração da "guerra contra as drogas".[126] No que se refere **ao direito à proteção contra penas cruéis e incomuns** e na questão específica da pena de morte, a Corte declarou em *Furman* vs. *Georgia*[127] que essa espécie de punição era inadmissível da maneira como aplicada em alguns estados[128] – sem o cuidado necessário, com os júris utilizando critérios incoerentes e, como observado em um voto

não podiam fazer o mesmo em relação aos seus maridos).
118. V. *J.E.B. v. Alabama ex rel.*, 511 U.S. 127, 141 (sustentando que rejeitar um jurado somente com base no gênero "viola a dignidade do jurado excluído") e *Robert* vs. *United States Jaycees*, 469 U.S. 609, 625 (mantendo uma lei estadual que obrigava algumas associações a aceitarem mulheres como membros regulares).
119. 347 U.S. 483 (1954).
120. V. William A. Parent, Constitutional Values and Human Dignity. In: Michal J. Meyer & William A. Parent (eds.), *The Constitution of Rights, Human Dignity and American Values*, 1992, p. 59.
121. V. *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964); e, particularmente, *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 517 (2000).
122. 384 U.S. 436 (1966).
123. 384 U.S. 436 (1966), p. 457. A maioria acrescentou que "o fundamento constitucional subjacente ao direito é o respeito que o governo – estadual ou federal – deve ter para com a dignidade e a integridade dos seus cidadãos." 384 U.S. 436 (1966), p. 460.
124. V. *Allen v. Illinois*, 478 U.S. 364 (1986); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); e *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666 (1998).
125. 342 U.S. 165 (1952) (sustentando que o bombeamento compulsório do estômago do recorrente para extrair cápsulas de drogas "choca a consciência" e viola a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda).
126. V. *Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1988); *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989) e *United States v. Montoya de Hernandez*, 473 U.S. 531 (1985).
127. 408 U.S. 238 (1972).
128. 408 U.S. 238 (1972).

do *Justice* Douglas acompanhando a maioria,[129] com impacto desproporcional sobre minorias. Quatro anos mais tarde, porém, em *Gregg* vs. *Georgia*,[130] a Corte manteve a validade de uma nova versão da legislação penal do estado da Georgia, que continuava a prever a pena de morte. Ainda nessa matéria, a dignidade foi expressamente invocada em *Atkins* vs. *Virginia*[131] e em *Roper* vs. *Simmons*,[132] quando, respectivamente, a Corte rejeitou como inconstitucionais a execução de indivíduos com deficiência mental, assim como a de condenados com menos de dezoito anos.

No contexto da **morte com dignidade**, o então *Chief Justice* Earl Warren, fez referência expressa à dignidade humana no seu voto divergente em *Cruzan* vs. *Director Missouri Department of Health*,[133] um caso no qual a Suprema Corte recusou autorização para o término de um tratamento médico que mantinha viva uma mulher já há muitos anos em estado de coma vegetativo. Nos anos seguintes, a Corte negou a existência de um direito ao suicídio com auxilio médico nos casos *Washington* vs. *Glucksberg*[134] e *Vacco* vs. *Quill*.[135] Em relação às **demandas por direitos sociais e econômicos**, o mais próximo que a Suprema Corte chegou de uma concepção da Constituição americana capaz de conferir direitos a prestações estatais positivas, foi provavelmente no julgamento do caso *Goldberg* vs. *Kelly*,[136] no qual ela sustentou que os beneficiários da assistência social não poderiam ter os seus benefícios revogados sem um contraditório justo. Finalmente, na jurisprudência da Suprema Corte, os **interesses na proteção da honra** são tradicionalmente suplantados pelas defesas conferidas pela Primeira Emenda nos conflitos envolvendo de um lado a liberdade de expressão e do outro o direito de um indivíduo resguardar sua própria imagem, sendo que esse último direito nem mesmo é reconhecido pela Corte como um interesse constitucionalmente protegido.[137]

1.4. Argumentos contrários ao uso da dignidade humana como um conceito jurídico

Inúmeros autores têm se oposto ao uso da dignidade humana no Direito – quando não em qualquer outra área –, com a invocação de três linhas básicas de argumentos. O primeiro argumento é de natureza formal: na hipótese de a dignidade humana não estar presente no texto da constituição de um Estado – como nos casos dos Estados Unidos e da França –, ela não pode fazer parte da argumentação jurídica. Esse é o ponto

129. Furman, 408 U.S. P. 240 (*Douglas, J., concorrendo*).
130. 428 U.S. 153 (1976).
131. 536 U.S. 304 (2002).
132. 543 U.S. 551 (2005).
133. 497 U.S. 261 (1990).
134. 421 U.S. 702 (1997).
135. 521 U.S. 793 (1997).
136. 397 U.S. 254 (1970).
137. V. *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), e *Paul v. Davis*, 424 U.S. 693 (1976).

de vista sustentado pelo *Justice* Scalia,[138] fiel ao **textualismo**[139] como sua filosofia de interpretação constitucional. O segundo argumento é mais ideológico: a dignidade humana não deveria fazer parte do discurso jurídico naqueles países onde ela não está enraizada na tradição legal. Essa é a visão, por exemplo, de Neomi Rao, para quem a dignidade humana está ligada a valores comunitários europeus que poderiam enfraquecer o constitucionalismo americano que, por sua vez, se baseia em direitos individuais.[140] Da mesma maneira, James Q. Whitman defende que as leis que protegem a privacidade nos Estados Unidos estão vinculadas ao valor da liberdade, enquanto na Europa elas são orientadas pela dignidade, entendida como honra pessoal.[141] Em conexão com esse argumento, Whitman faz duas afirmações altamente controversas. Em primeiro lugar, ele associa a ideia de dignidade na Europa com "a marca do fascismo"[142] e com a "história nazista".[143] Mais à frente, na conclusão de sua análise, ele declara que "as perspectivas para a proteção, em nome da dignidade, do direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo são, pode-se afirmar, remotas" e que "a proteção da dignidade das pessoas é completamente estranha à tradição americana".[144] A terceira objeção ao uso da dignidade como um conceito jurídico sustenta que a dignidade humana não tem um significado suficientemente específico e substantivo. Em um editorial bastante citado, Ruth Macklin escreveu que a dignidade é um "conceito inútil" e uma "repetição vaga" de noções existentes.[145] Da mesma maneira, Steven Pinker afirmou que o conceito de dignidade "permanece uma bagunça" e favorece um ativismo católico que faz uso de um "obstrucionismo ético".[146]

Embora nenhum dos argumentos acima seja irrelevante, todos eles podem ser confrontados e superados. Quanto à objeção textualista, é suficiente lembrar que todas as constituições trazem valores e ideias que subjazem e inspiram as suas disposições, mesmo sem nenhuma inclusão textual expressa. Na Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, não há menção à democracia, ao Estado de direito e ao controle judicial de constitucionalidade e, apesar disso, todos esses conceitos são onipresentes na teoria jurídica e na jurisprudência americanas. O mesmo vale para a dignidade humana, um

138. Em um debate com o autor do presente artigo na Universidade de Brasília em 2009, o *Justice* Antonin Scalia afirmou que não há uma cláusula da dignidade humana na Constituição dos Estados Unidos e que, por essa razão, ela não poderia ser invocada pelos juízes e pelas cortes.
139. Anthony Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 1997, p. 23.
140. Neomi Rao, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 204, 2007-2008.
141. Neomi Rao, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 1220, 2007-2008.
142. Neomi Rao, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 1166, 2007-2008.
143. Neomi Rao, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 1187, 2007-2008.
144. Neomi Rao, On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 1221, 2007-2008.
145. Ruth Macklin, Dignity Is a Useless Concept, *British Medical Journal*, n. 327, p. 1419, 2003.
146. Ruth Macklin, Dignity Is a Useless Concept, *British Medical Journal*, n. 327, p. 1419, 2003.

valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos.[147] Uma demonstração cabal desse argumento pode ser encontrada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o primeiro tratado internacional vinculante aprovado depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mesmo sem qualquer menção à "dignidade humana" no texto da Convenção, as instituições criadas por ela e, notoriamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, têm feito uso desse conceito em muitas das suas decisões, como já ilustrado anteriomente.

As objeções políticas e filosóficas ao uso da dignidade humana também são refutáveis. Em todos os lugares, as democracias constitucionais se esforçam para alcançar um equilíbrio entre direitos individuais e valores comunitários. E muito embora caiba ao processo político definir as fronteiras entre essas esferas (algumas vezes) concorrentes – no sentido de que o peso dado a uma e a outra pode variar em alguma medida – preocupações a respeito da dignidade humana podem ser encontradas nos dois lados dessa balança. A dignidade humana tem muito a ver, por exemplo, tanto com a liberdade de expressão quanto com a vacinação compulsória. Quanto às posições de Whitman, existe nelas um problema fundamental. Ele não realiza uma distinção clara e precisa entre o significado antigo de dignidade – hierarquia social, *status*, honra pessoal – e o seu sentido contemporâneo, baseado no valor intrínseco objetivo do indivíduo, assim como em alguns elementos subjetivos, como a autonomia pessoal. Isso pode explicar porque ele associa a dignidade ao fascismo e ao nacional-socialismo – e às suas noções de honra pessoal – e não à ampla e generosa concepção de direitos humanos que foi desenvolvida após o final da Segunda Guerra Mundial, como uma reação aos abusos perpetrados pelas potências do eixo. Outra consequência da ausência de uma necessária diferenciação entre o significado antigo e o contemporâneo da dignidade humana pode ser encontrada na oposição enxergada por Whitman entre privacidade como liberdade e privacidade como dignidade (ou seja, como "honra pessoal"). Como pretendo demonstrar, a dignidade é parte do núcleo essencial tanto da liberdade quanto da privacidade, e não um conceito (e muito menos um direito) incompatível com cada um deles. Por último, as perspectivas para o casamento *gay* parecem, nesse momento, menos sombrias do que Whitman havia antecipado.

Finalmente, ainda resta a imputação de que a dignidade é um *slogan* vago, que pode ser manipulado pelo autoritarismo e pelo paternalismo. Assim como acontece com qualquer outro conceito marcadamente abstrato – tal como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito constitucional alemão ou o devido processo

147. Gerald L. Neuman, Human Dignity in United States Constitutional Law. In: Dieter Simon & Manfred Weiss (ed.), *Zur Autonomie des Individdums,* 2000, p. 251.

legal e a cláusula da igualdade da Constituição americana –, existem riscos envolvidos na construção do significado da dignidade humana. Qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e a má utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política. Como disse Ronald Dworkin, "seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação".[148] Assim sendo, a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes. O trabalho a ser feito consiste em encontrar um conteúdo mínimo para a dignidade humana, que possa garantir a sua utilização como um conceito significativo e consequente, compatível com o livre arbítrio, com a democracia e com os valores seculares (laicos).

2. A natureza jurídica e o conteúdo mínimo da dignidade humana

2.1. A dignidade humana como um princípio jurídico

De tudo aquilo que já foi dito, fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. Na Alemanha, a visão dominante concebe a dignidade como um valor **absoluto**, que prevalece em qualquer circunstância.[149] Essa posição tem sido pertinentemente questionada ao longo dos anos.[150] Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando alguém é condenado à prisão após um procedimento condizente com o devido processo legal: nesse caso, um componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido. Esta hipótese ilustra, de maneira clara, que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. A dignidade humana, portanto, é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como absoluta. Valores, sejam políticos ou morais, adentram o mundo do direito usualmente assumindo a forma de princípios.[151] E embora direitos constitucionais e princípios constitucionais frequentemente

148. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, 2011, p. 204.
149. V. 27 *BVerfGE* 1 (caso Microcensus) e 30 *BVerfGE* 173 (1971) (caso Mefisto).
150. V. Dieter Grimm, Die Würde des Menschen ist unantastbar. In: *24 Kleine Reihe*, 2010, p. 5.
151. Os valores, é claro, também subjazem às regras. Mas, nesse caso, o julgamento valorativo já foi feito pelo legislador quando criou a regra, considerada como uma norma objetiva que prescreve um determinado comportamento. Os princípios, por outro lado, são normas mais abstratas, que oferecem razões, deixando mais espaço às cortes para determinar o seu significado nos casos concretos.

se justaponham, esse não é exatamente o caso aqui. A melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com *status* constitucional, e não como um direito autônomo, como será demonstrado abaixo.

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Não é necessário elaborar de modo mais profundo e detalhado a distinção qualitativa existente entre princípios e regras. A concepção adotada aqui é a mesma que se tornou dominante na Teoria do Direito, baseada no trabalho seminal de Ronald Dworkin sobre o assunto,[152] acrescida dos desenvolvimentos posteriores realizados pelo filósofo do direito alemão, Robert Alexy.[153] De acordo com Dworkin, princípios são normas que contêm "exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade".[154] Ao contrário das regras, eles não se aplicam na "modalidade tudo ou nada"[155] e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Os princípios têm uma "dimensão de peso"[156] e quando eles colidem é necessário considerar a importância específica de cada um deles naquela situação concreta.[157] Para Alexy, os princípios são "mandados de otimização",[158] cuja aplicação varia em diferentes graus, de acordo com o que é fática e juridicamente possível.[159] Portanto, de acordo com a teoria de Alexy, os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.[160] Essas visões não são imunes a controvérsias.[161] Mas não é possível aprofundar esse debate no presente estudo. Para os fins aqui visados, princípios jurídicos são normas que possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias. Mas, em qualquer caso, eles fornecem argumentos que devem ser considerados pelos juízes, e todo princípio exige um compromisso de boa fé para com a sua realização, na medida em que essa realização seja possível.[162]

152. V. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 14-45. O livro republicou o artigo *The Model of Rules*, de 1967, originalmente publicado em *University of Chicago Law Review*, n. 35, p. 14, 1967.
153. V. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (trad. Julian Rivers, Oxford University Press, 2004), p. 44-69.
154. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 22.
155. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 24.
156. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 26.
157. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 26.
158. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 47.
159. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 48.
160. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 48. V. também Robert Alexy, Balancing, Constitutional Review, and Representation, *International Journal of Constitutional Law,* n. 3, p. 572-81, 2005.
161. V. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1996, p. 310; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: *Staat, Verfassung, Demokratie,* 1991, p. 185, citado e transcrito em Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 577. V. também Humberto Ávila, *Theory of Legal Principles*, 2007.
162. Patricia Birnie, Alan Boyle e Catherine Redgwell, *International Law & the Environment*, 2009, p. 34.

Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico, e no momento da sua aplicação concreta eles sempre geram regras que regem situações específicas. Como forma de distinguir dois dos seus papéis principais, pode-se visualizar um princípio como dois círculos concêntricos.[163] O círculo interno, próximo do centro, contém o conteúdo essencial do princípio e é uma fonte direta de direitos e deveres. Por exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista nenhuma regra específica impedindo tal conduta. É claro que quando já existem regras mais específicas – indicando que os constituintes ou os legisladores detalharam o princípio de modo mais concreto – não há necessidade de se recorrer ao princípio mais abstrato da dignidade humana. Porém, em outro exemplo, nos países onde o direito à privacidade não está expresso na constituição – como nos Estados Unidos – ou o direito geral contra a autoincriminação não está explicitado – como no Brasil – eles podem ser extraídos do significado essencial da dignidade. Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos – e consequentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras.

O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou a privacidade. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.[164] Coerente com a posição aqui sustentada de que a dignidade humana não é um valor absoluto é a afirmação de que ela tampouco é um princípio absoluto. De fato, se um princípio constitucional pode estar por trás tanto de um direito fundamental quanto de uma meta coletiva,[165] e se os direitos colidem entre si e com as metas coletivas, um impasse lógico ocorreria. Um choque de absolutos não tem solução. O que pode ser dito é que a dignidade humana, como um princípio e valor fundamental, deve ter precedência na maior parte dos casos, mas não necessariamente em todos. Mais ainda: quando aspectos reais (e não apenas retóricos) da dignidade estão presentes na argumentação dos dois lados em conflito, a discussão se torna mais complexa.

163. A imagem dos dois círculos concêntricos foi usada em Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios:* O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2008, p. 122 e 123.
164. Uma lei é inconstitucional em abstrato quando é contrária à constituição em tese, isto é, em qualquer circunstância, e por isso é nula. Uma lei é inconstitucional em concreto quando em tese é compatível com a constituição, mas produz uma consequência inaceitável em uma circunstância particular.
165. V. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2004, p. 65 ("Os princípios podem se relacionar tanto com direitos individuais como com interesses coletivos.").

Em circunstâncias como essa, o pano de fundo cultural e político pode influenciar o modo de raciocínio do juiz ou da corte, o que, de fato, acontece com frequência, por exemplo, nos casos que envolvem conflitos entre a privacidade (no sentido de defesa da reputação) e a liberdade de imprensa.

Por fim, algumas poucas palavras sobre as razões pelas quais a caracterização da dignidade humana como um direito constitucional autônomo não corresponde à melhor abordagem. É verdade que princípios e direitos são categorias intimamente ligadas.[166] Tanto os direitos fundamentais quanto os princípios constitucionais representam uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral.[167] No entanto, uma vez que a dignidade é tida como o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas.[168] Vale lembrar que ela normalmente deve prevalecer, mas nem sempre será esse o caso. É melhor reconhecer esse fato do que tentar negá-lo através de argumentos circulares.[169]

2.2 A influência do pensamento kantiano

Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, consequentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria.[170] Apesar de questionamentos ocasionais ao seu

166. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 90 ("Os argumentos de princípio são aqueles destinados a consagrar um direito individual; os argumentos de política são aqueles destinados a consagrar uma meta coletiva. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem metas.").

167. V. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 4.

168. Sobre essa tensão entre direitos individuais e metas coletivas, Ronald Dworkin cunhou uma frase que se tornou emblemática no contexto do eterno conflito entre o indivíduo e as razões de Estado: "Os direitos individuais são trunfos guardados pelos indivíduos." E acrescentou: "a consequência de se definir algo como um direito é que ele não pode ser (...) sobrepujado pelo apelo a qualquer meta rotineira da administração pública, mas apenas por uma meta de especial urgência". V. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. xi e 92.

169. Esse parece ser o caso com a teoria de Alexy, segundo a qual o princípio da dignidade humana pode ser ponderado e não prevalecer em uma dada circunstância, ao mesmo tempo em que afirma, todavia, a existência de uma regra da dignidade humana que é o produto de tal ponderação e que sempre prevalece. V. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 64.

170. V. Christopher McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *European Journal of International L*aw, n. 19, p. 659, 2008.

sistema de moralidade,[171] a ética kantiana se tornou parte crucial da gramática e da semântica dos estudos sobre a dignidade humana.[172] Por essa razão, correndo o risco da simplificação excessiva, apresenta-se a seguir uma síntese de três dos conceitos centrais do seu pensamento: o imperativo categórico, a autonomia e a dignidade.[173]

De acordo com Kant, a ética é o domínio da lei moral, composta por comandos que regem a vontade que está em conformidade com a razão. Tais comandos expressam um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico. O imperativo **hipotético** identifica uma ação que é boa como um meio para se alcançar algum fim. O imperativo **categórico**, por sua vez, corresponde a uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim. Ele é um padrão de racionalidade e representa o que é objetivamente necessário em uma vontade que esteja em conformidade com a razão.[174] Esse imperativo categórico, ou imperativo de moralidade, foi enunciado por Kant em uma famosa proposição sintética: *Age de tal modo que a máxima da tua vontade* (*i.e.*, o princípio que a inspira e move) *possa se transformar em uma lei universal*.[175] Note-se que em lugar de apresentar um catálogo de virtudes específicas, uma lista do que fazer e do que não fazer, Kant concebeu uma fórmula capaz de determinar a ação ética.[176] Outra enunciação do imperativo categórico é a seguinte: "*Age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou a qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio*".[177]

Quanto à **autonomia**, trata-se da qualidade de uma vontade que é livre. Ela identifica a capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis. Uma razão que se autogoverna. A ideia central é que os indivíduos estão sujeitos apenas às leis que dão a si mesmos.[178] Um indivíduo autônomo é alguém vinculado apenas à sua própria vontade e não àquela de alguma outra pessoa.

171. V. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1738, Book II, III e iv; e G.W.F. Hegel, *Philosophy of Right*, p. 159, Par. 150 (trad. S.W. Dyde, 1996).
172. Alguns autores têm utilizado a expressão *kantische Wende* ("virada kantiana") para se referir à renovada influência de Kant no debate jurídico contemporâneo. V. Otfried Hoffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, p. 135.
173. Os conceitos discutidos aqui foram extraídos principalmente de Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (trad. Mary Gregor, Cambridge University Press 1998), que concentra a maior parte do pensamento kantiano sobre ética. V. Jens Timmermann, *Kant's Grounwork of the Metaphysics of Morals:* A Commentary, 2007; Roger Scruton, *Kant*: A Very Short Introduction, 2001, p. 73-95; e Frederick Copleston, *A History of Philosophy*, 1960, p. 308-48.
174. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 25.
175. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 31.
176. V. Marilena Chauí, *Convite à Filosofia*, 1999, p. 346.
177. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 38. Embora Kant afirme que há um único imperativo categórico, ele apresenta três diferentes formulações dele (Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 43). O primeiro, reproduzido acima, se refere à *fórmula da natureza*, o segundo, à *fórmula da humanidade*. O terceiro, conhecido como *fórmula da autonomia*, dispõe: "E isso é feito na presente terceira fórmula do princípio, a saber, a ideia da vontade de cada ser racional como a vontade formuladora da lei universal".
178. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 47.

Para Kant, o indivíduo é governado pela razão, e a razão é a representação correta das leis morais.[179] A **dignidade**, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia.[180] Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no "reino dos fins", como escreveu –, tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**.[181] As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem **dignidade**. Assim é a natureza singular do ser humano. Condensada em uma única proposição, essa é a essência do pensamento kantiano em relação ao nosso tema: a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

2.3 O conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana

Não é fácil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, capaz de levar em conta da maneira adequada toda a variedade de circunstâncias religiosas, históricas e políticas que estão presentes nos diferentes países. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. *Grosso modo*, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Esses três elementos serão analisados na próxima seção, com base em uma perspectiva filosófica que é laica, neutra e universalista. A **laicidade**[182] indica que Igreja e Estado devem ser separados, que a religião é uma questão privada de cada indivíduo e que, na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas.[183] A **neutralidade** é um ponto central do pensamento liberal contemporâneo e significa que o Estado não deve escolher lados quando diferentes

179. Essas ideias se tornam mais complexas e um tanto contrafáticas quando nós adicionamos outros elementos da teoria moral kantiana. Para ele, o princípio supremo da moralidade consiste em cada indivíduo dar a si mesmo uma lei que poderia se tornar universal, uma lei objetiva da razão, sem nenhuma concessão a motivações subjetivas. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 24.
180. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 43.
181. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 42.
182. A laicidade também é referida como s*ecularismo*, sendo que esse último termo foi utilizado pela primeira vez em George Jacob Holyoake, *The Origin and Nature of Secularism*, 1896, p. 50.
183. Essa visão, é claro, não deprecia a liberdade de religião, e a crença religiosa é, de fato, uma opção legítima para milhões de pessoas. V. Charles Taylor, *A Secular Age*, 2007, p. 3. Em relação à desejável situção de equilíbrio e tolerância mútua, v. Noah Feldman, *Divided by God:* America's Church-State Problem – And What We Should Do About It, 2005, p. 251.

concepções razoáveis de vida boa estão em conflito.[184] Essas noções de laicidade e neutralidade representam um esforço para libertar a dignidade humana de qualquer doutrina religiosa ou política abrangente, associando-a com a ideia de razão pública, desenvolvida com maestria por John Rawls.[185]

Por fim, algumas poucas palavras sobre o **universalismo** e sua ideia correlata – o multiculturalismo. O multiculturalismo implica em respeito e apreço pela diversidade étnica, religiosa e cultural. Desde o final do século XX, tem se tornado amplamente aceito que o multiculturalismo é baseado em valores não apenas coerentes com as democracias liberais, mas também exigidos por elas.[186] As minorias têm direito às suas identidades e diferenças, bem como o direito de serem reconhecidas. Não há dúvida de que a dignidade humana corrobora tal entendimento. Contudo, a dignidade humana, no seu significado essencial, tem também uma pretensão universalista, simbolizando o tecido que mantém a família humana unida. Nesse domínio, algum grau de idealismo iluminista se faz necessário, para que se possam confrontar práticas e costumes arraigados de violência, opressão sexual e tirania. É claro que essa é uma batalha de ideias, a ser vencida com paciência e perseverança. Tropas não conseguirão fazê-lo.[187]

Antes de seguir em frente, cumpre retomar um argumento anterior de modo ligeiramente mais analítico. A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano.[188] Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, "uma fusão do conteúdo

184. V. John Rawls, *Collected Papers*, 1999, p. 457. Esse argumento, contudo, está longe de ser universalmente aceito. V. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, p. 117-121, alegando que a neutralidade é "impossivel" e "fantasiosa". Para uma defesa da neutralidade liberal como uma ideia válida, v. Wojciech Sadurski, Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle, *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 10, p. 125, 1990; e Will Kymlicka, Liberal Individualism and Liberal Neutrality, *Ethics*, n. 99, p. 883.

185. "Razão pública" é uma expressão utilizada pela primeira vez por Kant em *What Is Enlightenment* (1784), e que foi desenvolvida por John Rawls, especialmente nos livros *A Theory of Justice* (1971) e *Political Liberalism* (1993). A razão pública é uma noção essencial na democarcia liberal pluralista, onde as pessoas são livres para aderir a diversas e conflitantes doutrinas abrangentes e razoáveis. Nesse cenário, as discussões e deliberações realizadas na esfera pública política por juízes, membros do governo e até mesmo candidatos a cargos públicos devem ser baseadas em concepções políticas que possam ser compartilhadas pelo conjunto dos cidadãos livres e iguais. V. John Rawls, *The Law of Peoples*, 1999, p. 131-180. Deve-se acrescentar que Rawls diferencia a razão pública da razão secular, por entender esta última como uma doutrina abrangente não religiosa. V. John Rawls, *The Law of Peoples*, 1999, p. 143.

186. V. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship:* A Liberal Theory of Minority Rights, 1995.

187. Em uma inspirada passagem na qual cita Holmes, Louis Menand escreveu: "É claro que as civilizações são agressivas, diz Holmes, mas quando elas pegam em armas com a finalidade de impor sua concepção de civilidade sobre outros, elas sacrificam a sua vantagem moral" (*The Metaphysical Club:* A Story of Ideas in America, 2002, p. 45).

188. V. Jürgen Habermas, The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights, *Metaphilosophy*, n. 41, 2010, pp. 464 e 470.

moral com o poder de coerção do Direito".[189] Nessa linha, os tópicos seguintes são dedicados a identificar o conteúdo moral de cada um dos elementos apontados como parte do núcleo essencial da dignidade humana, assim como determinar quais são as suas implicações jurídicas no que se refere aos direitos fundamentais.

2.3.1. Valor intrínseco

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser.[190] A singularidade da natureza humana é uma combinação de características e traços inerentes – que incluem inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar – que dão aos seres humanos um *status* especial no mundo, distinto do de outras espécies.[191] Valor intrínseco é o oposto de valor atribuído ou instrumental,[192] por ser um valor bom em si mesmo e que não tem preço.[193] Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade.[194] Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.[195] É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo[196] que não depende de qualquer evento ou experiência e que,

189. Jürgen Habermas, The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights, *Metaphilosophy*, n. 41, 2010, p. 479.
190. A ontologia é um ramo da metafísica que estuda as características fundamentais de todas as coisas e sujeitos, incluindo aquilo que cada ser humano tem e não pode deixar de ter. Isso inclui questões como a natureza da existência e a estrutura da realidade. V. Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 1988, p. 662; e Ted Honderich, *The Oxford Companion to Philosophy*, 1995, p. 634.
191. George Kateb, *Human Dignity*, 2011, p. 5 ("Nós podemos distinguir entre a dignidade de cada ser humano em particular e a dignidade da espécie humana como um todo.").
192. V. Daniel P. Sulmasy, Human Dignity and Human Worth. In: Jeff Malpas and Norelle Lickiss, (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation,* 2007, p.15.
193. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 42.
194. V. Martha Nussbaum, Human Dignity and Political Entitlements. In: *Human Dignity and Bioethics* (*Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*), p. 365. V. também Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice*, 2006; Philipp Balzer, Klaus Peter Rippe e Peter Schaber, Two Concepts of Dignity for Humans and Non-Human Organisms In the Context of Genetic Engineering, *Journal of Agricultural & Environmental Ethics*, n. 13, p. 7, 2000.
195. A *dignidade do Estado* foi parte da propaganda nacional-socialista para desacreditar as instituições democráticas na Alemanha. V. Jochen Abr. Frowein, Human Dingity in International Law. In: David Kretzmer and Eckart Klein*, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 2002, p. 123. A Constituição de 1977 da antiga União Soviética fazia referência à "dignidade da cidadania soviética" (Art. 59) e à "dignidade nacional" (Art. 64). A Constituição da República Popular da China dispõe que o Estado deve defender a "dignidade do sistema legal socialista" (Art. 5).
196. V. Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here*: Principles for a New Political Debate, 2006, p. 9 e 10 ("Cada vida humana tem um tipo especial de valor objetivo (...) O sucesso ou fracasso de qualquer vida

portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental.[197]

No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais. O primeiro deles é o **direito à vida**, uma precondição básica para o desfrute de qualquer outro direito. A dignidade humana preenche quase inteiramente o conteúdo do direito à vida, deixando espaço apenas para algumas poucas situações específicas e controversas, como o aborto, o suicídio assistido e a pena de morte. Um segundo direito diretamente relacionado com o valor intrínseco de cada indivíduo é a **igualdade perante a lei e na lei**.[198] Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração.[199] Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (o direito à não discriminação) e no respeito pela diversidade cultural, linguística ou religiosa (o direito ao reconhecimento). [200] A dignidade humana ocupa apenas uma parte do conteúdo da ideia de igualdade, e em muitas situações pode ser aceitável que se realizem diferenciações entre as pessoas. No mundo contemporâneo isso está particularmente em discussão nos casos envolvendo ações afirmativas e direitos de minorias religiosas. O valor intrínseco também leva a outro direito fundamental, o **direito à integridade** física e psíquica. O **direito à integridade física**[201] abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes.[202] É no âmbito desse direito que se desenvolvem discussões sobre prisão perpétua, técnicas de interrogatório e condições nas prisões. Por fim, o **direito à integridade psíquica ou mental**,[203] na Europa e em muitos países da tradição do *civil law*, compreende o direito à honra pessoal e à imagem, bem como à privacidade. A noção de privacidade nos Estados Unidos, porém, é bastante peculiar.[204]

humana é importante em si mesmo (...) (e) todos nós deveríamos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, seja a vida em questão a nossa ou a de qualquer outra pessoa.").

197. Esse ponto de vista se afasta da afirmação kantiana segundo a qual a dignidade está baseada na razão. V. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 43.

198. V. Declaração Universal de Direitos Humanos, artigos II e VII; Carta da ONU, artigos 26 e 27; Convenção Americana, art. 24; Carta Europeia, art. 20 a 23; e Carta Africana, art. 3. Na Constituição dos Estados Unidos, o direito à igualdade corresponde à Cláusula da Igual Proteção, expressa na Décima Quarta Emenda.

199. Ronald Dworkin, *The Sovereign Virtue*: The Theory and Practice of Equality, 2002, p. 1-7.

200. Sobre direitos das minorias, multiculturalismo e identidade, v., para diferentes perspectivas, Nancy Fraser, *Redistribution or Recognition?* A Political-Philosophical Exchange, 2003 e Axel Honneth, *The Struggle for Recognition*: The Moral Grammar of Social Conflicts, 1996.

201. V. Declaração Universal de Direitos Humanos, art. IV e V; Carta da ONU, art. 7 e 8; Convenção Americana, art. 5 e 6; Carta Europeia, art. 3 a 5 e Carta Africana, art. 4 e 5.

202. Na Constituição dos Estados Unidos, a maioria dessas matérias é tratada com base na proibição de "penas cruéis e incomuns" prevista na Oitava Emenda.

203. V. Declaração Universal de Direitos Humanos, art. VI e XII; Carta da ONU, art. 16 e 17; Convenção Americana, art. 11 e 18; Carta Europeia, art. 3 e Carta Africana, art. 4.

204. Na Constituição dos Estados Unidos não há referência expressa à privacidade. De um lado, aspectos da privacidade são protegidos pela proibição de buscas e apreensões não razoáveis, contida na Quarta Emenda. De outro lado, a honra pessoal e o direito à imagem não têm *status* de direitos constitucionais,

Existe, pelo mundo todo, uma quantidade razoável de precedentes envolvendo direitos fundamentais derivados da dignidade humana como valor intrínseco. No que se refere ao **direito à vida**, o aborto é permitido nos primeiros estágios da gravidez na maioria das democracias do Atlântico Norte, incluindo Estados Unidos, Canadá, França, Reino Unido e Alemanha. A dignidade humana, nesses países, não tem sido interpretada como um reforço do direito à vida do feto em contraposição à vontade da gestante.[205] Esse ponto será retomado na última seção do presente artigo. O suicídio assistido é ilegal na maioria dos países do mundo, embora haja um número crescente de exceções, que incluem Holanda, Bélgica, Colômbia e Luxemburgo, entre outros.[206] Nos Estados Unidos, ele é permitido nos estados do Oregon, Washington e Montana. A principal preocupação aqui não é com a cessação da vida dos pacientes que são doentes terminais, em estágio vegetativo ou sofrendo de modo insuportável e permanente, mas com a possibilidade de pessoas vulneráveis sofrerem abusos.[207] Quanto à pena de morte, ela foi banida da Europa e da maioria dos países do mundo, sendo que os Estados Unidos continuam como uma exceção marcante entre as democracias ocidentais.[208] Embora possua alicerces na tradição histórica americana, é difícil defender que a pena de morte seja compatível com a dignidade humana, já que implica na objetificação completa do indivíduo cuja vida e humanidade sucumbem diante de um suposto interesse público – altamente questionável – que seria realizado por essa forma de retribuição.

Em relação à **igualdade**, a prática de ações afirmativas foi acolhida em países como Estados Unidos,[209] Canadá[210] e Brasil,[211] e é expressamente autorizada pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.[212] Por outro lado, os direitos das minorias religiosas têm sofrido derrotas, especialmente na Europa, onde o uso do véu islâmico integral em público ou foi proibido[213] ou é objeto de discussão

diferentemente do que se passa em muitos outros países e do que consta da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Por fim, a jurisprudência norte-americana trata sob o rótulo de direitos de privacidade situações que em outros países se enquadram na categoria de liberdade e igualdade perante a lei, como o direito ao uso de anticoncepcionais e o direito de praticar atos íntimos entre adultos.

205. Giovanni Bognetti, The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism. In: George Nolte (ed.). *European and U.S. Constitutionalism*. 2005, p. 99.

206. Para uma pesquisa da legislação sobre o assunto em diferentes países, v. http://www.finalexit.org/assisted_suicide_world_laws.html.

207. V. Martha Nussbaum, Human Dignity and Political Entitlements. In: *Human Dignity and Bioethics* (*Essays Commissioned by the President´s Council on Bioethics*), p. 373.

208. De acordo com a Anistia Internacional, mais de dois terços dos países do mundo (96 ao final de 2010) aboliram a pena de morte, legalmente ou na prática. V. http://www.amnesty.org/en/death-penalty/numbersi, acesso em 30/05/2011.

209. Em *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

210. *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41.

211. No Brasil, algumas universidades públicas criaram sistemas de cotas para minorias raciais no seu processo de admissão. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha proferido uma decisão final, foi rejeitado o pedido liminar contra as normas que permitem essa prática. O caso ainda está pendente de julgamento. V. STF, ADPF 186. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf.

212. V. Art. 2.2. A Convenção entrou em vigor em 4/01/1969.

213. Esse é o caso da França. O Conselho Constitucional validou a lei que estabeleceu a proibição. V. Decisão n. 2010-613 DC, de 7/10/2010.

em vários Estados membros.[214] Nesses países, o Judiciário e o Legislativo têm deixado de conferir proteção plena à dignidade de grupos minoritários, considerando que o direito à identidade desses grupos é sobrepujado por um alegado interesse público relativo à segurança, preservação cultural e proteção dos direitos das mulheres. No que se refere à integridade física – ou, de acordo com a terminologia americana, penas cruéis e incomuns – juízes e juristas têm repetidamente afirmado que a tortura é uma prática completamente inadmissível.[215] Mais recentemente, nos Estados Unidos, a Suprema Corte declarou que a superlotação das prisões na Califórnia violava a Oitava Emenda.[216] O voto majoritário, redigido pelo *Justice* Kennedy, fez referências à "dignidade", à "dignidade do homem" e à "dignidade humana".[217] Finalmente, tratando-se da integridade psíquica, o típico desafio no mundo contemporâneo diz respeito ao conflito entre o direito à privacidade (entendido como honra pessoal ou imagem) e a liberdade de expressão, particularmente a de imprensa. Aspectos da dignidade humana estão presentes em ambos os lados – dignidade como valor intrínseco *versus* dignidade como autonomia – e os resultados desses casos são influenciados por contextos culturais distintos. Um exemplo recente desse conflito entre culturas jurídicas se deu quando a polícia de Nova York efetuou a prisão de uma figura pública francesa, que foi então exposta algemada à imprensa e obrigada a caminhar diante das câmeras por ocasião da apresentação ao juiz. Embora essa seja uma prática policial comum nos Estados Unidos, onde é chamada de *perp walk*, o episódio foi considerado por muitos como uma violação de privacidade desnecessária e abusiva.[218]

2.3.2. Autonomia[219]

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma

214. V. EU Leaders Dodge Islamic Veil Ban Issue, *E.U. Observer* 19/07/2010, disponível em: http://euobserver.com/9/30502.
215. V. nota 57, *supra*. V. também Dieter Grimm, Die Würde des Menschen ist unantastbar. In: 24 *Kleine Reihe*, 2010, p. 10 e 11 ("Uma sociedade comprometida com a dignidade humana nunca poderia defender a si mesma através da negação da dignidade das outras pessoas".).
216. *Brown v. Plata*, 563 U.S.
217. *Brown v. Plata*, 563 U.S. P. 12 (ainda não publicado).
218. V. Sam Roberts, An American Rite: Suspects on Parade (Bring a Raincoat), *New York Times*, 20/05/2011, p. A17, mencionando que um "ex-Ministro da Justiça francês" teria dito que o comportamento da polícia foi "de uma brutalidade, violência e crueldade inacreditáveis".
219. V. Robert Post, *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management, 1995, p. 1-10; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, pp. 155 e 156, 204 e 205, 369-381 e 400-415; Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 4-19; John Christman e Joel Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, p. 1-19; Richard H. Fallon, Jr., Two Senses of Autonomy, *Stanford Law Review*, n. 46, p. 875, 1994; Beate Rossler, Problems with Autonomy, *Hypatia*, n. 17, p. 143, 2002; Jack Crittenden, The Social Nature of Autonomy, *The Review of Politics*, n. 55, p. 35, 1993; Robert Post, *Dignity, Autonomy, and democracy*, working paper 2000-11 publicado pelo *Institute of Governmental Studies*, disponível em: http://igs.berkeley.edu/publications/working_papers/WP2000-11.pdf.

pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.[220] Em seção anterior, foi apresentada a concepção kantiana de autonomia, entendida como a vontade orientada pela lei moral (**autonomia moral**). Nesse tópico, o foco volta-se para a **autonomia pessoal**, que é valorativamente neutra e significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos.[221] A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a **razão** (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a **independência** (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a **escolha** (a existência real de alternativas). Note-se que no sistema moral kantiano a autonomia é a vontade que não sofre influências heterônomas e corresponde à ideia de liberdade.[222] Contudo, na prática política e na vida social, a vontade individual é restringida pelo direito e pelos costumes e normas sociais.[223] Desse modo, ao contrário da autonomia moral, a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial. A liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais e concepções políticas.

A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública) [224]. Com a ascensão do Estado de bem-estar social, muitos países ao redor do mundo passaram a incluir, na equação que resulta em verdadeira e efetiva autonomia, o direito fundamental social a condições mínimas de vida (o mínimo existencial). Analisa-se brevemente, a seguir, cada uma dessas três categorias: autonomia privada, autonomia pública e mínimo existencial. A autonomia privada é o conceito-chave por trás das liberdades individuais, incluindo aquelas que nos Estados Unidos são normalmente protegidas sob o guarda-chuva da privacidade. Dessa forma, as liberdades de religião, expressão

220. Robert Post, *Dignity, Autonomy, and democracy*, 2000-11, p. 3.
221. A distinção é explorada em Jeremy Waldron, Moral Autonomy and Personal Autonomy. In: John Christman and Joel Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, p. 307-29. Fallon divide a autonomia em autonomia descritiva (considerando o efeito de fatores causais externos sobre a liberdade individual) e autonomia adscritiva (representando a soberania de cada pessoa sobre as suas próprias escolhas morais particulares). V. Richard H. Fallon, Jr., Two Senses of Autonomy, *Stanford Law Review*, n. 46, p. 875, 1994.
222. Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals,* 1998, p. 52 ("O que, então, pode ser a liberdade da vontade que não a autonomia?").
223. Robert Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, 1995, p. 1.
224. Essa distinção entre autonomia privada e pública é a pedra de toque da "abordagem reconstrutivista do direito" de Jurgen Habermas, o mais proeminente filósofo alemão contemporâneo. V. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, 1996, p. 84-104.

e associação, assim como os direitos sexuais e reprodutivos, são importantes manifestações da autonomia privada. É claro que da autonomia privada não derivam direitos absolutos.[225] É importante relembrar que a autonomia está apenas no núcleo essencial das diferentes liberdades e direitos, não ocupando toda a sua extensão. Por exemplo: como resultado da sua liberdade de ir e vir, um indivíduo pode decidir onde fixar residência, uma escolha estritamente pessoal; do mesmo modo, ele pode decidir onde passar suas próximas férias. Mas se uma legislação ou regulação válida o proibir de visitar um determinado país – digamos, a Coreia do Norte ou o Afeganistão – não se poderia pensar, ao menos em princípio, que essa restrição represente uma violação à sua dignidade humana. Finalmente, podem existir colisões entre a autonomia de indivíduos diferentes,[226] assim como entre a autonomia, de um lado, e a dignidade como valor intrínseco ou como valor comunitário, do outro.[227] Assim, a autonomia privada, como um elemento essencial da dignidade humana, oferece um relevante parâmetro para a definição do conteúdo e do alcance dos direitos e liberdades, mas não dispensa o raciocínio jurídico da necessidade de sopesar fatos complexos e de levar em consideração normas aparentemente contraditórias, com a finalidade de atingir um equilíbrio adequado diante das circunstâncias.

A autonomia privada, como visto, significa autogoverno do indivíduo.[228] Isso corresponde ao que Benjamin Constant chamou de "liberdade dos modernos", baseada nas liberdades civis, no Estado de direito e na proteção contra a interferência estatal abusiva.[229] A autonomia pública, por sua vez, está ligada à "liberdade dos antigos", uma liberdade **republicana**, associada com a cidadania e com a participação na vida política. Os gregos antigos viam a cidadania como uma obrigação moral e dedicavam uma parte substancial do seu tempo e da sua energia nos assuntos públicos, o que era facilitado pelo fato de os escravos realizarem a maior parte do trabalho.[230] Como a democracia é uma associação para o autogoverno,[231] ela exige uma relação mútua entre o cidadão individual e a vontade coletiva.[232] Isso significa que cada cidadão tem o direito de participar do governo direta ou indiretamente. Nesse sentido, a

225. De fato, a liberdade de religião pode ser limitada na esfera pública; a liberdade de expressão pode sofrer restrições quando se trate, por exemplo, de publicidade comercial, e a liberdade de interromper a gravidez pode não prevalecer após certo ponto de desenvolvimento do feto.
226. Um exemplo: o direito de consumir um produto lícito, como um cigarro, *versus* o direito de alguma outra pessoa de não se tornar um fumante passivo involuntário.
227. Como quando, por exemplo, a vontade do paciente de dar fim à sua própria vida é frustrada pelo dever do médico de proteger a vida ou pela percepção jurídico-social de que essa é uma decisão inaceitável.
228. John Christman e Joel Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, p. 14 (comparando as abordagens liberais e republicanas como uma divisão "entre autonomia como autogoverno individualizado e autonomia como uma autolegislação coletiva instituída socialmente").
229. Benjamin Constant, *The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns*, 1816, disponível em: http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html.
230. Benjamin Constant, *The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns*, 1816, disponível em: http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html.
231. Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here*: Principles for a New Political Debate, 2006, p. xii.
232. Robert Post, *Dignity, Autonomy, and democracy*, 2000-11, p. 8.

autonomia pública implica nos direitos de votar, concorrer aos cargos públicos, ser membro de associações políticas, fazer parte de movimentos sociais e, particularmente, o direito às condições necessárias para participar do debate público. Idealmente, portanto, todas as leis que os indivíduos são obrigados a respeitar foram criadas com a sua participação, o que lhes assegura o *status* de indivíduos autônomos, e não o de meros súditos heterônomos.[233] No que se refere à autonomia pública, uma importante decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que uma legislação do Reino Unido que negava aos presos o direito ao voto violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos.[234] Embora essa decisão tenha sido duramente questionada pelos membros do Parlamento Inglês,[235] a Corte corretamente declarou que "os prisioneiros em geral continuam a gozar dos direitos fundamentais garantidos pela convenção [incluindo o direito ao voto], com exceção do direito à liberdade". [236]

Por fim, ínsito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial,[237] também chamado de mínimo social,[238] ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente.[239] A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem "livres da necessidade" (*free from want*),[240] no sentido de que suas necessidades vitais essenciais sejam satisfeitas. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial

233. Robert Post, *Dignity, Autonomy, and democracy*, 2000-11, p. 9.
234. V. *Hirst v. The United Kingdom* – 74025/01 [2005] ECHR 681, 42 EHRR 41, (2006) 42 EHRR 41. Também disponível em: http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html.
235. V. Molly M. Hofsomme, The UK defies European Court of Human Rights by Denying All Prisoners the Right to Vote, *The Human Rights Brief*, 23/04/2011. Disponível em: http://hrbrief.org/2011/04/the-uk-defies-european-court-of-human-rights-by-denying-all-prisoners-the-right-to-vote/ (último acesso em 14/06/2011).
236. V. *Hirst v. The United Kingdom* – 74025/01 [2005] ECHR 681, 42 EHRR 41, (2006) 42 EHRR 41. Também disponível em: http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html.
237. Essa é a tradução literal da expressão utilizada por autores e cortes alemãs (Existenzminimum). V. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* 2004, p. 290 ("Dificilmente pode haver alguma dúvida de que o Tribunal Constitucional Federal a pressupõe existência de um direito constitucional ao mínimo existencial.").
238. John Rawls, *Political Liberalism*, 2005, pp. 228 e 229 ("… [U]m mínimo social para as necessidades básicas de todos os cidadãos é também essencial...").
239. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, 1996, p. 123 ("Direitos básicos para prover as condições de vida que são socialmente, tecnologicamente e ecologicamente garantidas.").
240. No seu Discurso sobre o Estado da União, de 14/01/1941, o presidente Franklin D. Roosevelt propôs quatro liberdades que as pessoas "de todos os lugares do mundo" deveriam desfrutar, o que incluía a liberdade de expressão (*freedom of speech*), liberdade de culto (*freedom of worship*), liberdade das necessidades (*freedom from want*) e liberdade do medo (*freedom from fear*). V. o texto integral do discurso em: http://americanrhetoric.com/speeches/PDFFiles/FDR%20-%20Four%20Freedoms.pdf (último acesso em 15/06/2011).

dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais – e não como meros privilégios dependentes do processo político – é bastante controvertida em alguns países. A sindicabilidade judicial desses direitos é complexa e produz uma série de impasses em todos os lugares. Apesar dessas dificuldades, a ideia de direitos sociais mínimos que podem ser efetivados pelo Judiciário, não sendo inteiramente dependentes da ação legislativa, foi aceita pela jurisprudência de diversos países, incluindo Alemanha,[241] África do Sul[242] e Brasil.[243]

Nos Estados Unidos, a questão foi levantada pela primeira vez em um famoso discurso do presidente Franklin Delano Roosevelt[244] e na sua proposta subsequente de uma "segunda *Bill of Rights*", apresentada em 11/01/1944, que contém menção expressa aos direitos à alimentação adequada, vestuário, moradia decente, educação e cuidados médicos.[245] Embora Roosevelt acreditasse que a implementação dessa **segunda geração** de direitos fosse um dever do Congresso e não do Judiciário, Cass Sunstein defendeu convincentemente que, em casos julgados entre o início da década de 1940 e os primeiros anos da década de 1970,[246] uma série de decisões da Suprema Corte chegou muito perto de reconhecer alguns direitos sociais e econômicos como verdadeiros direitos constitucionais. Segundo Sunstein, uma contrarrevolução ocorreu após Richard Nixon ter sido eleito presidente em 1968, notadamente por causa de suas indicações para a Suprema Corte.[247] Como consequência, a jurisprudência da Corte ficou mais alinhada com a visão tradicional dominante no direito americano, segundo

241. V. 1 *BVerfGE* 97,104 *et seq.* (1951); 1 BVerwGE 159, 161 (1954); 25 *BVerwGE* 23, 27 (1966); 40 *BVerfGE*121, 134 (1975); e 45 *BVerfGE* 187 (229) (1977).
242. O caso *Grootboom* envolvia o acesso a condições adequadas de moradia (*The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*) (CCT38/00) [2000] ZACC 14; 2011 (7) BCLR 651 (CC) (21/09/2000); O caso *Mazibuko* dizia respeito ao acesso a quantidades suficientes de água (*Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) [2009] ZACC 28; 2010 (3) BCLR 239 (CC); 2010 (4) SA 1 (CC); 2011 (7) BCLR 651 (CC) (8/10/2009).
243. No Brasil, existem precedentes relacionados com o acesso à educação (STF, *DJ* 3/02/2006, RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello); a serviços de saúde e medicamentos (STF, *DJ* 29/04/2010, STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente)); e com ações afirmativas em favor de pessoas portadoras de deficiências (STF – ADI 2.649/DF; Rel. Min. Cármen Lúcia; *DJ* 17/10/2008).
244. V. nota 240, *supra*.
245. A proposta foi também apresentada em um Discurso sobre o Estado da União, quando ele anunciou um plano para uma declaração de direitos (*bill of rights*) sociais e econômicos.
246. Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever, 2004, p. 154 e ss., citando casos como *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956) (sustentando que a cláusula da igual proteção exige que o Estado forneça as transcrições dos julgamentos sem nehum custo para as pessoas pobres que desejem recorrer de suas condenações criminais), *Gideon v. Wainrigh*t, 372 U.S. 335 (1963) (estabelecendo que cabe aos estados fornecer advogados para os réus de processos penais que não tenham condições de pagar por um), *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963) (sustentando que aos indigentes deve ser assegurado aconselhamento jurídico sobre as possibilidades de recurso de uma condenação criminal), *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) (no qual a Corte invalidou uma lei estadual que impôs um período de espera de um ano para que recém-chegados ao estado pudessem requerer benefícios sociais) e *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) (estabelecendo que o encerramento da prestação de benefícios sociais sem uma audiência prévia violou a cláusula do devido processo legal).
247. Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever, 2004, pp. 154 e 163.

a qual os direitos fundamentais não conferem aos seus titulares direitos a prestações estatais positivas. Mais recentemente, a Reforma da Saúde de 2010 reacendeu esse debate. O ponto de vista defendido nesse trabalho é que o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais.[248] Desse modo, portanto, aos muito pobres deve ser conferida proteção constitucional.[249]

2.3.3. Valor comunitário

O terceiro e último elemento, a dignidade humana como **valor comunitário**, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. Contudo, como na famosa passagem de John Donne, "nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma".[250] A expressão valor comunitário, que é bastante ambígua, é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: (1) os compromissos, valores e "crenças compartilhadas"[251] de um grupo social e (2) as normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva. Autonomia, comunidade e Estado. Em um interessante livro, Robert Post identificou, de modo similar, três formas distintas de ordem social: comunidade ("um mundo compartilhado de fé e destino comuns"), administração (a organização instrumental da vida social através do direito para alcançar objetivos específicos) e democracia (um arranjo que incorpora o objetivo da autodeterminação individual e coletiva).[252] Essas três formas de ordem social pressupõem e dependem umas da outras, mas estão também em constante tensão.[253]

248. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, p. 155 ("Suas escolhas [dos agentes] não devem ser ditadas por necessidades pessoais".).
249. Dworkin, *Is Democracy Possible Here*: Principles for a New Political Debate, 2006, p. 8 ("Os muito pobres deveriam ser considerados, do mesmo modo como uma minoria e uma raça vítima de discriminação, como uma classe com direito a especial proteção constitucional.").
250. V. John Donne, *Devotions upon emergent occasions*, 1624, disponível em: http://www.ccel.org/ccel/donne/devotions.iv.iii.xvii.i.html (Meditação XVII: "Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; cada homem é um pedaço do continente, uma parte do todo... a morte de cada homem me diminui, porque eu estou envolvido pela humanidade e, portanto, nunca perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti."). Ou, em versão nacional, inspirada por Vinicius de Moraes, *bastar-se a si mesmo é a maior solidão*. V. Vinicius de Moraes, "A maior solidão é a do ser que não ama", disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinicius_de_moraes_a_maior_solidao_e_a_do_ser_que_nao_ama.pdf.
251. Philip Selznick, *The Moral Commonwealth*: Social Theory and the Promise of Community, 1992, p. 358.
252. Robert Post, *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management, 1995, pp. 2, 3 e 15.
253. Robert Post, *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management, 1995, p. 2.

A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. A questão relevante aqui é saber em quais circunstâncias e em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional. A máxima liberal de que o Estado deve ser neutro em relação às diversas concepções de bem em uma sociedade pluralista[254] não é incompatível, obviamente, com restrições resultantes da necessária coexistência entre diferentes pontos de vista e de direitos potencialmente conflitantes. Tais interferências, porém, devem ser justificadas sobre as bases de uma ideia legítima de justiça, de um **consenso sobreposto**,[255] que possa ser compartilhado pela maioria dos indivíduos e grupos. O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: (1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e (3) a proteção dos valores sociais compartilhados. Nos seus estudos sobre bioética e biodireito, Beyleveld e Brownsword exploraram em profundidade essa concepção de "dignidade humana como restrição", centrada nas noções de deveres e responsabilidades, em oposição à "dignidade humana como empoderamento", que essencialmente se refere a direitos.[256]

Não é difícil compreender e justificar a existência de um conceito como a dignidade como valor comunitário, que faz parte do conteúdo e delineia os contornos da dignidade humana, ao lado do valor intrínseco e da autonomia. Os objetivos que ele busca alcançar são legítimos e desejáveis, caso as suas linhas sejam corretamente traçadas. O problema crítico aqui são os riscos envolvidos. Quanto ao seu primeiro objetivo – proteção dos direitos e da dignidade de terceiros –, qualquer sociedade civilizada impõe sanções cíveis e criminais para salvaguardar valores e interesses relativos à vida, integridade física e psíquica, propriedade e costumes, entre outros. Não há dúvida, portanto, que a autonomia pessoal pode ser restringida para impedir comportamentos nocivos, seja em nome da noção de **princípio do dano**, desenvolvida por John Stuart Mill,[257] ou então do conceito mais amplo de **princípio da ofensa**,

254. V. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985, pp. 183 e 191.
255. "Consenso sobreposto" é uma expressão cunhada por John Rawls que identifica as ideias básicas de justiça capazes de ser compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes, sejam religiosas, políticas ou morais. V. John Rawls, The Idea of Overlapping Consensus, *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 7, p. 1, 1987.
256. Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, 2001, pp. 29-46 e 65; Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics, *The Modern Law Review*, n. 61, 1998. "Empoderamento", tradução literal de *empowerment*, não se encontra dicionarizada nem no Aurélio (1999) nem em Houaiss (2001). Seu significado é o de atribuição de poderes, investidura em direitos.
257. John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, pp. 21 e 22, expressa a visão liberal clássica de que o limite legítimo da autoridade do Estado encontra-se na noção de dano e na sua prevenção.

defendido por Joel Feinberg.[258] É verdade que o poder de punir pode ser empregado de uma forma abusiva ou desproporcional, o que frequentemente acontece. Mas a sua necessidade, mesmo nas sociedades mais liberais, não é contestada. Os outros objetivos – proteção do próprio indivíduo e dos valores sociais compartilhados –, contudo, implicam em graves riscos de paternalismo[259] e moralismo.[260] É amplamente reconhecido que algum grau de paternalismo é aceitável,[261] mas os limites de tal interferência devem ser definidos com bastante cuidado para que ela seja considerada legítima. Quanto ao moralismo, também é aceitável que uma sociedade democrática possa empregar seu poder coercitivo para fazer valer alguns valores morais e metas coletivas.[262] Mas também nesse caso, e por razões ainda mais fortes, os limites devem ser adequadamente ajustados para evitar o grave risco do majoritarismo moral, que é uma manifestação de tirania da maioria.[263] A legitimidade e os limites relacionados com a proteção da "moralidade compartilhada" foram objeto de um importante debate entre Patrick Devlin e H. L. A. Hart.[264]

A dignidade como valor comunitário, frequentemente inspirada por motivações paternalistas e moralistas, tem servido de fundamento para diversas decisões judiciais mundo afora. Uma das mais famosas dessas decisões ocorreu no *caso do arremesso de anão*. O prefeito de uma cidade próxima de Paris proibiu uma atração de casas noturnas conhecida como *lancer de nain*, na qual um anão, equipado com aparelhos de proteção, era lançado a curtas distâncias pelos fregueses do estabelecimento. O caso chegou até o *Conseil d' État* (Conselho de Estado), que considerou a proibição legítima, com base na defesa da ordem pública e da dignidade humana.[265] O anão se opôs à proibição em todas às instâncias e levou o caso até a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que não considerou a proibição como

258. Joel Feinberg, *Offense to Others*, 1985, p. 1. Feinberg argumenta que o princípio do dano não é suficiente para proteger os indivíduos contra os comportamentos nocivos dos outros e desenvolveu um conceito mais abrangente de "princípio da ofensa", sustentando que impedir o choque, a repugnância, o constrangimento e outros estados mentais desagradáveis também são uma razão relevante para justificar a proibição legal.
259. Gerald Dworkin define o paternalismo como "a interferência de um Estado ou indivíduo sobre outra pessoa contra a sua vontade, defendida ou motivada com a justificativa de que a pessoa cuja vontade foi restringida ficará em melhor situação ou será mais bem protegida de algum dano". V. Gerald Dworkin, Paternalism. In: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010 Edition). Disponível em: http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/.
260. A defesa mais conhecida do moralismo jurídico se encontra em Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, 1965, p. 10.
261. Os exemplos frequentemente citados são a educação compulsória para as crianças e o uso de cintos de segurança para motoristas e de capacetes para motociclistas. V. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, 2011, p. 336.
262. Para mencionar alguns exemplos que contam com grau razoável de consenso, considere-se a proibição de drogas pesadas, um grau justo de proteção ambiental e a proibição de crueldade contra animais. Sobre o tema v. Michael Sandel, *Justice*, 2009, especialmente p. 244-269.
263. John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13.
264. H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, pp. 5 e 50; e Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, 1965, p. 10.
265. *Conseil d'État, Decisão* 136727, 27/10/1985. Ver também Long *et al.*, *Le Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 1996, p. 790 e ss.

abusiva.[266] Uma outra decisão bastante conhecida foi a do *caso do peep show*, julgado pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha.[267] O Tribunal manteve uma negação de licença para a realização de uma atração na qual uma mulher faz *strip-tease* diante de um cliente situado em uma cabine individual. Com o pagamento, o palco fica visível para o cliente, mas a mulher permanece sem poder vê-lo. A licença foi recusada com a justificativa de que a atração afrontava valores morais, uma vez que violaria a dignidade das mulheres ao reduzi-las à condição de mero objeto.[268] Um terceiro caso envolveu a persecução penal de um grupo de pessoas no Reino Unido, acusadas de estupro e lesão corporal durante *encontros sadomasoquistas*. Embora essas atividades tenham sido consensuais e ocorridas em locais privados, a Câmara dos Lordes considerou que a existência de consenso não era uma defesa satisfatória diante da ocorrência de danos físicos concretos.[269] A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, declarou que não houve violação à Convenção.

Existem diversas questões moral e juridicamente controvertidas no que se refere ao valor comunitário. Uma delas diz respeito à prostituição. Na África do Sul, uma Corte Constitucional dividida declarou a constitucionalidade de uma lei que criminalizava a "conjunção carnal mediante pagamento".[270] No Canadá, a Suprema Corte confirmou um dispositivo do Código Penal que proibia as comunicações em público para fins de prostituição, um tema distinto, mas estreitamente relacionado.[271] Ambas as Cortes mantiveram proibições contra bordéis e casas libidinosas. Adotando uma perspectiva diversa, a Corte Constitucional da Colômbia considerou a prostituição como um fenômeno social tolerado, as prostitutas como um grupo historicamente estigmatizado merecedor de proteção especial, e também que o trabalho sexual voluntário, subordinado e remunerado por um dono de bar, constitui um contrato de trabalho *de facto*.[272] Outro assunto polêmico, que problematiza os limites adequados

266. Comissão de Direitos Humanos, *Wackenheim v. France*, CCPR/C/75/D/854/1999, 15 de Julho de 2002. A decisão tem sido mundialmente criticada com base no argumento de que a dignidade como autonomia deveria ter prevalecido. V. Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, 1998, p. 66-68; e Stéphanie Hennette-Vauchez, When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle, *Legal Ethics*, n. 10, pp. 193, 207, 208 e 206, 2007.

267. 4 *BVerwGE* 274 (1981).

268. 4 *BVerwGE* 274 (1981). Em uma rejeição completa do argumento da autonomia, o Tribunal declarou que o fato de a mulher ter agido voluntariamente não excluía a violação.

269. *Laskey, Jaggard, and Brown v. The United Kingdom*. [1997] Caso No. 109/1995/615/703-705. Disponível em: http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/1997/4.html. A decisão foi tomada por maioria. A posição vencida sustentou, contrariamente, que "os adultos eram capazes de consentir com atos realizados em caráter privado que não resultassem em lesão corporal grave" e criticou o "paternalismo" da Corte.

270. *Jordan and Others v. State* (CCT 31/01) [2002] ZACC. Disponível em: http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/661.PDF. A minoria ressaltou, no entanto, que a lei constituía uma discriminação injusta contra as mulheres, ao fazer da prostituta o infrator primário e considerar o cliente, no máximo, como um cúmplice.

271. Reference re ss. 193 and 195.1(1)(C) of the criminal code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123. Disponível em: http://scc.lexum.org/en/1990/1990scr1-1123/1990scr1-1123.html.

272. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-62910.* LAIS v. Bar Discoteca PANDEMO. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm. Ao fim e ao cabo, a discussão

entre a dignidade como autonomia e a dignidade modelada por forças heterônomas, corresponde à descriminalização das drogas. Essa questão foi amplamente discutida em decisão proferida por uma dividida Suprema Corte do Canadá, que acabou por declarar que o Parlamento poderia validamente criminalizar e punir com a prisão a posse de maconha.[273] Alguns países adotaram uma política de descriminalização,[274] que tem sido defendida por diversos líderes mundiais, particularmente no que diz respeito às chamadas drogas "leves".[275] O *hate speech* representa outra questão sensível e complexa. Na maioria dos países democráticos o discurso que visa à depreciação de indivíduos ou grupos vulneráveis por motivos de raça, etnia, cor, religião, gênero e orientação sexual, entre outros, não é aceitável e não está dentro do âmbito de proteção da liberdade de expressão. Os Estados Unidos, nesse caso em particular, constituem uma exceção solitária.[276]

A imposição coercitiva de valores externos, excepcionando o pleno exercício da autonomia em nome de uma dimensão comunitária da dignidade humana, nunca é trivial. Ela exige fundamentação adequada, que deve levar em conta três elementos: (a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; (b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e (c) o grau de consenso social sobre a matéria. No caso da verificação da presença de um direito fundamental, é pertinente fazer uma distinção entre duas diferentes visões e as suas respectivas terminologias. Alguns autores reconhecem a existência de um **direito geral à liberdade**, ao lado das liberdades expressas e específicas, como a liberdade de religião e de expressão, entre outras.[277] O direito geral à liberdade significa uma liberdade de ação geral que pode, contudo, ser limitada por qualquer norma legal que seja compatível com a Constituição. As restrições sobre esse direito geral exigem apenas uma base racional, um interesse legítimo do Estado ou uma meta coletiva. Alguns outros autores,

principal é saber se a prostituição é uma questão de autonomia pessoal e, portanto, deve ser constitucionalmente protegida ou se, diversamente, é uma questão que deve ser primariamente tratada pelo legislador ordinário.

273. *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. Três juízes discordaram, ressaltando que o dano causado aos outros pelo consumo de maconha não é significativo e não justifica a pena de prisão, que o dano a si mesmo não deveria ser punido criminalmente e que os danos causados pela proibição da maconha superam amplamente os benefícios.

274. Por exemplo, Holanda, Portugal e Austrália. V. Brian Vastag, *5 years after:* Portugal's Drug Decriminalization Policy Shows Positive Results, Scientific American 7/04/2009. Disponível em: http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=portugal-drug-decriminalization. Para uma pesquisa sobre outros países, v. *Drug Liberalization*, Wikipedia, disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Drug_liberalization.

275. Como ex-Presidentes do Brasil, Colômbia, México e Suíça, o ex-Primeiro-Ministro da Grécia, o ex-Secretário Geral da ONU Kofi Annan, George Shultz e Paul Volcker, entre outros. V. *Global Commission on Drug Policy* em www.globalcommissionondrugs.org.

276. Para uma reflexão sobre o conflito entre liberdade de expressão e igualdade, v. Martha Minow, Equality Under the Bill of Rights. In: Michal J. Meyer & William A. Parent (eds.), *The Constitution of Rights, Human Dignity and American Values*, 1992, p. 125. V. também Frederick Schauer. The Exceptional First Amendment (Fevereiro de 2005). *KSG Working Paper No. RWP05-021*. Disponível em: SSRN http://ssrn.com/abstract=668543 ou doi:10.2139/ssrn.668543.

277. Robert Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. 2004, p. 224. Alexy baseia-se na ideia de *legalidade*, que é dominante na maioria dos países da tradição do *civil law*, significando que todas as pessoas podem fazer qualquer coisa que não é proibida por normas válidas.

particularmente Ronald Dworkin, empregam um conceito mais restrito de **liberdade básica** – e não geral – que corresponde aos "direitos morais"; estes são os direitos substantivos verdadeiramente fundamentais. As liberdades básicas devem ser tratadas como **trunfos**[278] contra decisões majoritárias, e as restrições sobre elas devem passar por um escrutínio mais estrito. Desse modo, a liberdade geral pode ser amplamente limitada, enquanto as liberdades básicas normalmente devem prevalecer sobre as metas coletivas em todas as situações que não as excepcionais.[279]

O risco de causar dano aos outros normalmente constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal. É amplamente reconhecido, nos dias de hoje, que o uso da formulação de Mill sobre do princípio do dano como a única justificativa para a interferência estatal na liberdade do indivíduo "pode ser excessivamente simplista"[280] e que "uma variedade de critérios"[281] vai determinar quando a liberdade pode ser restringida. Mas a ideia de dano aos outros confere à restrição uma justa presunção legitimidade. O dano a si mesmo pode também constituir uma base aceitável para a limitação da autonomia pessoal, como anteriormente mencionado, mas nesse caso o ônus de comprovar a sua legitimidade vai usualmente recair sobre o Estado, uma vez que o paternalismo deve normalmente levantar suspeitas. Finalmente, a limitação da autonomia pessoal fundamentada na moral pública exige um consenso social forte. A proibição da pornografia infantil – mesmo no caso de representações gráficas, sem uma criança real envolvida – e a interdição do incesto são sérios candidatos a esse consenso. Porém, em uma sociedade democrática e pluralista, sempre existirão desacordos morais. Questões como pena de morte, aborto e uniões homoafetivas serão, invariavelmente, controvertidas. Uma breve reflexão sobre esse tema se faz necessária antes de encerrar a presente seção.[282]

Nem mesmo os adeptos do realismo moral, que acreditam que as proposições morais podem ser verdadeiras ou falsas – uma questão altamente controvertida no debate filosófico – defendem que sua crença seja aplicável para todas as verdades morais.[283] Portanto, sempre existirão desacordos morais, no sentido de que em muitas situações não há uma verdade moral objetiva. Apesar das suas diferentes visões, os cidadãos devem coexistir e cooperar, unidos por uma estrutura básica de direitos e liberdades. O papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e evitar, sempre

278. Ronald Dworkin, Rights as Trumps. In: Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights,* 1984, p. 153.
279. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 92. Para uma discussão esclarecedora sobre as visões do direito geral à liberdade e das liberdades fundamentais, v. Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos Fundamentais Indisponíveis*, 2011, p. 94 et seq.
280. H.L.A. Hart, *Morality and the Law*, 1971, p. 51.
281. H.L.A. Hart, *Morality and the Law*, 1971, p. 51.
282. Sobre realismo moral e desacordo moral, v. Folke Tersman, *Moral Disagreement*, 2006; Arthur Kuflik, Liberalism, Legal Moralism and Moral Disagreament, *Journal of Applied Philosophy*, n. 22, p. 185, 2005; e David Enoch, How Is Moral Disagreement a Problem for Realism, *Journal of Ethics*, n. 13, p. 15, 2009.
283. David Enoch, How Is Moral Disagreement a Problem for Realism, *Journal of Ethics*, n. 13, p. 16, 2009.

que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas.[284] Uma boa razão para essa abstenção é que permitir que um grupo imponha suas concepções morais sobre outros representa uma afronta ao ideal segundo o qual todos os indivíduos são livres e iguais. Certamente existem questões políticas controversas que deverão ser definidas pela maioria, como as escolhas envolvendo proteção ambiental e desenvolvimento econômico, a utilização de energia nuclear ou os limites para a ação afirmativa. Mas as questões **verdadeiramente morais** não deveriam ser decididas pela maioria. A maioria, por exemplo, não tem o direito de definir a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo como crime, ao contrário do que admitiu a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bowers* vs. *Hardwick*.[285] É claro que haverá hipóteses em que não será fácil traçar uma linha entre o que é político e o que é verdadeiramente moral e, de fato, muitas vezes os dois domínios vão se sobrepor. Mas sempre que uma questão moral significativa estiver presente, a melhor atitude que o Estado pode tomar é estabelecer um regime jurídico que permita aos indivíduos dos dois lados em disputa exercerem a sua autonomia pessoal. Em tais situações o campo de batalha deve permanecer dentro do domínio das ideias e do convencimento racional. Na próxima seção, algumas dessas ideias serão aplicadas a um conjunto de casos controvertidos.

3. Utilização da dignidade humana para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis

3.1. Aborto

A interrupção voluntária da gravidez é uma questão moral altamente controvertida em todo o mundo. As legislações dos diferentes países vão da criminalização e da proibição completa até o acesso praticamente irrestrito ao aborto. É notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Na verdade, a principal diferença entre os países que escolheram criminalizar essa prática e aqueles que a permitem é a taxa de incidência de abortos arriscados ou com pouca segurança.[286] A criminalização também tem sido vista como uma discriminação *de facto* contra mulheres pobres, que precisam recorrer a métodos primitivos de interrupção da gestação devido à falta de acesso à assistência médica, pública ou privada. O aborto, principalmente durante o primeiro trimestre, tem sido amplamente eliminado dos códigos penais,

284. Robert Post, *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management, 1995, p. 4.
285. 478 U.S. 186 (1986). A crítica a essa decisão foi o ponto de partida para um esclarecedor artigo de Frank Michelman, considerado um texto canônico sobre "a segunda onda de estudos jurídicos republicana" (David Kennedy e William Fisher III, *14 The Canon of American Legal Thought*, 2006, p. 781). V. Frank Michelman, Law's Republic, *Yale Law Journal*, n. 97, p. 1493, 1988.
286. V. Susan A. Cohen, New Data on Abortion Incidence, Safety Illuminate Key Aspects of Worldwide Abortion Debate, *Guttmacher Policy Review*, n. 10, disponível em: http://www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/4/gpr100402.html.

começando com o Canadá em 1969, Estados Unidos, em 1973[287] e França, em 1975. Diversos outros países seguiram essa tendência, incluindo Austrália (1975), Nova Zelândia (1977), Itália (1978), Holanda (1980) e Bélgica (1990). Na Alemanha, uma decisão judicial de 1993, a despeito de sua ambiguidade, levou à descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre, desde que certas condições sejam satisfeitas. A verdade é que a maioria dos países desenvolvidos do Atlântico Norte descriminalizou o aborto durante os primeiros estágios da gestação, tornando a proibição total uma medida que prevalece apenas nos países em desenvolvimento. A Igreja Católica e muitas Igrejas Evangélicas fortemente se opõem ao aborto, baseadas na crença de que a vida se inicia na concepção e deve permanecer inviolável desde esse momento. Todavia, muitas pessoas que acreditam que o aborto é moralmente condenável são a favor da sua descriminalização por razões filosóficas ou pragmáticas. Os próximos parágrafos discutem a relação entre o aborto e a dignidade humana, levando em consideração o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário, além dos direitos e deveres associados com cada um desses elementos.

No plano do valor intrínseco, o debate sobre o aborto representa uma colisão entre valores e direitos fundamentais. Para aqueles que acreditam que o feto deve ser tratado como uma vida humana que se inicia com a fecundação – premissa admitida apenas para fins de argumentação – o aborto claramente configura uma violação do **direito à vida** do feto. Esse é o principal argumento subjacente ao movimento pró-vida, servindo de fundamento para a conclusão de que o aborto é moralmente errado. Por outro lado, a gravidez e o direito de interrompê-la possuem implicações sobre a **integridade física e psíquica** da mulher, sobre o poder de controlar o seu próprio corpo. Além disso, o aborto também deve ser considerado como uma questão de **igualdade**,[288] pois como apenas as mulheres carregam o ônus integral da gravidez, o direito de interrompê-la coloca-as em uma posição equivalente ao dos homens. Portanto, no que se refere à dignidade humana entendida como valor intrínseco, há apenas um direito fundamental favorecendo a posição antiaborto – o direito à vida – contraposto por dois direitos fundamentais favorecendo o direito de escolha da mulher – a integridade física e psíquica e a igualdade.[289]

287. Nos Estados Unidos, o voto majoritário em *Casey* (1992) reviu a regra de *Roe* que conferia prioridade para o interesse da mulher durante o primeiro trimestre e substituiu o teste do escrutínio estrito, que é o teste padrão em temas de direitos fundamentais, pelo teste menos rigoroso do "ônus indevido".

288. Como Robin West escreveu, o "fundamento moral preferencial do direito ao aborto" mudou da "privacidade médica e conjugal, para a igualdade das mulheres, para a liberdade individual ou dignidade, seguindo um ciclo". V. Robin West, From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights, *Yale Law Journal*, n. 118, pp. 1394 e 1396, 2009.

289. Para uma análise cuidadosa do uso da dignidade no contexto do aborto v. Reva Siegel, Dignity and Politics of Protection: Abortion Restriction Under Casey/Carhart, *Yale Law Journal*, n. 117, pp. 1694 e 1736-1745, 2008. A autora compara a decisão de *Casey*, na qual a dignidade foi invocada como uma razão para a proteção do direito da mulher optar pelo aborto, com a decisão de *Carhart*, em que a dignidade foi invocada como uma razão para restrições ao aborto com base na proteção da mulher. O artigo critica a

No que diz respeito à **autonomia**, é importante refletir sobre o papel que a autodeterminação desempenha no contexto do aborto. Os indivíduos devem ser livres para tomarem decisões e fazerem escolhas pessoais básicas a respeito das suas próprias vidas. O **direito à privacidade**, conforme definido pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nas decisões sobre aborto, tem sido descrito como "o princípio que exige tolerância pública para uma escolha autônoma e autorreferencial".[290] Está dentro dos limites da autonomia da mulher e, portanto, da essência da sua liberdade básica, decidir por si mesma quanto à realização ou não de um aborto. A vontade da mãe de interromper sua gravidez poderia ser contraposta por uma hipotética vontade de nascer do feto. Duas objeções podem ser feitas a essa linha de pensamento. A primeira objeção é que, embora o valor intrínseco do feto tenha sido presumido no parágrafo anterior, pode ser mais difícil reconhecer sua autonomia, devido ao fato de ele não possuir nenhum grau de autoconsciência. Mas mesmo que esse argumento pudesse ser suplantado, ainda haveria outro. Como o feto depende da mãe, mas não o contrário, se a "vontade de nascer" do feto prevalecesse, a mãe seria totalmente instrumentalizada por esse projeto. Em outras palavras, se a mulher fosse forçada a manter o feto, ela se transformaria em um meio para a satisfação de outra vontade e não seria tratada como um fim em si mesma.

Finalmente, no plano do valor comunitário, é necessário determinar se a autonomia, nesse caso, pode ser restringida em nome de (1) valores compartilhados pelo grupo social ou (2) interesses estatais impostos por normas jurídicas. O aborto é, inequivocamente, a questão moral mais controvertida do debate público contemporâneo. Como mencionado anteriormente, muito países na Europa e na América do Norte têm descriminalizado o aborto durante os primeiros estágios da gestação. Por outro lado, a maioria dos países da África (com exceção da África do Sul) e da América Latina impõem severas restrições ao aborto, independentemente da fase da gravidez. O fato de importantes e respeitáveis grupos religiosos serem contrários ao aborto, com base nos seus dogmas e na sua fé, não supera a objeção de que esses são argumentos que não encontram espaço nos domínios da razão pública.[291] Sendo esse o caso, não se pode considerar que exista um consenso social significativo sobre essa matéria. De fato, a única conclusão claramente perceptível é que o aborto representa um ponto de grande desacordo moral na sociedade contemporânea. Em circunstâncias como essa, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas. Em outras palavras, o Estado deve valorizar a autonomia individual e não o moralismo jurídico. Como a Suprema Corte

última decisão e a considera um exemplo de "paternalismo de gênero" e de "estereótipos inconstitucionais sobre o papel e a capacidade das mulheres" (pp. 1773 e 1796).
290. Anita L. Allen, Autonomy's Magic Wand: Abortion and Constitutional Interpretation, *Boston University Law Review*, pp. 683 e 690, 1992.
291. V. nota 185.

dos Estados Unidos declarou no caso *Roe* vs. *Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal e na saúde da mãe não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto. Existem outros dois fortes argumentos em favor da legalização. O primeiro é a dificuldade em efetivar a proibição, como mostram as estatísticas.[292] O segundo é o impacto discriminatório que a criminalização do aborto tem sobre as mulheres pobres.[293] A descriminalização não impede as forças sociais que se opõem ao aborto de defenderem as suas concepções e de procurarem convencer as pessoas a não realizá-lo. E, de fato, é comum, mesmo em países nos quais o aborto é legalizado, que grupos sociais se mobilizem para desencorajar mulheres que queiram interromper suas gestações.[294]

3.2. União homoafetiva

O reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas é outra questão moral altamente controvertida em todo o mundo. Apesar disso, a evolução da opinião pública sobre essa matéria tem sido veloz e a resistência à mudança vem perdendo força, principalmente quando comparada com a persistente situação de impasse observada no caso do aborto. Na verdade, a discriminação contra a homossexualidade esteve presente de maneira intensa nas práticas jurídicas e sociais até o início do século XXI. Nos Estados Unidos, por exemplo, até a década de 1970, a Associação Americana de Psiquiatria classificava a homossexualidade como um transtorno mental.[295] Em 1971 a sodomia homossexual era tida como crime em todos os estados americanos, com apenas duas exceções.[296] Em 1986, a Suprema Corte considerou constitucionais leis estaduais que criminalizavam a conduta íntima entre pessoas do mesmo sexo,[297] um precedente somente superado em 2003.[298]

292. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, 21,6 milhões de abortos inseguros ocorreram em todo o mundo no ano de 2008, quase todos em países em desenvolvimento, onde essa prática é ilegal. V. http://www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/en/index.html.

293. De fato, mesmo em países onde o aborto é legal, legisladores que se opõem a ele conseguiram promulgar leis que restringem o financiamento público para essa finalidade, como ocorreu nos Estados Unidos e no Canadá. V. Heather D. Boonstra, The Heart of the Matter: Public Funding of Abortion for Poor Women in the United States, *Guttmacher Policy Review*, n. 10, 2007, disponível em: http://www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/1/gpr100112.html; e Joanna N. Erdman, In the Back Alleys of Health Care: Abortion, Equality, and Community in Canada, *Emory Law Journal*, n. 56, p. 1093, 2007.

294. Dalia Sussman, Conditional Support Poll: Thirty Years After Roe *vs*. Wade, American Support Is Conditional, *ABC News*, disponível em: http://abcnews.go.com/sections/us/dailynews/ abortion_poll030122.html.

295. V. Michael J. Rosenfeld, *The Age of Independence*: Interracial Unions, Same-Sex Unions, and the Changing American Family, 2007, p. 176 e 177 ("Até a década de 1950, havia um consenso entre os psiquiatras e psicólogos, que caracterizava os homossexuais como pessoas com distúrbios mentais profundos.").

296. William N. Eskridge e Darren R. Spedale, *Gay Marriage: For Better and for Worse: What We've Learned from the Evidence*, 2006, p. 23. Os estados eram Illinois e Connecticut.

297. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

298. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Antes de *Lawrence*, em *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), a Suprema Corte invalidou a Segunda Emenda à Constituição do Colorado, que proibia toda a ação legislativa, executiva ou judicial, em nível estadual ou local, concebida de modo a proteger o *status* das pessoas baseadas em suas "condutas, práticas, relacionamentos e orientações homossexuais, lésbicas ou bissexuais".

Um importante avanço se deu em 1993, quando a Suprema Corte do Havaí decidiu que uma lei que restringia o casamento a pessoas de sexos opostos constituía uma discriminação sexual.[299] Em reação contra essa decisão, de 1995 até 2005, 43 estados americanos aprovaram leis proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.[300] Ironicamente, essa reação teve como consequência a unificação da comunidade LGBT em torno da defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que era até então combatido por militantes radicais que o consideravam um exemplo de capitulação das minorias sexuais aos ritos convencionais.[301] Em 2004, o Estado de Massachusetts foi o primeiro a legalizar o casamento homossexual, seguindo uma decisão da Suprema Corte daquele Estado.[302] Nos últimos anos, a homossexualidade tornou-se um modo de vida cada vez mais aceito e existe uma crença crescente de que as suas causas são predominantemente biológicas. Sendo esse o caso, discriminar alguém somente com base na orientação sexual seria o mesmo que discriminar os asiáticos devido aos seus olhos, os africanos pela sua cor e os latino-americanos pela sua miscigenação étnica.

Nesse contexto evolutivo, não surpreende que alguns países já tenham legalizado as uniões homoafetivas, como África do Sul, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Holanda, Islândia, Portugal e Suécia. Em diversos outros Estados, medidas legais que apontam para a mesma direção têm sido propostas e a discussão tem avançado. É verdade que outros países aprovaram leis proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como (surpreendentemente) fez a França.[303] Nos Estados Unidos, do mesmo modo, uma lei federal de 1996, conhecida como Lei de Defesa do Casamento (*Defense of Marriage Act – DOMA*) define o casamento como "uma união legal entre um homem e uma mulher como marido e esposa". O Governo Obama, todavia, anunciou que não vai mais defender a constitucionalidade dessa lei, que tem sido questionada por diversas ações judiciais.[304] Aliás, diversos estados adotaram leis reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, Vermont e Nova York, assim

299. *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993), reconsideração e esclarecimento concedidos em parte, 74 Haw. 645, 852 P.2d 74 (1993).
300. William N. Eskridge and Darren R. Spedale, *Gay Marriage: For Better and for Worse: What We've Learned from the Evidence*, 2006, p. 20.
301. William N. Eskridge and Darren R. Spedale, *Gay Marriage: For Better and for Worse: What We've Learned from the Evidence*, 2006, p. 20. V. também Man Yee Karen Lee, *Equality, Dignity, and Same-Sex Marriage*: A Rights Disagreement in Democratic Societies, 2010, p. 11, e Nancy D. Polikoff, We Will Get What We Ask for: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not "Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage, *Virginia Law Review*, n. 79, pp. 1535 e 1549, 1993.
302. *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).
303. V. http://www.lesoir.be/actualite/france/2011-01-28/le-conseil-constitutionnel-dit-non-au-mariage-homosexuel-818228.php.
304. V. Charlie Savage and Sheryl Gay Stolberg, *In Shift, U.S. Says Marriage Act Blocks Gays Rights*, N.Y. Times, 23/02/2011, disponível em: http://www.nytimes.com/2011/02/24/us/24marriage.html.

como o Distrito de Columbia.[305] Do mesmo modo como ocorre com o aborto, existe uma oposição religiosa vigorosa contra a conduta homossexual e contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Baseados em passagens bíblicas interpretadas como condenações da homossexualidade,[306] muitos grupos evangélicos expressam forte reprovação a essa orientação sexual. No caso da Igreja Católica, os Papas João Paulo II[307] e Bento XVI[308] criticaram países que aprovaram leis reconhecendo direitos aos homossexuais.

A análise da união homoafetiva à luz da ideia de dignidade humana apresentada nesse artigo é muito menos complexa do que a realizada no caso do aborto. De fato, no plano do **valor intrínseco**, existe um direito fundamental em favor da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo: a **igualdade perante a lei**. Negar o acesso de casais homoafetivos ao casamento – e a todas as consequências sociais e jurídicas que ele implica – representa uma forma de discriminação baseada em orientação sexual. Não há outro argumento derivado do valor intrínseco que poderia ser razoavelmente empregado para se contrapor aos direitos de igualdade e respeito de que os homossexuais são titulares. Em relação à **autonomia**, o casamento entre pessoas do mesmo sexo envolve dois adultos que escolhem, sem manipulação ou coerção, como exercer seu afeto e sua sexualidade. Não há qualquer violação à autonomia de qualquer outra pessoa nem dano a terceiros que possam justificar a proibição. Finalmente, no plano do **valor comunitário**, não se pode deixar de reconhecer que numerosos segmentos da sociedade civil, particularmente grupos religiosos, desaprovam a conduta homossexual e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas negar o direito de casais homossexuais se casarem seria uma restrição injustificada sobre sua autonomia, em nome de um moralismo impróprio ou da tirania da maioria. Em primeiro lugar, há um direito fundamental envolvido, seja o direito à igualdade ou à privacidade (liberdade de escolha). Mesmo se assim não fosse, o fato inegável é que não há danos a terceiros ou à própria pessoa para serem levados em conta. E, por fim, não se pode encontrar um nível elevado de consenso social contra a união homoafetiva em um mundo onde, ao menos na maioria das sociedades ocidentais, a homossexualidade é amplamente aceita. Qualquer pessoa, é claro, tem o direito de se posicionar contrariamente à união homoafetiva e tentar convencer os outros de que a sua opinião é correta.[309]

305. Em 4/02/2012, a *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*, confirmando decisão da District Court, declarou a inconstitucionalidade da Proposição n. 8 e da emenda que ela introduzira na Constituição da Califórnia, proibindo o casamento de pessoas do mesmo sexo.
306. Levítico 18:22; Romanos 1:26; e Romanos 1:27.
307. U.S. Bishops Urge Constitutional Amendment to Protect Marriage, *AmericanCatholic.Org*, disponível em: http://www.americancatholic.org/News/Homosexuality/default.asp, acesso em 30/06/2011.
308. Michael Paulson, Pope Says Gay Unions Are False, *The Boston Globe* 7 jun. 2005.
309. O fato de não haver uma proibição ou um uso potencial da coerção estatal não obriga as pessoas que tenham uma divergência moral a permanecer em silêncio. V. H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, p. 76.

Mas isso é diferente de postular que o Estado não reconheça um exercício legítimo da autonomia pessoal de cidadãos livres e iguais.

3.3. Suicídio assistido

Suicídio assistido é o ato pelo qual um indivíduo provoca a sua própria morte com a ajuda de alguma outra pessoa. O debate sobre essa matéria envolve, como regra geral, o suicídio com assistência médica, que ocorre quando um médico fornece as informações e os meios necessários, como equipamentos ou drogas, mas o paciente pratica a ação. O debate sobre o suicídio assistido normalmente presume – e também é assim no presente artigo – que os sujeitos em questão estão doentes em fase terminal, passando por grande dor e sofrimento, ou em estado vegetativo permanente. Há forte oposição em relação ao suicídio assistido por parte da maioria das religiões, particularmente da Igreja Católica, que o considera moralmente condenável. Todavia, apesar do típico conflito entre humanistas seculares e crentes religiosos também estar presente aqui, existem algumas sutilezas que conferem nuances particulares a esse debate. Uma delas corresponde ao Juramento de Hipócrates, ainda proferido por médicos em muitos países, que aborda diretamente a questão ao declarar de forma inequívoca: "Não vou dar uma droga letal para ninguém caso me seja pedido, nem vou aconselhar uma ação desse tipo".[310] Além disso, existe sempre a preocupação de que pressões da família e de planos de saúde possam comprometer o consentimento livre e informado do paciente. Dessa forma, ao contrário do aborto e do casamento entre pessoas do mesmo sexo (ou alguma outra forma reconhecida de união homoafetiva), que são permitidas na maioria dos países desenvolvidos, o suicídio com assistência médica permanece ilegal de modo geral. Na Europa, como mencionado anteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, no caso *Pretty* vs. *United Kingdom*,[311] que não há um direito fundamental ao suicídio assistido.

A Suprema Corte do Canadá chegou ao mesmo resultado ao declarar a constitucionalidade da Seção 241 (b) do Código Penal, que criminalizou a assistência ao suicídio.[312] Em uma decisão por 5 a 4, a Corte considerou que: (1) o interesse do Estado na proteção da vida e dos vulneráveis deve prevalecer sobre as reivindicações de autonomia pessoal, de integridade física e psíquica e da dignidade humana; (2) a cláusula da proibição de penas cruéis e incomuns não se aplica; e (3) a proibição do suicídio assistido, mesmo sendo uma violação do direito à igualdade, foi justificada por objetivos legislativos substanciais e passou no teste da proporcionalidade.[313] Além disso, a maioria afirmou ser papel do Parlamento – e não da Corte – lidar com a

310. The Hippocratic Oath, traduzido ao inglês por Michael North, National Library of Medicine, National Institutes of Health. Disponível em: http://www.nlm.nih.gov/hmd/greek/greek_oath.html.
311. V. nota 83, *supra*.
312. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*. V. nota 50, *supra*.
313. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*.

questão do suicídio assistido.[314] Os *Justices* vencidos argumentaram enfaticamente que forçar um paciente terminal e incapacitado a ter uma "morte terrível e dolorosa" configurava uma afronta à dignidade humana, que não havia diferença entre a recusa de tratamento e o suicídio assistido,[315] que impedir pessoas fisicamente incapazes de dar fim às suas vidas configurava uma violação do direito à igualdade,[316] e que o medo do abuso não era suficiente para sobrepujar o direito do recorrente de encerrar a sua vida.[317]

Um pequeno conjunto de países tem legalizado o suicídio com assistência médica, incluindo Bélgica, Colômbia, Holanda, Luxemburgo e Suíça. Nos Estados Unidos, onde proibições ao suicídio assistido instituídas por alguns estados foram mantidas pela Suprema Corte,[318] três estados já legalizaram essa prática para pessoas com tempo restante de vida muito limitado. A Lei da Morte com Dignidade do Oregon (*Death with Dignity Act*) exige o diagnóstico de doença terminal que vai, "de acordo com um julgamento médico razoável, resultar em morte dentro de seis meses".[319] A Lei da Morte com Dignidade de Washington, aprovada em 2009, também possui um dispositivo que exige que os pacientes "tenham menos de seis meses de vida", para que estejam dentro do âmbito de aplicação da Lei.[320] O último estado americano a adotar um regime de suicídio assistido foi Montana que, mediante decisão da sua Suprema Corte, considerou imunes à persecução penal os médicos que auxiliam pacientes em estado terminal a morrer.[321] O Legislativo desse estado, contudo, tem hesitado em aprovar uma lei que descreva integralmente os limites do direito de morrer, deixando a questão em uma espécie de "limbo jurídico".[322] As normas desses estados americanos são mais rigorosas do que as de outros países. Na Holanda, por exemplo, o parâmetro é mais flexível e as pessoas diante da perspectiva de um "sofrimento insuportável sem expectativa de melhora" podem realizar o suicídio assistido, independentemente de um diagnóstico que preveja com exatidão o tempo remanescente de vida.[323] Na Bélgica, de maneira similar, os pacientes que sofrem "dores físicas ou psicológicas constantes e insuportáveis, resultantes de um acidente

314. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*.
315. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*. [1993] 3 S.C.R. 519. (*Cory, J., dissenting*).
316. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*. (*Lamer, C.J., dissenting*).
317. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*. (*L'Hereux-Dubé e McLachlin, JJ., dissenting*).
318. V. *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) e *Washington v. Glucksberg*, 421 U.S. 702 (1997).
319. ORS 127.505. Disponível em: http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/ EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/ors.aspx.
320. RCW 70.245, http://www.doh.wa.gov/dwda/.
321. Kirk Johnson, Montana Ruling Bolsters Doctor-Assisted Suicide, *New York Times* 31/12/2009, disponível em: http://www.nytimes.com/2010/01/01/us/01suicide.html.
322. Montana lawmakers put physician-assisted suicide issue on hold, *Billings Gazette* 20 fev. 2011, disponível em: http://billingsgazette.com/news/state-and-regional/montana/article_a35791fe-3d00-11e0-bff3-001cc4c002e0.html.
323. http://www.aph.gov.au/library/pubs/rn/2000-01/01rn31.htm.

ou de uma doença", são legalmente autorizados a solicitar o suicídio assistido aos seus médicos.[324]

Por fim, é necessário examinar a relação entre o suicídio assistido e cada um dos três elementos do conceito de dignidade humana apresentado nesse artigo. No que diz respeito ao **valor intrínseco**, o **direito à vida** seria naturalmente um obstáculo para a legalização do suicido assistido. É difícil encontrar um direito de morrer que pudesse ser invocado para se contrapor ao direito à vida. A morte é uma inevitabilidade e não uma escolha.[325] Mas certamente há um **direito à integridade física e mental**[326] que também está associado com o valor inerente de cada ser humano. O fato é que a tecnologia médica contemporânea tem a capacidade de transformar o processo da morte em uma jornada que pode ser mais duradoura e dolorosa do que o necessário. Cada indivíduo, portanto, deveria ter o direito de morrer com dignidade e de não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domínio normal sobre o seu próprio corpo. De uma forma um tanto paradoxal, no plano do valor intrínseco, o direito à vida e o direito à integridade podem se contrapor um ao outro.

No caso da **autonomia**, sua preservação é um dos pontos centrais do debate sobre suicídio assistido, ao lado do alívio do sofrimento e da preservação do valor comunitário.[327] A autonomia normalmente reforça a ideia de que uma pessoa sã tem o direito, em certas circunstâncias, de escolher morrer se, após uma reflexão ponderada, ela constata que "o sofrimento incessante supera o valor de seguir vivendo".[328] E, desde que o médico concorde em realizar o procedimento, não há nenhuma outra autonomia em questão. O **valor comunitário**, contudo, provoca uma discussão mais complexa. Minha inequívoca convicção é que a comunidade e o Estado não devem ter o direito de impor suas concepções moralistas e paternalistas sobre alguém que é vítima de um sofrimento desesperançado e está próximo do fim da sua vida. Todavia, eles têm a autoridade e o dever de estabelecer algumas salvaguardas com o objetivo de garantir que a autonomia de cada paciente seja adequadamente exercida. De fato, existe um risco real de que a legalização do suicídio assistido possa colocar pressão sobre os mais velhos e sobre aqueles acometidos de doenças terminais, que os levem a optar pela morte com a finalidade reduzir o ônus sobre os seus familiares. Em tais cenários, embora a opção por morrer seja uma decorrência da autonomia, na verdade ela se

324. Belgium legalizes euthanasia, *BBC News* 16/05/2012, disponível em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1992018.stm.
325. V. Luís Roberto Barroso e Letícia Martel, A Morte Como Ela É.: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. In: Tânia da Silva Pereira (org.), *Vida, Morte e Dignidade Humana*, 2009. Acessível também em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf.
326. A meu ver, a igualdade não desempenha qualquer papel nesse cenário.
327. V. Joshua Hauser, Beyond Jack Kevorkian, *Harvard Medical Alumni Bulletin*, 2000, disponível em: http://harvardmedicine.hms.harvard.edu/doctoring/medical%20ethics/kevorkian.php.
328. Peter Rogatz, The Virtues of Physician-Assisted Suicide, *The Humanist,* Nov./Dec. 2001, disponível em: http://www.thehumanist.org/humanist/articles/rogatz.htm.

torna o produto de uma coerção sobre indivíduos vulneráveis e marginalizados, o que reduz o valor das suas vidas e da sua dignidade.[329] Por esses motivos, os indivíduos que são vítimas de doenças terminais e passam por grande sofrimento, assim como aqueles que se encontram em estado vegetativo permanente,[330] deveriam ter direito ao suicídio assistido, mas a legislação deve ser cuidadosamente elaborada para garantir que a ideia moralmente aceitável da morte com dignidade não se torne uma "receita para o abuso de idosos".[331] Essas pertinentes preocupações com a proteção das pessoas vulneráveis não abalam, todavia, a ideia central defendida nesse tópico: quando dois direitos individuais da mesma pessoa estão em conflito é razoável e desejável que o Estado resguarde a autonomia pessoal.[332] Afinal de contas, o Estado deve respeitar as escolhas de uma pessoa quando é a sua própria tragédia que está em jogo.[333]

4. Considerações finais

4.1. A unidade na pluralidade

A filosofia grega antiga esteve centrada na busca por um princípio último – um substrato comum para todas as coisas, um elemento integrador subjacente à diversidade[334] – um problema conhecido como "o um e os muitos" (*the one and the many*),[335] a unidade na pluralidade. Se tal conceito fosse aplicado às sociedades democráticas modernas, a dignidade humana seria um dos principais candidatos ao papel de maior de todos os princípios, aquele que está na essência de todas as coisas. É verdade que circunstâncias culturais e históricas de diferentes partes do mundo afetam decisivamente o significado e o alcance da dignidade humana. Porém, como intuitivo, aceitar que uma ideia possa estar integralmente à mercê de vicissitudes geopolíticas, sem conservar um núcleo essencial de sentido, inviabilizaria o seu uso como um conceito funcional em nível doméstico e transnacional. O ambicioso e arriscado

329. As mesmas preocupações estão presentes em Martha Nussbaum, Human Dignity and Political Entitlements. In: *Human Dignity and Bioethics* (*Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*), p. 373, assim como na nota 373 e no texto que se segue. V. também Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, 1994, p. 190.

330. A questão do consentimento, quando há o envolvimento de uma pessoa que seja de algum modo incapaz, implica em uma grande complexidade no que se refere à prova da vontade real do paciente, à determinação do que ele desejaria e à identificação do que seria o seu melhor interesse. Algumas dessas questões foram abordadas em *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990), em que não se permitiu aos pais de uma paciente recusar, em nome desta, o tratamento que a mantinha viva, na ausência de uma "clara e convincente" evidência do seu desejo. Para uma crítica dessa decisão, v. Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, 1994, p. 196-8. Para uma discussão mais profunda sobre o consentimento, v. Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Consent in the Law*, 2007.

331. Margaret K. Dore, *Physician-Assisted Suicide*: A Recipe for Elder Abuse and the Illusion of Personal Choice, Vermont Bar Journal, 2011.

332. Para a defesa de uma atitude de restrição do Estado e da comunidade, v. Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, 1994, p. 239.

333. Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas*, 2008, p. 169, acesso através do *Oxford Scholarship Online* (http://www.oxfordscholarship.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/oso/private/content/law/9780199552184/p045.html#acprof-9780199552184-chapter-7).

334. Frederick Copleston. *A History of Philosophy*. 1960, v. I, p. 13-80.

335. Frederick Copleston. *A History of Philosophy*. 1960, v. I, p. 76.

propósito desse artigo foi identificar a natureza jurídica da ideia de dignidade humana e dar a ela um conteúdo mínimo do qual se possam extrair consequências jurídicas previsíveis e aplicáveis em todo o mundo. Trata-se de um esforço para encontrar pontos de identidade no seu uso ou, na pior das hipóteses, ao menos estabelecer uma terminologia comum. Tendo isso em mente, a dignidade humana foi aqui caracterizada como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que (1) fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e (2) exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas –, bem como no caso de desacordos morais. A bem da verdade, o princípio da dignidade humana, como aqui elaborado, tenta proporcionar um roteiro para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis, sem a pretensão de ser capaz de suprimir ou resolver os desacordos morais, uma tarefa inatingível.

Após sustentar que a dignidade humana deve ser considerada um princípio jurídico – e não um direito fundamental autônomo –, o presente estudo propõe três elementos como seu conteúdo mínimo, extraindo de cada um deles um conjunto de direitos e consequências. Para finalidades jurídicas, a dignidade humana pode ser dividida em três componentes: **valor intrínseco**, que se refere ao *status* especial do ser humano no mundo; **autonomia**, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e **valor comunitário**, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal. Essa dimensão comunitária da dignidade humana deve estar sob escrutínio permanente e estrito, devido aos riscos de o moralismo e o paternalismo afetarem direitos e escolhas pessoais legítimas. Na estruturação do raciocínio jurídico nos casos mais complexos e divisivos, afigura-se bastante útil identificar e discutir as questões relevantes que emergem de cada um desses três níveis de análise, o que confere mais transparência e controlabilidade social (*accountability*) para a argumentação e escolhas realizadas por juízes, tribunais e intérpretes em geral.

4.2 Epílogo: iguais, nobres e deuses

Como visto, a dignidade, em uma linha de desenvolvimento semântico que remonta à Antiguidade, era um conceito associado à ideia de classe e hierarquia: o *status* de certas posições sociais e políticas. A dignidade, então, estava vinculada à honra e conferia a alguns indivíduos privilégios e tratamentos especiais. Nesse sentido, a dignidade pressupunha uma sociedade estratificada e denotava nobreza, aristocracia e a condição superior de algumas pessoas sobre outras. Ao longo dos séculos, contudo, com o impulso da religião, da filosofia e da Política, uma ideia diferente de dignidade foi sendo desenvolvida – a **dignidade humana** –, destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos os seres humanos e o lugar especial ocupado pela humanidade

no universo. Esse é o conceito explorado neste artigo, que está na origem dos direitos humanos, particularmente dos direitos à liberdade e à igualdade. Essas ideias estão agora consolidadas nas democracias constitucionais e algumas aspirações mais altas têm sido cultivadas. Em algum lugar do futuro, com a dose adequada de idealismo e de determinação política, a dignidade humana se tornará a fonte do tratamento especial e elevado destinado a todos os indivíduos: cada um desfrutando o nível máximo atingível de direitos, respeito e realização pessoal. Todas as pessoas serão nobres.[336] Ou melhor, como na lírica passagem de *Les Miserables*, "todo homem será rei".[337] E mais à frente ainda, como o desejo e a ambição são ilimitados, os homens vão querer ser deuses.[338]

336. Essa ideia é defendida em Jeremy Waldron, Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkley. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series 2009 Working Paper no. 09-50*, p. 29. Waldron deu o crédito a Gregory Vlastos, Justice and Equality. In: Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, 1984, p. 41.
337. V. Alain Boublil e Herbert Kretzmer, *One Day More*: "One day to a new beginning / Raise the flag of freedom high! / Every man will be a king / Every man will be a king / There's a new world for the winning / There's a new world to be won / Do you hear the people sing?".
338. Essa ideia está em Jean-Paul Sartre, *The Being and the Nothingness*, pp. 735 e 764 (trad. Hazel E. Barnes, 1956); e também em Jean-Paul Sartre, *Existentialism as Humanism*, 1973, p. 63 ("A melhor maneira de conceber o projeto fundamental da realidade humana é dizer que o homem é o ser cuja meta é ser Deus"). O tema voltou a ser abordado em Roberto Mangabeira Unger, *The Self Awakened: Pragmatism Unbound*, 2007, p. 256. Para Unger, o projeto de divinização é impossível, mas sempre há maneiras pelas quais "nós podemos nos tornar mais semelhantes a Deus".

15

Discriminación y violencia de género. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos

ENZAMARIA TRAMONTANA*

"La violencia de género es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. Mientras continúe, no podemos afirmar que estemos logrando progresos reales hacia la igualdad, el desarrollo y la paz." **

Introducción. 1. La transversalización de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2. Definición y calificación jurídica de los actos de violencia de género. 2.1. Violencia dentro de la familia. 2.2. Violencia en la comunidad. 2.3. Violencia cometida por actores estatales. 2.4. Violencia en los conflictos armados. 3. La obligación de los Estados de hacer frente a la violencia contra la mujer, y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas. 4. La reparación de las víctimas de violencia. 5. Consideraciones finales.

Introducción[1]

La violencia de género, o sea (en primera aproximación) la violencia dirigida contra las mujeres por el hecho de ser tales, o que les afecta desproporcionadamente, ha recibido, en las últimas décadas, una creciente atención por parte de la Comunidad internacional. Como es notorio, ello se ha traducido tanto en el desarrollo de una toma de conciencia gradual con respecto a las causas, formas y consecuencias específicas de la violencia contra la mujer, como en la emergencia de ciertas directrices y estándares básicos de la materia, entre los cuales se destacan por su relevancia, de un lado, la categorización de la

* Bolsista de Pós-Doutorado em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Palermo.

** Discurso del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, para el Día Internacional de la Mujer de 1999, SG/SM/6919, WOM/1113, 8/03/1999.

1. La versión original fue publicada con el título de "Lucha contra la violencia de género. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en: La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración, Armin von Bogdandy, Juan Ignacio Ugartemendia, Alejandro Saiz Arnaiz, Mariela Morales Antoniazzi, IVAP, Pais Vasco, 2012 (en prensa).

violencia por razones de género como una cuestión de derechos humanos; y del otro, la imposición a los Estados de la obligación de adoptar medidas adecuadas para prevenir y eliminar esa violencia, ya sea cometida en el espacio público, como en el privado.[2]

Estos importantes avances han sido principalmente el fruto de la multiplicación, a partir del decenio de 1970, y con mayor impulso en los 1990, de iniciativas internacionales encaminadas específicamente a la lucha contra tal forma de violencia, y consistentes en la elaboración de normas jurídicas pertinentes, bien como en la creación de mecanismos de supervisión de la conducta de los Estados en la materia.[3] Pero a ello también ha contribuido, a partir de finales del siglo pasado y con más fuerza en este nuevo milenio, la progresiva incorporación de una perspectiva sensible a las diferencias de género en la labor de diversos organismos internacionales – especialmente, pero no sólo, de los órganos establecidos por tratados generales de derechos humanos y de los tribunales penales internacionales – y la atención prestada cada vez mayor, dentro de sus mandatos, a la violencia contra la mujer.[4]

Así que a nivel mundial, la intensa labor llevada a cabo en el marco de las Naciones Unidas para dar una respuesta particular a la problemática en discusión, impulsada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y culminada con la aprobación de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer,[5] y la institución de una Relatoría especial sobre el tema, se ha visto complementada por el trabajo, entre otros, del Comité de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Comité contra la Tortura, que, en sus recomendaciones generales y decisiones sobre denuncias individuales, han

2. Véase Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General, UN Doc. A/61/122/Add.1, 6/07/2006. En doctrina, entre otros, Anderson K., "Violence Against Women. State Responsibilities in International Human Rights Law To Address Harmful "Masculinities"", en Netherlands Quarterly of Human Rights, 2008, pp. 173-197.

3. Para una síntesis, véase, Degani P., "Diritti umani e violenza contro le donne: recenti sviluppi in materia di tutela internazionale", en Quaderni del Centro di studi e di formazione sui diritti dell'uomo e dei popoli, Venezia, 2000.

4. La transversalización de la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) ha empezado a ser entendida como una prioridad, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres, desde la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993 (vid. Declaración y Programa de Acción de Viena, UN Doc. A/Conf. 157/23 de 12/07/1993, párrs. 37-38). Lo que inspiró este cambio de dirección fue la voluntad de superar la división artificial que, tanto en la práctica internacional como en la doctrina, se había producido entre los derechos de las mujeres y los del resto de la humanidad, junto a la percepción de que los derechos humanos de la mujer pueden ser violados en formas diferentes a aquellos de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra la mujer sólo por el hecho de serlo. Cfr. García Muñoz S., "La Progresiva Generización de la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en Revista electrónica de estudios internacionales, 2001, <www.reei.org>; Charlesworth H., "Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations", en Harvard Human Rights Journal, 2005, págs. 1-18.

5. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, UN Doc. A/RES/48/104.

promovido el establecimiento, en relación con el ejercicio de los derechos tutelados por los respectivos tratados institutivos, de estándares internacionales pertinentes.[6]

Análogamente, a nivel regional, los esfuerzos realizados en la creación de instrumentos y mecanismos específicos para hacer frente a la violencia de género, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Penalizar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará),[7] y el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica,[8] ha estado acompañado por el desarrollo, por parte de los órganos generales de supervisión de los tratados sobre derechos humanos, de un creciente caudal de jurisprudencia sobre el tema, que de forma significativa ha contribuido tanto a la definición del derecho de toda mujer a vivir libre de violencia, cuanto a la comprensión de la correspondiente obligación estatal de prevenir y eliminar dicha violencia. De ello brinda una muestra emblemática, sin lugar a duda, la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte interamericana de derechos humanos (en adelante, respectivamente, "CIDH" y "CtIDH") que intentaremos sintetizar y comentar en el presente trabajo.

Para cumplir este objetivo desarrollaremos cuatro apartados. Comenzaremos por realizar algunas consideraciones preliminares acerca del proceso de transversalización de la perspectiva de género en el marco del Sistema interamericano de derechos humanos ("SIDH"). Seguidamente, examinaremos la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte en materia de violencia de género, centrando nuestra atención, in primer lugar, en la conceptualización y calificación jurídica de los actos constitutivos de dicha violencia; en segundo lugar, en la determinación del alcance de la obligación estatal de prevención, investigación y sanción de crímenes basados en el género, y del significado del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia; y luego, en el alcance de la reparación de las víctimas. Finalmente, extraeremos algunas conclusiones del análisis realizado y formularemos algunas consideraciones sobre el aporte del SIDH a la emergencia y consolidacion de ciertos estándares básicos de la materia.

1. La transversalización de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La problemática de los derechos humanos de las mujeres y de la igualdad de género está presente en el marco de la cooperación entre los países del Continente americano desde 1928, cuando fue establecida la Comisión Interamericana de Mujeres

6. Por una sintesis, vease Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General, *supra* nota 1.
7. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), suscrita durante la IV Asamblea Extraordinaria de Delegados a la Comisión Interamericana de Mujeres, el 18/04/1994, y entrada en vigor el 5/03/1995.
8. Convenio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12/04/2011.

(CIM), primer precedente de órgano intergubernamental creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres.[9]

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), algunos años más tarde, ha consagrado como principio básico de la Organización el reconocimiento de "los derechos fundamentales de la persona humana sin distinción de (...) sexo".[10] Desde entonces, la misma ha llevado a cabo una intensa labor en materia de igualdad de género y protección de los derechos humanos de las mujeres, que se ha articulado, básicamente, en tres distintas etapas de evolución.

La primera, que abarca desde la creación de la OEA hasta la mitad de los años Noventa, se caracteriza por la adopción de instrumentos de derechos humanos de naturaleza genérica – la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el llamado "Protocolo de San Salvador") – que consagran la prohibición de discriminación por razón de sexo, junto al derecho de igualdad ante la ley, sin reconocer a las mujeres como colectivo con especiales necesidades de protección.[11]

La segunda, por converso, se define por la convicción de que, frente a los mayores desafíos sociales enfrentados históricamente por las mujeres, sea necesaria la introducción de instrumentos destinados a dar una respuesta particular a la problemática de género, o sea a hacer frente a la subordinación del sexo femenino impuesta históricamente a través de estereotipos socialmente construidos, con el objetivo último de conseguir una igualdad real entre mujeres y hombres. En este contexto, en 1994, ve la luz la Convención de Belém do Pará, primer tratado internacional dirigido específicamente a eliminar la violencia de género.[12]

Finalmente, a partir de finales de los Noventa, se afirma la idea de que los instrumentos específicos sean insuficientes, por sí solos, a garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres, y que sea necesario incorporar una perspectiva sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de estas últimas, tanto en la interpretación y aplicación de los tratados generales sobre derechos humanos, como en la formulación e implementación de todas las estrategias y acciones en

9. Vid. Jardí De Morales Macedo J., "La Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) 1928-1997", Washington, 1999.
10. Artículo 3 (l) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada en Bogotá, Colombia, el 30 de Abril de 1948, durante la Novena Conferencia Internacional Americana, y entrada en vigor el 13 de Diciembre de 1951.
11. Vid. Art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), aprobada en Bogotá, el 2/06/1998; Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada en San José de Costa Rica el 22/11/1969, y entrada en vigor el 18/07/1978; Art. 3 del Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), adoptado en San Salvador, el 17/11/1988, y entrado en vigor el 16/11/1999.
12. *Supra* nota 6.

materia de derechos de la persona. Eso se traduce, durante la tercera de las fases que hemos venido marcando, en la progresiva transversalización de la perspectiva de género en la práctica de los órganos generales de supervisión del SIDH, la Comisión y la Corte.[13] Veamos.

Ha sido la Comisión, por primera, a mostrarse sensible a la problemática de género, estableciendo la práctica de incluir en sus informes anuales y por país capítulos sobre la condición de las mujeres, y empezando a examinar demandas individuales referentes a violaciones de derechos humanos con causas y consecuencias específicas de género.

Con carácter general, la CIDH ha enfatizado la necesidad de garantizar tanto la igualdad formal como la igualdad material entre hombres y mujeres, promoviendo la adopción por parte de los Estados de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre los mismos.[14] En cuanto a temas más específicos, si bien, como veremos a continuación, se ha concentrado principalmente en la violencia de género, la CIDH ha alcanzado logros relevantes también en otras materias sustantivas. Así, por ejemplo, en tema de derechos reproductivos, ha aclarado que la protección del derecho a la integridad de las mujeres entraña la obligación estatal de asegurar el acceso a servicios de salud durante el embarazo, el parto y el periodo posterior a este; [15] en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ha llamado a los Estados a eliminar la discriminación de género en los ámbitos del trabajo, de la educación, y del acceso a recursos económicos;[16] en tema de participación en la vida pública, ha subrayado la necesidad de fortalecer la representación de las mujeres en cargos electivos y en otros espacios de adopción de decisiones.[17]

En cuanto a la Corte, por otro lado, no ha sido hasta 2006 que se ha motorizado el desarrollo de una jurisprudencia sensible hacia la perspectiva de género. Este retraso se debe, en buena parte, a la reticencia de la Comisión en la remisión a la CtIDH de demandas individuales sobre derechos de las mujeres.[18] Pero también es imputable a la misma Corte, ya que antes de 2006 algunas demandas relacionadas a la materia les habían ya llegado y que, en ningún caso, esta había aprovechado la ocasión para

13. Véase, en general, Tramontana E., "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", en *Revista IIDH*, 2011, págs. 141-181.
14. Véase, CIDH, Informe sobre la condición de la mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100, 13/10/1998, p. 32; Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, OEA/Ser.L/V/II.106, 13/04/2000.
15. CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, del 7/06/2010.
16. CIDH, El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA Ser.L/V/II.143 Doc.59 del 3/11/2011.
17. CIDH, El camino hacia una democracia sustantiva: La participación política de las mujeres en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.79, del 18/04/2011.
18. V. voto razonado del juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la CorteIDH en el Caso Castro Castro *vs*. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25/11/2006, Serie C No. 160.

enriquecer su desarrollo argumentativo a través de la incorporación de consideraciones basadas en el género.[19]

Hasta hoy, el Tribunal se ha concentrado exclusivamente en el tema de la violencia de género, dictando sentencia sobre seis casos relacionados con él. A marcar los primeros pasos al respecto es la decisión sobre el Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, de noviembre de 2006.[20] Los hechos se refieren a un ataque de fuerzas de seguridad contra prisioneros acusados de delitos de terrorismo. La Corte, por primera vez, busca destacar la especificidad de género en las violaciones denunciadas, y afirma su competencia para aplicar e interpretar la Convención de Belém do Pará, calificándola como un elemento integrante del *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres.

Los casos González y otras (Campo algodonero) vs. México y Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, del 16 y 24/11/2009, respectivamente, proporcionan a la Corte la ocasión de profundizar esta nueva tendencia jurisprudencial.[21] El primero se refiere a la desaparición y muerte de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, y a la falta de respuesta del Estado para investigar efectivamente lo ocurrido, en el marco de un contexto general de violencia y discriminación contra las mujeres. Este caso da al órgano la oportunidad de afirmar la vinculación de la violencia de género con el deber de no discriminación contenido en el art. 1.1 de la CADH, y de determinar el alcance de la obligación estatal de protección frente a actos de violencia cometidos por particulares.[22]

El Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, por otro lado, es relativo a la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de la masacre de 251 personas por miembros de las fuerzas armadas de Guatemala, en cuyo contexto, antes de ser matadas, muchas niñas y mujeres habían sido violadas sexualmente y sometidas a actos de crueldad extrema, y mujeres embarazadas habían sido golpeadas hasta el punto de sufrir abortos. Por primera vez, el Tribunal de San José aborda el

19. Piénsese en los Caso Caballero Delgado y Santana *vs*. Colombia, relativo a la detención de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana por una patrulla militar del Ejército de Colombia (sentencia de 8/12/1995, Serie C No. 22); Loayza Tamayo *vs*. Perú, referente a la detención arbitraria de una mujer acusada de actos de terrorismo (sentencia de 17/09/1997, Serie C No. 33); y Maritza Urrutia *vs*. Guatemala, sobre el secuestro y la detención arbitraria de una militante de un grupo subversivo durante el conficto interno guatemalteco (sentencia de 27/11/2003, Serie C No. 103).

20. CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs*. Perú (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25/11/2006, Serie C No. 160.

21. CorteIDH, Caso González y otras (Campo algodonero) *vs*. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16/11/2009, Serie C No. 205; Caso de la Masacre de Las Dos Erres *vs*. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24/11/2009, Serie C No. 211.

22. *Infra*, par. 4. Para un estudio detallado del caso ver, Tiroch K. y Tapia Olivares L. E., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección transnacional de la mujer: análisis del Caso González y otras *vs*. México (Campo algodonero)", en von Bogdandy A. y otros (eds.), La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un i*us constitutionale commune* en América Latina?, Tomo II, Heidelberg, Mexico, 2010, págs. 497-531.

tema de la violencia cometida en el marco de conflictos armados, calificándola como "crimen de lesa humanidad".[23]

Por esta vía se llega a las decisiones sobre los casos *Fernández Ortega y otros* vs. *México* y *Rosendo Cantú y otra* vs. *México*, del 30 y 31/08/2010, relacionados con los actos de violación sexual cometidos por militares en perjuicio de dos mujeres del Pueblo Indígena Me'paa, donde la Corte considera la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres que sufren formas de discriminación múltiple o intersectorial;[24] y, finalmente, a la decisión sobre el caso *Gelman* vs. *Uruguay*, relativo a la desaparición forzada y a la detención arbitraria de una mujer embarazada por las fuerzas de seguridad uruguayas y argentinas, y a la posterior sustracción y entrega de su hija a la familia de un policía uruguayo, donde se toma en consideración el especial impacto que la violencia ha tenido sobre la víctima debido a su estado de maternidad.[25]

2. Definición y calificación jurídica de los actos de violencia de género

Realizado este breve resumen de la evolución de la práctica de la Comisión y de la Corte hacia la protección de la mujer, podemos ahora pasar a examinar con más detalle los perfiles de mayor interés de la jurisprudencia de los órganos en la materia de violencia de género, en general, y en relación con algunas formas especificas, a saber: violencia dentro de la familia; violencia en la comunidad; violencia cometida por actores estatales; y violencia realizada en el marco de conflictos armados o de ataques generalizados o sistemáticos contra sectores de la población civil.[26]

En primer lugar, para determinar si, en los casos concretos, los actos de violencia sufridos por las presuntas víctimas pueden considerarse como "violencia de género", tanto la CIDH como la CtIDH se han referido al alcance del art. 5 de la Convención Americana (que consagra el derecho a la integridad personal), en relación con la Convención de Belém do Pará. Ambas han hecho propia, en particular, la definición de "violencia contra la mujer" contenida en el art. 2 de la Convención, que incluye "la violencia física, sexual y psicológica" que tenga lugar "dentro de la familia", se produzca "en la comunidad" o sea "perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes".[27] La Corte se ha referido, asimismo, a la Recomendación General Nº 19 del Comité CEDAW, que ha calificado la violencia basada en el sexo como "es decir, la violencia

23. *Infra*, par. 3.4.
24. CorteIDH, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31/08/2010, Serie C No. 216.
25. CorteIDH, Caso Gelman *vs.* Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia de 24/02/2011, Serie C No. 221.
26. Esta clasificacion es elaborada sobre la base del Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, supra nota 1.
27. CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria Da Penha Fernandes (Brasil), 16/04/2001, par. 53. Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, párr. 276; Caso González y otras (Campo algodonero) *vs.* México, párrs. 128-136.

dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", y que abarca "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad".[28]

La CtIDH ha considerado la violencia sexual como una "forma paradigmática" de violencia de género, y es a la misma que ha dedicado el mayor desarrollo argumentativo en el marco en su pertinente jurisprudencia.[29] Siguiendo el criterio utilizado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), la Corte no ha proporcionado una enumeración taxativa de los actos materiales que constituyen violencia sexual, y la ha identificado con "acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno".[30] Esto ha permitido al órgano incluir en la noción de violencia sexual – junto con la violación, o sea "una invasión física" de carácter sexual – otros abusos de la misma naturaleza, como la desnudez forzada de mujeres y niñas.[31] Respecto a la violación sexual, al contrario, la Corte ha adoptado una definición puntual de la conducta material pertinente. Así, poniéndose esta vez en la estela del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), ha precisado que la violación "no implica necesariamente una relación sexual por vía vaginal", como se consideraba tradicionalmente, sino que incluye también todo "acto de penetración vaginal o anal [...] mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos".[32]

Pasando de la definición a la calificación jurídica de los actos de violencia de género, tanto la Comisión como la Corte han destacado reiteradamente que la violencia contra las mujeres constituye una violación del derecho a la integridad física, psíquica y moral de las víctimas, de su derecho a la dignidad, y, en los casos en los que lleve a la muerte, de su derecho a la vida.[33] Ambos órganos han considerado, asimismo, que la violencia sexual vulnera aspectos esenciales de la vida privada de la víctima, constituye "una intromisión en su vida sexual" y anula su "derecho a tomar

28. Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs*. Perú, párr. 276; Caso González y otras (Campo algodonero) *vs*. México, párrs. 128-136.
29. Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párr. 119; Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 109. En doctrina ver Chinkin C., "Rape and Sexual Abuse of Women in International Law", en European Journal of International Law, 1994, págs. 332 y ss.
30. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs*. Perú, párr. 306; Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párr. 119; Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 109. Cfr. TPIR, Prosecutor *vs*. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, de 2 de setiembre de 1998, párr. 688; Prosecutor *vs*. Musema, ICTR-96-13-A, de 27 de mayo de 2000, párr. 226; Prosecutor *vs*. Nijytegeka, ICTR-96-14-/, de 16 de mayo de 2003, párr. 456.
31. Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 306.
32. Ibidem, párr. 310. Con base en esto, la Corte concluyó que la violencia a la que había sido sometida una interna bajo supuesta "inspección" vaginal dactilar fuese calificable como violación sexual (párr. 310-312). Cfr. TPIY, Prosecutor *vs*. Furundžija, IT-95-17/1-T, de 10/12/1998, párr. 185; Prosecutor *vs*. Kunarac, Kovac, Vukovic, IT-96-23&23/1, de 22/02/2001, párr. 442.
33. CIDH, Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007, OEA/Ser.L/V/II.131, 2/03/2008; Honduras: derechos humanos y golpe de Estado, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55, 30/12/2009. Ver también, María Elena Loayza Tamayo *vs*. Perú, Informe No.24/94, fondo, Caso 11.154, 26/09/1994.

libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales", determinando la completa pérdida de control sobre "las deliberaciones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas".[34] Consecuentemente, han calificado dicha forma de violencia como una violación del art. 11 de la CADH (protección de la honra y de la dignidad), puesto que el contenido del mismo incluye también la protección de la vida privada, cuyo alcance "comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos".[35]

Asimismo, ambos órganos han afirmado que la violencia basada en el género constituye una grave forma de discriminación, y que, entre sus principales causas y consecuencias, está la creación y difusión de estereotipos de género, que "se refieren a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente".[36] De esto ha derivado la vinculación de la violencia de género con el deber de no discriminación contenido en el art. 1.1 de la CADH, en relación con los derechos sustantivos violados por los Estados en el caso concreto.

2.1. Violencia dentro de la familia

Al incluir en la definición de violencia las conductas que tengan lugar "dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal", la Convención de Belem do Parà rompe con la dicotomía entre el ámbito público y privado que ha obstaculizado tradicionalmente una protección completa y efectiva de las mujeres frente al fenómeno de la violencia de género.[37]

Esto le ha permitido a la Comisión afirmar que la violencia doméstica es – al igual que cualquier otro tipo de violencia – una violación de los derechos humanos de la mujer, y establecer, asimismo, que la realización de actos violentos dentro de la familia, al igual que todo acto cometido por actores privados, puede generarle responsabilidad a los Estados cuando no instrumentan medidas razonables de prevención, no investigan debidamente los hechos o no castigan a los responsables, según lo establecido en la CADH y en la Convención de Belém do Pará.

Así, en el paradigmático caso de Maria da Penha Maia Fernandes, víctima por años de continuas agresiones por parte de su entonces esposo, la Comisión ha sostenido

34. Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párr. 129; Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 119. Cfr. TPIY, Prosecutor *vs*. Zejnil Delalic et al. ("Celebici Camp"), Caso No. IT-96-21-T, 16/11/1998, párr. 492.
35. Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párr. 129; Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 119. Sobre la noción de vida privada en la jurisprudencia de la Corte, cfr. Caso Tristán Donoso *vs*. Panamá, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27/01/2009, Serie C No. 193, párr. 55.
36. CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria Da Penha Fernandes (Brasil), 16/04/2001, párr. 45-47; CorteIDH, Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, párr. 401.
37. Ver Romany C., "State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique to the Public/Private Distinction in International Human Rights Law", en Cook R. J. (ed.), *Human Rights of Woman*: National and International Perspectives, Philadelphia, 1994, p. 58 y ss; Chinkin C., "A Critique of the Public/Private Dimension", en *European Journal of International Law*, 1999, págs. 387-395.

que el Estado de Brasil había fallado en actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, por no haber condenado ni sancionado al agresor durante diecisiete años, pese a las denuncias efectuadas por la víctima;[38] y ha concluido, consecuentemente, que el Estado fuese responsable por la violación del derecho de la víctima a un recurso judicial efectivo y a las garantías procesales en el marco de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, junto con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el art. 1(1) de dicho instrumento, así como del art. 7 de la Convención de Belém do Pará.[39]

También los Estados que no hayan ratificado la Convención Americana pueden incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares.[40] Así lo ha aclarado la CIDH en el reciente caso de *Jessica Lenahan (Gonzáles)*, donde ha interpretado la obligación del Estado de eliminar formas directas e indirectas de discriminación que deriva del art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como comprensiva de la prevención y la erradicación de la violencia contra las mujeres.[41] El caso, contra Estados Unidos, se refería a la falta de diligencia de las autoridades estatales en la prevención, y posterior investigación, del secuestro y muerte de las tres hijas de Jessica Lenanhan, por mano de su ex marido y padre de las niñas, después de violar una orden de protección.

2.2. Violencia en la comunidad

Además que en la familia, las mujeres se enfrentan a formas de violencia en el marco de la comunidad en general, que comprenden el femicidio; la violencia sexual infligida fuera de la pareja; el acoso sexual y la violencia en el lugar de trabajo, en instituciones educativas o en espacios deportivos; la pornografía; la explotación sexual y la trata de mujeres.

Entre ellas, la Corte ha tenido ocasión de referirse al femicidio, término que ha calificado – en la decisión sobre el Caso Campo Algodonero – como sinónimo de "homicidio de mujer por razones de género.[42] A pesar de no proporcionar una definición circunstanciada del mismo, la Corte parece entender el femicidio como la muerte violenta de mujeres, por el hecho de ser tales, en un contexto generalizado de

38. Maria Da Penha Fernandes (Brasil), párr. 60.
39. Ibidem.
40. Clérico L. y Novelli C., "La violencia contra las mujeres en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos", en Carmona Cuenca E. Y Burgorgue-Larsen L. (eds.), *La perspectiva de género en los tribunales internacionales de derechos humanos*. Comparación de los sistemas europeo e interamericano: Una oportunidad para el diálogo, Madrid, 2012 (en edición).
41. CIDH, Informe No. 80/11, Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros (Estados Unidos), 21 de julio de 2011. Sobre el carácter vinculante de la Declaración Americana, véase CorteIDH, 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, Serie A No. 10, 14 de julio de 1989, párr. 35 ss.
42. Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, párr. 143.

discriminación y violencia contra las mismas.[43] Es con base en este presupuesto que la contextualización de los asesinatos de Ciudad Juárez en el marco de una situación generalizada de violencia basada en el género, junto al patrón en el que se enmarcaban las tres víctimas (al ser jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes), permite al órgano concluir que sus muertes constituyen casos de femicidio.

La Comisión, por su parte, ha abordado temas tales como la trata de mujeres y la prostitución forzada. La trata para fines de explotación o comercio sexual ha sido calificada como una forma contemporánea de esclavitud. La CIDH ha instado a los Estados, al respecto, a diseñar e implementar acciones multilaterales para la sanción de los traficantes y la protección médica y legal de las víctimas.[44] Una intervención especializada ha requerido, asimismo, para combatir el fenómeno de la prostitución forzada, igualmente calificada como una forma de violencia basada en el género.[45]

Pero también ha sido abordado el tema del acoso sexual. En su reciente Informe dedicado al tema de derechos económicos, sociales y culturales en perspectiva de género, la CIDH ha evidenciado el grave impacto que el mismo tiene sobre el goce de los derechos de las mujeres en el ámbito del trabajo, calificándolo como "una forma de violencia de género que debe ser investigada y sancionada por los Estados con debida diligencia y sin dilación".[46]

2.3. Violencia cometida por actores estatales

El Estado puede perpetrar violencia de género tanto por conducta de sus agentes como mediante sus leyes y políticas públicas.

La jurisprudencia interamericana ha sido constante en calificar la violación sexual cometida por agentes del Estado como una forma de tortura.[47] A este fin, la Comisión y la Corte han empleado la definición que surge de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, para las cuales se considera como "tortura" un acto que haya sido realizado por un agente del Estado, o con su aquiescencia o tolerancia, y que cumpla con los siguientes requisitos: (i) haya sido

43. Véase Toledo Vásquez P., "¿Tipificar el feminicidio?", en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, disponible en: < www.cdh.uchile.cl /anuario04/7-Seccion_Nacional/3-Toledo_Patsili/Patsili_Toledo.pdf>.
44. CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9/12/2011, par. 196. Ver, también, Combate contra el delito de la trata de personas, especialmente mujeres, adolescentes y niñas y niños, res.225 (XXXI-O/02) aprobada en la sexta sesión plenaria, celebrada el 31/10/2002.
45. CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, par. 196.
46. CIDH, El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, parr. 161 ss.
47. CIDH, Raquel Martín de Mejía *vs*. Perú, Informe No. 5/96, fondo, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996; Ana Beatriz y Celia González Pérez *vs*. México, Informe No. 53/01, fondo, Caso 11.565, 4 de abril de 2001. CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs*. Perú, párr. 312 En doctrina, cfr., Andión Ibañez X., "The Right of Women to Be Free From Violence and the Approach of the InterAmerican System in Individual Cases: Progress and the Challenges", en Revista IIDH, 2007, págs. 11-57, p. 20 y ss.

intencional; (ii) cause severo sufrimiento físico o mental, y (iii) se haya cometido con determinado fin o propósito.[48]

En *Castro Castro*, la CtIDH ha subrayado, al respecto, que la violación sexual cometida por un agente del Estado contra una mujer detenida es un acto especialmente grave y reprobable, y una violación particularmente flagrante de los derechos humanos, en consideración a la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder desplegado por el agente.[49] En *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, la Corte ha tenido la ocasión de precisar que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando "consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales", subrayando como los elementos objetivos y subjetivos cuya presencia permite calificar un hecho como tortura "no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza".[50] Y ha precisado, asimismo, que el sufrimiento severo de la víctima, que caracteriza los actos de tortura, debe de considerarse inherente a la violación sexual, aún cuando no exista prueba de lesiones o enfermedades físicas.[51]

En la práctica de la Comisión, por otro lado, se encuentra la condena de actos de violencia cometidos por los Estados mediante leyes y políticas públicas, en particular las que se refieren al uso de la esterilización para controlar el comportamiento reproductivo de la población femenina.[52] Al respecto, el órgano ha reiteradamente subrayado la importancia de garantizar que las mujeres puedan ejercitar el derecho a controlar su fecundidad sin sufrir alguna forma de violencia y coerción; y con base en esto, ha aclarado que la divulgación de métodos de planificación familiar es una acción positiva sólo a condición que estos métodos tengan carácter voluntario, pero que en cambio crea "un peligro de violencia y discriminación directa contra la mujer" cuando convierte a esta ultima "simplemente en un objeto" para controlar el crecimiento de la población.[53]

48. Cf. CorteIDH, Caso Fernández Ortega *vs*. México, párr. 120; Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 110. También véase CIDH, Ana, Beatriz y Celia González *vs*. México, 4/04/2001, párrs. 43-52.
49. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs*. Perú, párr. 408.
50. Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párr. 128; Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 118.
51. Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México, párr. 114. En Fernández Ortega, en particular, la Corte determinó que la "vulnerabilidad y la coerción que el agente estatal ejerció sobre [la víctima] se reforzó con la participación de otros dos militares también armados, que agravaron el marco de violencia sexual ejercido contra la víctima, habiendo, incluso, otro grupo de militares que esperaron fuera de la casa". Dicha circunstancias agravaró el sufrimiento psicológico y moral de la víctima "ante la posibilidad de que fuera también violada sexualmente por ellos [los agentes de seguridad estatales] o por quienes se encontraban afuera de la casa (…) De igual modo, la presencia de sus hijos en los momentos iniciales del hecho, así como la incertidumbre de si se encontraban en peligro o si habrían podido escapar, intensificaron el sufrimiento de la víctima" (párrs. 125-126).
52. CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, parr. 38-39; Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA Ser.L/V/II. Doc.61, 22/11/2011, parr. 61-63. Ver también, María Mamérita Mestanza Chávez *vs*. Perú, Informe No. 71/03, solución amistosa, 3/10/2003.
53. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, 2/06/2000, véase Capítulo VII, Los Derechos de la Mujer, parr. 23 y 26.

2.4. Violencia en los conflictos armados

Por último, vamos a centrar nuestra atención sobre el enfoque de la Comisión y de la Corte con respecto a la violencia cometida en el marco de conflictos armados o de ataques generalizados o sistemáticos contra sectores de la población civil.

La CIDH ha recientemente aclarado como el conflicto armado es un elemento que agrava los fenómenos de discriminación y violencia de género, ya que "todas las características que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas y a ser sujetas a un trato inferior históricamente (...) son explotadas y abusadas por los actores del conflicto armado en su lucha por controlar territorio y recursos económicos".[54] Asimismo, el órgano ha identificado cuatro principales formas de violencia que, en contexto de conflicto, afectan especialmente a las mujeres, a saber: la violencia física, psicológica y sexual empleada como estrategia de guerra al fin de lesionar, humillar y debilitar al enemigo;[55] la violencia destinada a causar el desplazamiento forzado del territorio; la explotación y esclavitud sexual por parte de los actores armados; y la imposición por grupos armados ilegales de pautas de comportamiento social basadas en estereotipos de género.[56]

La CtIHD, por su parte, en línea con la evolución del derecho internacional en materia, ha calificado los actos de torturas y violencia sexual ejecutados en contexto de conflictos armados o de ataques generalizados o sistemáticos como "crímenes de lesa humanidad", lo que le ha permitido afirmar, siendo la prohibición de cometer estos crímenes una norma de *ius cogens*, que los Estados tienen una obligación inderogable de perseguir eficazmente tales conductas y sancionar a sus autores.[57] A pesar, por otro lado, de haber denunciado la utilización de los actos de violencia sexual como método para humillar a la parte contraria en los conflictos armados, la Corte no ha incluido esas prácticas dentro de la categoría de los "crímenes de guerra". Sin lugar a duda, se trataría de un desarrollo deseable, que alinearía la jurisprudencia interamericana con los más recientes avances de la pertinente práctica internacional.[58]

54. CIDH, Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado interno en Colombia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18/10/2006, párr. 46.
55. Esta forma de violencia es dirigida contra las mujeres por su relación afectiva con los combatientes. Como explicado por la CIDH, "[l]a violencia sexual vulnera de manera especial al bando contrario porque los hombres son considerados tradicionalmente como los protectores de la sexualidad de las mujeres en su comunidad. Por tanto, cuando la sexualidad de las mujeres es abusada y explotada, esta agresión se convierte en un acto de dominación y poder sobre los hombres de la comunidad o el grupo bajo control" (Ibidem, párr. 48).
56. Ibidem, parr. 96.
57. Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 402-404; Masacre de Caso de la Masacre de Las Dos Erres *vs.* Guatemala, parr. 140-141. En doctrina, sobre el desarrollo de los estandares internacionales en la materia, v. Vitucci C., "I crimini contro le donne nel diritto internazionale", en Fiume G. (ed.), Donne, diritti, democrazia, Roma, 2007, págs. 83-120, p. 100 y ss.; Poli L., "La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale", en Diritti Umani e Diritto Internazionale, 2009, págs. 396-416, págs. 406-408.
58. Sobre el tema, v. Copelon R., "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law", en McGill Law Journal, 2000, p. 221 y ss; McHenry J. R., "The Prosecution

3. La obligación de los Estados de hacer frente a la violencia contra la mujer, y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas

La perspectiva de género influye también en la definición del alcance de la obligación de los Estados de garantizar los derechos reconocidos en la CADH, de acuerdo con su art. 1.1. Esta obligación, en general, exige a los Estados organizar su aparato gubernamental a modo de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de toda persona, e implica el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente todas sus violaciones.[59] En los casos de violencia contra las mujeres la aplicación de la Convención de Belém do Pará da a la Corte la oportunidad de verificar el cumplimiento de dicho deber de garantía con un enfoque de género, configurado a cargo de los Estados, además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, unas "obligaciones reforzadas" de prevención e investigación, conformes con el estándar de "debida diligencia" establecido en su art. 7 (b).[60]

En relación con el deber de prevención, en particular, la Corte sostiene que los Estados deben adoptar una "estrategia integral" encaminada a "prevenir los factores de riesgo" que contribuyen a que esa violencia se perpetúe, y establece a cargo de las autoridades públicas el deber de "adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia".[61] Cuanto al deber de investigación y de sanción, ese se traduce en la obligación de fortalecer las instituciones nacionales, para que puedan proporcionar una respuesta efectiva antes las denuncias de violencia de género, garantizando de tal manera un acceso adecuado y efectivo de las víctimas a la justicia.[62]

La decisión del *Caso Campo Algodonero*, donde la Corte aplica el estándar de debida diligencia respecto de la obligación estatal de protección frente a actos cometidos por particulares, es un precedente paradigmático en el desarrollo de la pertinente jurisprudencia del SIDH. Veamos en detalle sus aspectos más interesantes.

Conforme a la jurisprudencia interamericana, la atribución de responsabilidad a un Estado por incumplir su deber de adoptar medidas de prevención frente a actos

of Rape under International Law: Justice that is Long Overdue, en Vanderbilt Journal of Transnational Law", 2002, p. 1275 y ss.

59. CorteIDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, fondo, sentencia de 29/07/1998, Serie C No. 4, párr. 166.

60. Cfr. Abramovich V., "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo algodonero" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Anuario de Derechos Humanos, 2010; Tramontana E., "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", *supra* nota 12. En relación con la competencia de la Corte para conocer violaciones al art. 7 de la Convención de Belém do Pará, v. Cardenas Cerón M. y Lozada Pimiento N., "Estrategias de litigio de la Convención de Belém do Pará ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Acosta Alvarado P. et al. (eds.), Apuntes sobre el Sistema Interamericano, Bogotá, 2008, págs. 83-108.

61. Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, párr. 258.

62. Ibidem, párr. 293.

de particulares, debe reunir, en general, tres requisitos: (a) el conocimiento por parte de las autoridades estatales, de una situación de riesgo real e inmediato; (b) para un indivíduo o grupo de indivíduos determinado, y (c) la existencia de posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.[63] Según se desprende del fallo "Campo Algodonero", sin embargo, en los casos de violencia contra las mujeres, el carácter "agravado" del deber estatal de prevención incide en la evaluación de la previsibilidad del riesgo para las víctimas, induciendo a la Corte a realizar un escrutinio más estricto sobre la conducta de los Estados, siempre que los hechos del caso concreto se sitúen en contextos generalizados de violencia, desigualdad y vulneración.[64]

En esta línea interpretativa, el órgano encuentra al Estado Mexicano responsable por el incumplimiento su obligación de prevención, no solo por no haber adoptado una política general encaminada a combatir el patrón generalizado de violencia contra la mujer existente en Ciudad Juárez, sino también por no haber investigado con debida diligencia frente a las denuncias de desaparición de las víctimas, a pesar de tener conocimiento, "dado el contexto del caso", o sea un contexto de discriminación histórica y estructural hacia un grupo en condición de vulnerabilidad, de que existía "un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas".[65] La Corte considera, en particular, que ante tal contexto surge un "deber de debida diligencia estricta" frente a denuncias de desaparición de mujeres, "que exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda durante las primeras horas y los primeros días".[66]

De igual manera, de las irregularidades y retrasos en la búsqueda de los responsables de las desapariciones y posterior muerte de las víctimas surge la responsabilidad del Estado de México por el incumplimiento de su deber de investigación y sanción. Es opinión de la Corte que dicho deber tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o lesión a su libertad personal en el marco de un contexto generalizado de violencia de género. En particular, es importante que en estos casos la investigación "sea realizada con vigor e imparcialidad", "determinación y eficacia", teniendo en cuenta la necesidad de reiterar la condena de la violencia por

63. CorteIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs*. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31/01/2006, Serie C No. 140, párr. 153; Caso Valle Jaramillo y otros *vs*. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27/11/2008, Serie C No. 192, párr. 78.
64. Abi-Mershed, Elizabeth A., "Due Diligence and the Fight Against Gender-Based Violence in the Inter-American System", en Benninger-Budel C. (ed.), Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence, Leiden, 2008, p. 130 y ss.
65. Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, párr. 283.
66. Ibidem, párr. 293. En particular, segun la Corte, es imprescindible: la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales; la adopcion de medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad; la realizacion de una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades, ademas, deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.

parte de la sociedad y de fortalecer la confianza de las mujeres en la capacidad de las autoridades de protegerlas de la violencia.[67]

En este contexto se enmarca, asimismo, unos de los temas centrales de la práctica de la Comisión y de la Corte, a saber, el de las barreras al acceso de las mujeres a la justicia.[68] En el fallo sobre el *Caso Campo Algodonero,* el órgano centra su atención en las consecuencias de los estereotipos de género sobre la investigación de los actos de violencia perpetrados contra las víctimas, interpretando la actitud indiferente y minimizadora de los funcionarios estatales frente a las denuncias de desaparición de las mismas como una consecuencia de los patrones socioculturales discriminatorios existente en Ciudad Juárez, y calificando dicha conducta, en sí misma, como una forma de discriminación contra las mujeres en el acceso a la justicia. Al respecto, citando el informe de la CIDH sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia, el Tribunal señala que "[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal [...], lo cual se traduce en inacción [...] ante denuncias de hechos violentos", y que esta influencia "también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos [...], que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales".[69]

Asimismo, es fundamental para la Corte resaltar que la discriminación judicial frente a los actos de violencia contra las mujeres no solamente constituye una violación del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, sino también propicia un ambiente de impunidad que, por un lado, favorece la perpetración y la aceptación social del fenómeno, enviando el mensaje de que la violencia puede ser tolerada "como parte del diario vivir", y, por el otro, incrementa la sensación de vulnerabilidad e inseguridad en las mujeres, así como su desconfianza en el sistema de administración de justicia.[70] De aquí la vital importancia de garantizar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos, no solamente para ofrecer una respuesta adecuada a las víctimas en los casos concretos, sino también como medio para prevenir otros crímenes y

67. Ibidem, párr. 293. Vease también Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, párr. 193-194, y Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, párr. 177-178, donde la Corte precisa, en cuanto al contenido de la obligación "reforzada" de investigación por violencia sexual, la necesidad, entre otros, que: a) la declaración de a víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confanza, y se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; b) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima; c) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado; d) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima y la investigación inmediata del lugar de los hechos, y e) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.
68. Véase, en general, CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.
69. Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs.* México, párr. 400.
70. Ibidem, párr. 388 y 400; Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, párr. 193; Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, párr. 177.

avanzar de esa manera hacia la progresiva erradicación del fenómeno de la violencia contra la mujer.

4. La reparación de las víctimas de violencia

Por último, llegamos al tema de la reparación a las mujeres víctimas de violencia. Según se desprende de la doctrina, la necesidad de otorgar reparaciones con perspectiva de género deriva tanto del diferente impacto que violaciones similares pueden producir sobre hombres y mujeres, como de la circunstancia de que estas últimas pueden ser víctimas de violaciones específicas de sus derechos.[71] De acuerdo con este punto de vista, la adopción de una perspectiva sensible al género debería influenciar tanto la determinación del universo de las víctimas como la definición de las modalidades de reparación. En cuanto al primer elemento, sería de fundamental importancia, además de valorar las formas y las consecuencias específicas de las violaciones sufridas por las víctimas directas del caso concreto, también tener en consideración los efectos de esas violaciones sobre el colectivo de mujeres al que pertenecen las víctimas.[72] En cuanto al segundo elemento – el diseño de las medidas reparatorias –, se debería tratar de privilegiar una eficaz rehabilitación de las víctimas, pero igualmente resultaría de especial importancia la determinación de medidas capaces de impulsar una transformación del contexto estructural de subordinación y marginación que subyace a la violencia de género.[73]

A partir de la decisión *Maria da Penha*, la jurisprudencia interamericana ha dado muestra de una progresiva evolución hacia la reparación en clave de género.[74] Es en ocasión del paradigmático fallo en *Campo Algodonero*, sin embargo, que la Corte ha marcado un auténtico hito en la materia, tomando en cuenta expresamente, por primera vez, "los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres", y proclamando la necesidad de que, cuando se identifique una situación de discriminación estructural, las reparaciones tengan "una vocación transformadora", a saber, "un efecto no solo restitutorio sino también correctivo".[75]

La especificidad de género influye en todos los principales componentes del clásico modelo reparatorio empleado por el órgano. Ello se traduce, en cuanto a la indemnización, en el otorgamiento de una cantidad adicional a favor de las víctimas, con la finalidad de ofrecerles una forma de reparación material que les permita gradualmente

71. Aguilar Castañón G., Violence against Women and Reparations from a Gender Perspective before International Courts, 2009, disponible en: <http://www.etd.ceu.hu/2010/aguilar_gail.pdf>; Rubio-Marín R. y De Greiff P., "Women and Reparations", en The International Journal of Transitional Justice, 2007, págs. 318-337. Véase también Rubio-Marín R., "Mujer y reparación: apuntes para la reflexión", en Asociación Pro Derechos Humanos, Para no olvidarlas más. Mujeres y reparaciones en el Perú, Perú, 2007, pp. 13-26.
72. Aguilar Castañón G., "Violence against Women and Reparations from a Gender Perspective before International Courts", *supra* nota 70, p. 20-22.
73. Rubio-Marín R. y De Greiff P., Women and Reparations, *supra* nota 70, p. 331.
74. Maria Da Penha Maia Fernandes *vs*. Brasil, párr. 61.
75. Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, párr. 451.

reconstruir sus vidas; en cuanto a la rehabilitación, en la determinación de medidas adecuadas a satisfacer las necesidades propias de las mujeres y, sobretodo, a hacer frente a las consecuencias que la violencia tiene sobre ellas; en cuanto a la satisfacción y a las garantías de no repetición, en el planteamiento de medidas encaminadas a desmantelar el contexto de desigualdad estructural y el sentimiento de impunidad que posibilitan y propician la violencia por razones de género.[76]

Así que, en *Campo Algodonero*, la Corte ordena al Estado que indemnice a las víctimas por la falta de garantía de sus derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, tomando en consideración, en la determinación de la cantidad correspondiente, la violencia por razones de género a la que fueron sometidas;[77] dispone que se brinde atención médica, psicológica o psiquiátrica a las víctimas, enfatizando la necesidad de contar con profesionales que "tengan la experiencia y formación suficiente para tratar […] los traumas psicológicos ocasionados como resultado de la violencia de género";[78] establece la obligación del Estado de reconocer públicamente su responsabilidad internacional por la violación de los derechos de las víctimas, y de levantar un monumento en su memoria, "como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro";[79] y por último dispone (a) la realización de una investigación que permita identificar y sancionar a los responsables de la desaparición, maltratos y asesinato de las víctimas, que sea realizada por funcionarios capacitados en casos de discriminación por razón de género, y abarque el desarrollo de líneas de acción específicas respecto a la violencia sexual; (b) la estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, para combatir los distintos tipos de violencia contra las mujeres "con base en una perspectiva de género"; (c) la implementación de programas dirigidos a funcionarios públicos para la superación de estereotipos socioculturales sobre las mujeres, y (d) la realización de un programa de educación destinado a la población, con el fin de superar la situación de discriminación de género.[80]

Al fortalecimiento de esta tendencia innovadora ha contribuido, más recientemente, la decisión en el caso *Fernández Ortega*, cuyo especial interés radica en que la Corte no sólo ha tenido en consideración la situación de especial vulnerabilidad de la víctima por haber sufrido una doble forma de discriminación, sino también ha

76. Tramontana E., "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", *supra* nota 12.
77. Ibidem, párrs. 584-585.
78. Ibidem, párr. 549.
79. Ibidem, párrs. 471-472.
80. Ibidem, párrs. 497-502; 503-508; 541-543. Al contrario, sin embargo, debido a falta de información adecuada por parte de la CIDH y de los representantes de las víctimas, la Corte no pudo pronunciarse sobre la necesidad de la adopción, por parte del Estado, de una "política integral y coordinada", orientada a combatir la violencia por razón de género, garantizando efcazmente la prevención, investigación y persecución de los casos de violencia contra las mujeres, y la reparación de las víctimas (párr. 494).

ordenado medidas de reparación con perspectiva comunitaria, bajo la modalidad de la satisfacción y de la garantía de no repetición, teniendo en consideración la especificidad de las causas y de las consecuencias de los actos de violencia de género cometidos contra mujeres indígenas.[81] Destacando, en particular, la importancia de implementar reparaciones que "permitan reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de reestablecer el tejido comunitario", el órgano ha requerido al Estado la creación de un centro comunitario en el que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, y la construcción de una escuela-albergue para que las niñas indígenas del estado mexicano de Guerrero pudieran acceder a iguales oportunidades de educación.[82]

5. Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo se ha ido examinando la jurisprudencia desarrollada por la Comisión y la Corte interamericana en materia de violencia contra la mujer, en el más amplio contexto del proceso de transversalización de la perspectiva de género en el marco del SIDH.

El análisis de los pronunciamientos de los dos órganos ha demostrado sus crecientes esfuerzos por aplicar las normas de la Convención Americana con perspectiva de género, ya sea en los casos en que los derechos de la mujer constituyen el tema principal de examen, o en aquellos en que la lesión de dichos derechos forma parte de un contexto más amplio y diferenciado de violaciones. Tanto la Comisión como la Corte han reconocido las formas de victimización específica que sufren las mujeres y han vinculado las lesiones específicas de sus derechos con la situación general de discriminación en cuyo marco las mismas se desenvuelven.

Ello, junto a la aplicación de la Convención de Belém do Pará, ha permitido a los órganos del SIDH realizar fundamentales aportes a la protección transnacional de la mujer frente a la violencia de género. Así, se ha incluido la libertad sexual de la mujer entre los bienes jurídicos lesionados por los actos de violencia sexual, junto a los más tradicionales de la integridad y de la dignidad de la persona; se ha calificado como tortura los actos de violencia sexual cometidos por agentes estatales, aclarándose además que el sufrimiento severo de la víctima, que caracteriza los actos de tortura, debe de considerarse inherente a la violación sexual, aún cuando no exista prueba de lesiones o enfermedades físicas; se ha delineado con precisión el alcance de los deberes de acción positiva de los Estados, determinándose un nuevo estándar "reforzado" de debida diligencia en la prevención e investigación de los actos de violencia de género; se han fijado precisos criterios jurídicos que permiten atribuir a los Estados los actos

81. Clérico L. y Novelli C., "La violencia contra las mujeres en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos", *supra* nota 39.
82. Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, párrs. 265-270.

de violencia cometidos por particulares, y en este marco se ha aclarado que la violencia doméstica es – al igual que cualquier otro tipo de violencia – una violación de los derechos humanos de la mujer, cuya realización puede generarle responsabilidad a los Estados cuando no instrumentan medidas razonables de prevención, no investigan debidamente los hechos o no castigan a los responsables; se han calificado los actos de torturas y violencia sexual ejecutados en contexto de conflictos armados o de ataques generalizados o sistemáticos como "crímenes de lesa humanidad".

Es especialmente destacable, asimismo, que las reflexiones basadas en el género se hayan reflejado también en el catálogo de medidas de reparación ordenadas por la Corte, demostrando su sensibilidad a la especificidad del daño al que están expuestas las mujeres, y a la necesidad de que, en los casos donde se identifique una situación de "discriminación estructural", las reparaciones tengan un efecto transformador de la realidad, orientándose "a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación".[83]

Y tambien merece ser puesta de relieve la atención prestada por la Comisión y la Corte al verificarse de situaciones de "discriminación interseccional", o sea, conforme al art. 9 de la Convención de Belem do Parà, de situaciones de especial vulnerabilidad que pueda sufrir la mujer, "en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada". Este enfoque, basado en la conciencia de que el colectivo de las mujeres no es homogéneo, permite a los órganos del SIDH lograr una comprensión plena de los factores estructurales que sostienen la violencia de genero, y encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas.[84]

A pesar de estos importantes avances, sin embargo, esta claro que falta todavía mucho camino por recorrer en la materia. Así, por ejemplo, sería muy deseable que la Corte incluyese los actos de violencia sexual cometidos en el marco de conflictos armados dentro de la categoría de los "crímenes de guerra"; o que reflejase la tendencia de otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos que han venido calificando como "tortura" los actos de especial gravedad cometidos por agentes no estatales.[85] Esto permitiría superar definitivamente la dicotomía entre el ámbito público y privado que ha obstaculizado tradicionalmente la protección efectiva de los derechos de las mujeres.

83. Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, párr. 450-451.
84. Clérico L. y Novelli C., "La violencia contra las mujeres en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos", *supra* nota 78.
85. A ello hace referencia detallada la jueza Cecilia Medina Quiroga en su voto relacionado con la sentencia sobre el Caso Campo algodonero, criticando la decisión de la Corte de abstenerse de califcar como tortura los actos contra la integridad de las víctimas realizados por personas no identificables como funcionarios públicos. V. Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la CorteIDH en el Caso González y otras ("Campo algodonero") *vs*. México, de 16/11/2009.

De manera más general, sería de suma importancia que la Corte tuviera la oportunidad de abordar con más frecuencia cuestiones relacionadas con la problemática de la violencia de género, y de pronunciarse, en la estela de los más recientes desarrollos de la práctica de la CIDH, sobre temas tales como la trata de mujeres, el acoso sexual, y las prácticas de esterilización forzada. Como resultado, no sólo se lograría un fortalecimiento de la protección de las víctimas de los casos concretos por medio de sentencias jurídicamente obligatorias para los Estados, sino también se daría mayor visibilidad a las cuestiones de género dentro del SIDH.[86]

86. Esto dependerá del accionar de la Comisión, pero también las organizaciones de la sociedad civil tendrán que jugar un papel relevante, a través de la presentación ante el Sistema de casos referentes a la violación de los derechos humanos de la mujer. Vease Tramontana E., "La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas", en: von Bogdandy A. y otros (eds.), La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?, *supra* note 20, págs. 533-556.

16

Protección jurídica internacional del migrante: una evaluación del desarrollo del sistema universal y de los sistemas regionales

Jesús M. Casal H.*

Introducción. 1. Migraciones y derechos humanos. 2. Migraciones y derechos humanos en el sistema universal y en el sistema europeo de protección. 2.1. Derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación. 2.2. Derechos humanos y prohibición de devolución. 2.3. Derecho a la libertad personal y controles migratorios. 2.4. Derecho al debido proceso y a la protección judicial en procedimientos de expulsión. 2.5. Derecho a la vida privada y familiar y control estatal sobre el ingreso o permanencia de extranjeros. 2.6. Derechos de las minorías y migraciones. 2.7. Derechos de los trabajadores migratorios. 3. Migraciones y derechos humanos en el sistema interamericano de protección. 3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4. ¿Hacia un derecho humano a la migración? 5. Posible repercusión de estos desarrollos en concepciones o categorías jurídico-políticas clásicas ligadas a la soberanía estatal.

Introducción

El objeto de este trabajo es esbozar las grandes líneas del desarrollo de la protección de los migrantes en el ámbito del sistema universal y de los principales sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Los límites de extensión que este trabajo debe observar obligan a examinar someramente una temática muy vasta, que se inscribe en otra aún más amplia y diversa, como lo es el tratamiento jurídico-internacional de las migraciones, en la cual confluyen instrumentos pertenecientes a distintos campos del Derecho Internacional. Lo que para algunos sería una rama jurídica en formación, el Derecho de las migraciones internacionales, está hoy en buena medida integrado por un amasijo de normas internacionales de naturaleza, origen y contexto sistemático muy variado, cuya aplicación no está universalmente encomendada a un órgano específico de las Naciones Unidas. Este complejo normativo va desde las Convenciones internacionales relativas a la navegación y al tráfico

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Comisión Andina de Juristas.

aéreo internacional – incluyendo los deberes de rescate que imponen a los capitanes de buques en aguas internacionales –, y al tráfico o trata de personas, pasando por las Convenciones sobre la apatridia, la nacionalidad, el régimen del asilo o refugio y las relaciones consulares, y llegando hasta la normativa sobre el libre comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio o a instrumentos sobre los trabajadores migrantes dictados en el marco de acuerdos de integración, como los aprobados en la Unión Europeo, la Comunidad Andina y el Mercosur.[1]

No es propósito del presente estudio abarcar todo el heterogéneo conjunto de normas o pronunciamientos internacionales relevantes en materia migratoria, sino sólo aquellos referidos a los derechos humanos y emanados de los sistemas antes señalados, los cuales no serán abordados en detalle sino bajo la perspectiva de los hitos fundamentales en la protección internacional de personas que por su condición de migrantes pueden ser expuestas a situaciones de desconocimiento de sus derechos humanos. Intentaremos bosquejar los principales aportes para la garantía de los derechos humanos de personas que padecen dificultades asociadas a su estatus migratorio, los cuales propenden a atenuar la exclusión o vulnerabilidad a las que los migrantes frecuentemente son sometidos. También se formularán algunas reflexiones sobre las posibles consecuencias, para el Derecho Público, la Teoría del Estado y la vigencia de los derechos humanos, de las orientaciones trazadas por los respectivos organismos internacionales.

1. Migraciones y derechos humanos

Una premisa fundamental de cualquier reflexión científica sobre la conexión entre los derechos humanos y las migraciones es que los migrantes son titulares de todos los derechos que como personas le corresponden. No debemos esperar a una declaración de los derechos humanos de los migrantes para realizar tal constatación. A partir de esta premisa, ha de entrarse en los posibles aspectos problemáticos, a menudo relacionados con las implicaciones de la inserción de una persona en un orden jurídico y estatal que no es el de su nacionalidad o, en otros términos, en el que no ostenta la ciudadanía. La adquisición de la nacionalidad o ciudadanía no marca, sin embargo, los confines de los asuntos dignos de atención desde la óptica del disfrute de los derechos humanos por los migrantes, ya que pueden existir prácticas discriminatorias aún después de haberla alcanzado y, por otro lado, para ciertos efectos protectores puede ser relevante la condición migratoria de una persona o de sus ascendientes, aun cuando ella haya obtenido la nacionalidad del país de residencia.

La cuestión no estriba, pues, en definir los derechos humanos de los migrantes, concepto éste último que, además, todavía carece de perfiles jurídicos precisos, sino

1. Sobre el conjunto de normas internacionales que confluyen en la materia migratoria *vid*. Aleinikoff, T./Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003.

en determinar cuáles de los derechos humanos generalmente reconocidos pueden sufrir alguna restricción especial o no ser aplicables a quienes se encuentran en un país en condición de extranjeros o inmigrantes. Por otra parte, algunos derechos pueden estar especialmente referidos a estos indivíduos. Teniendo en cuenta los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, previsto en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), así como las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, algunos derechos, como el derecho al sufragio, pueden estar reservados a los ciudadanos, pero "los derechos humanos deben, en principio, ser disfrutados por todos".[2] Las excepciones a esta regla general no son pocas, pero el punto de partida desde el cual han de examinarse las diversas situaciones es el del tratamiento del migrante como una persona con plenitud de derechos. En este sentido ha de entenderse la Resolución de la extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Los Derechos Humanos de los Migrantes, en la cual se dispone que "los principios y normas consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se aplican a todas las personas, incluidos los migrantes".[3]

La afirmación de esta titularidad universal de los derechos humanos, extensiva a los migrantes, no implica descartar la elaboración de instrumentos que pongan énfasis en necesidades de protección jurídica específicas de este grupo de personas, destinados a complementar o precisar la ya ofrecida por los instrumentos generales, como ha sucedido con categorías subjetivas como los niños o adolescentes, las mujeres, los trabajadores, o las personas con discapacidad física o mental, entre otras. Esta garantía especial suplementaria será particularmente útil si las fuentes jurídicas correspondientes se nutren de la experiencia acumulada en torno a situaciones generales y singulares de violación o amenaza de derechos humanos padecidas por los migrantes.

En todo caso, los principios que encuentran sustento en las declaraciones o convenciones internacionales generales de derechos humanos colocan a las dimensiones fundamentales del ser humano por encima de consideraciones ligadas a la ciudadanía (jurídico-política) o al estatus migratorio. Las fronteras nacionales no representan, por tanto, un umbral, o límite, para la vigencia de los derechos humanos. Los Estados pueden controlar el ingreso o permanencia de extranjeros, pero la decisión de las autoridades competentes sobre la concesión de la respectiva autorización no es una condición para el disfrute de tales derechos. Por el contrario, es la situación real de la presencia de una persona en o dentro de las fronteras o de la jurisdicción de un Estado lo que determina la aplicabilidad de esos derechos, los cuales rigen para toda

2. CCPR, General Comment N. 15, *The position of aliens under the Covenant,* CCPR/C/21/Add. 5/Rev. 1 (1986), párr. 1-2.; CERD, General Recommendation XXX, *Discrimination Against Non Citizens* (2004), HRI/GEN/1/Rev. 7/Add. 1, párr. 3.
3. Resolution E/CN.4/RES/1999/44 (26/04/1999).

persona, dejando a salvo las excepciones expresamente establecidas en los tratados y las diferenciaciones que, también excepcionalmente, puedan justificarse en relación con ciertas manifestaciones de algunos derechos. Además, la invocación de los derechos humanos puede limitar la propia facultad estatal de decidir sobre la entrada o estancia de un extranjero.

2. Migraciones y derechos humanos en el sistema universal y en el sistema europeo de protección

A continuación se mencionarán las grandes áreas en que se han desarrollado, en el marco de las Naciones Unidas, criterios internacionales en materia de derechos humanos especialmente relevantes para la situación de los extranjeros o migrantes y se subrayarán algunos cambios que se han producido en la normativa internacional o en su interpretación, motivados en parte por la intensificación de los flujos migratorios. Se dejará de lado la normativa internacional relativa a los solicitantes de asilo o refugio, pues debe ser objeto de un estudio separado. Adicionalmente, en algunas de las áreas temáticas que serán examinadas se destacarán los aportes más significativos originados en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.1. Derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no contienen una prohibición general al establecimiento de distinciones en razón de la nacionalidad. El PIDCP sólo impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar los derechos allí reconocidos, sin distinción alguna de "raza... origen nacional o social,… o cualquier otra condición social" (art. 2.1). En términos similares está formulado el derecho a la igualdad ante la ley (art. 26 PIDCP). La alusión al origen nacional ciertamente no equivale a una exclusión absoluta de la nacionalidad como criterio de distinción;[4] puede pensarse que con tal alusión sólo se prohíbe una diferencia de trato que recaiga sobre quienes tengan un determinado origen nacional. Sin embargo, tal mención, aunada a la cláusula residual de "cualquier otra condición social" a nuestro juicio es suficiente para considerar que la condición de no nacional o extranjero, como categoría personal o subjetiva, es una categoría sensible, lo cual implica que las distinciones que se basen en la condición de no nacional han de quedar sujetas a un escrutinio estricto desde la óptica del principio de igualdad.

El Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General Nº 15, relativo a "la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto", de 1986, dejó sentado el principio de que los derechos civiles y políticos corresponden a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, "independientemente de su nacionalidad o de

4. *Vid*. Fitzpatrick, J., "The human rights of migrant", en Aleinikoff, T./Chetail, V., *op. cit.* 1, pp. 171 y ss.

que sean apátridas".[5] No obstante, el Comité admite que el Pacto establece excepciones, en las que el derecho reconocido no comprende o no se extiende en igual medida a los extranjeros, tales como el derecho al sufragio y, en parte, la libertad de circulación. Además, las limitaciones que conforme al Pacto sufran algunos de los derechos allí garantizados a toda persona, pueden guardar relación con la condición de extranjero del afectado.[6] Dicho Comentario General deja a salvo las facultades de los Estados para controlar el ingreso de extranjeros, pero advierte que las decisiones que al respecto se adopten y las políticas migratorias fijadas no deben ser discriminatorias.[7]

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* prohíbe la discriminación en el goce de estos derechos, pero no incluye a la nacionalidad dentro de las condiciones que nunca pueden fundamentar una diferencia de trato. Sin embargo, del art. 2.3 del Pacto, que permite a los países en desarrollo introducir restricciones al goce de estos derechos por quienes no sean nacionales suyos, es posible deducir que los países desarrollados no pueden hacerlo,[8] o al menos no sin que exista, en una situación concreta, una justificación especial para la diferenciación. Una justificación especial puede existir en casos relacionados con personas que se encuentran ilegalmente en un país, aunque aquí no cabría hablar de una completa exclusión. No sería ilícito que el acceso a un puesto de trabajo esté legalmente condicionado a la legalidad de la estancia en el país, pero otros supuestos pueden merecer una respuesta contraria.

En Comentarios Generales o informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se observa la tendencia a reconocer un contenido básico de tales derechos, que debe ser asegurado a toda persona por los Estados partes, sin que la condición de extranjero o de migrante irregular sea una razón válida para una diferenciación;[9] así se ha admitido, por ejemplo, en relación con los derechos a la salud, la alimentación, la seguridad social, la educación y la vivienda.[10] Con base en estos precedentes luce razonable sostener que hay un mínimo existencial que debe asegurarse a toda persona, incluso a quien se encuentre ilegalmente en un Estado, ello con independencia de la eventual decisión sobre su permanencia en el territorio

5. CCPR, General Comment No. 15, *The position of aliens under the Covenant,* CCPR/C/21/Add. 5/Rev. 1 (1986), párr. 1.
6. Fitzpatrick, "The human rights of migrant", en Aleinikoff T./Chetail, V., *op. cit.* 1, p. 174.
7. Ibidem, párrs. 5, 9-10.
8. *Vid*. Kokott, J., "Die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal für soziale Rechte von Ausländern", en Hailbronner, K., *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts*, Müller, Heidelberg, 2000, p. 45.
9. *Vid*. Concluding observations, Austria (second periodic report), 07/12/1994, párrs. 11 y 17; Germany (third periodic report), 02/12/1988, párr. 35, Germany (fourth periodic report), 30-31/08/2001, párr. 38; Italy (third periodic report), 10-11/05/2000, párrs. 10, 17, 23, 32; en Holmström, *Concluding observations of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 43-44, 241 y ss., 322 y ss.
10. *Vid*. CESCR, General Comment No. 3, *The nature of states parties obligations* (Art. 2.1), CESCR E/1991/23, párr. 10; CESCR, General Comment No. 12, *The right to adequate food* (Art. 11), CESCR E/C.12/1999/5, párrs. 14 y 17; CESCR, General Comment No. 14, *The right to the highest attainable standard of health (Art. 12),* CESCR E/C.12/2000/4, párr. 43.

que aquél adopte. En esta dirección apuntan igualmente los informes del Relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes.[11]

Un instrumento internacional que ha adquirido importancia en relación con la temática que nos ocupa es la *Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, la cual prohíbe las distinciones basadas en el "origen nacional o étnico" (art. 1.1), pero seguidamente aclara que tal Convención no resulta aplicable a las "distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos" (art. 1.2). Pese a lo terminante de esta disposición, en esta materia se ha producido una interesante evolución, impulsada por los movimientos migratorios y por los problemas que al respecto se han suscitado desde la óptica de la igualdad.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, encargado de velar por la observancia de esa Convención, se ha inclinado en los últimos años a incluir dentro de su campo de acción a las discriminaciones ligadas a la nacionalidad y a la condición de migrante.[12] Un importante paso en esta dirección lo constituye el Comentario general Nº 30 del Comité, relativo a la "Discriminación contra los no ciudadanos", del 2004, el cual se hace eco de declaraciones internacionales en las que se destaca que la xenofobia contra los "no nacionales, en particular los migrantes…", es "una de las principales fuentes del racismo contemporáneo".[13] En ese Comentario, la cláusula 1.2 de la Convención, que deja fuera de su ámbito de aplicación las distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos, es sometida a una reinterpretación, conforme a la cual tal estipulación debe concordar con la prohibición básica de la discriminación y el compromiso de los Estados de prohibir y eliminar la discriminación racial.[14] De esta forma, lo que estaba en principio excluido de la Convención y de las competencias del Comité, ha llegado a formar parte de su actividad gracias a una lectura del tratado adaptada a los tiempos actuales;[15] las diferencias de trato fundadas "en la ciudadanía o en la condición de inmigrante" representarán una discriminación si no persiguen un objetivo legítimo o no son proporcionales al logro de este objetivo.[16]

11. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, A/HRC/4/24, 14/02/2007, párr. 109 y ss.
12. Concluding observations, Latvia, *CERD/C/63/CO/*, 10/12/2003, párr. 12-14*; Slovenia, CERD/C/62/CO/9,* 02/06/2003, párr. 13-14. *Vid*. también Commission on Human Rights, *Progress report on the rights of non-citizens*, E/CN.4/Sub.2/2002/25 (2002).
13. General Recommendation XXX, *Discrimination Against Non Citizens* (2004), HRI/GEN/1/Rev. 7/Add. 1.
14. Ibidem, párr. 2.
15. General Recommendation XI, *Non-citizens* (Art. 1), A/46/18 (1993), párr. 2; esta Recomendación fue sustituida por la Recomendación General XXX. En relación con esta Recomendación véase Wolfrum, R., *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2003, pp. 223-224. *Vid*. también General Recommendation XX, *The guarantee of human rights free from racial discrimination* (1996), HRI/Gen/1/Rev. 7, párr. 3.
16. General Recommendation XXX, *Discrimination Against Non Citizens.* (2004), HRI/GEN/1/Rev. 7/Add. 1, párr. 4.

En dicho Comentario general se abordan, entre otros, asuntos como las barreras indebidas para el acceso a la ciudadanía o a la naturalización por los residentes de larga data, y el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales por los no ciudadanos, con expresa mención al derecho de los hijos de inmigrantes indocumentados a la educación.[17] La revisión de las reglas o prácticas vigentes en los Estados para la concesión de la nacionalidad y la recomendación, en algunos casos, de la introducción de modificaciones también se encuentran en informes del Relator especial de las Naciones Unidas sobre las Formas contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y formas conexas de Intolerancia, del Relator especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[18] Dicho Relator especial sobre las Formas contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y formas conexas de Intolerancia ha prestado mucha atención a la situación de los inmigrantes, así como de los refugiados y solicitantes de asilo, los cuales figuran entre las principales víctimas de esas actuales modalidades de racismo, discriminación o intolerancia, particularmente en Europa. La perspectiva de género está presente en informes o pronunciamientos de las instancias mencionadas, los cuales ponen énfasis en la vulnerabilidad de la mujer migrante. Igualmente, destacan los retos que plantean la migración infantil y la trata de personas.[19]

2.2. Derechos humanos y prohibición de devolución

La prohibición de devolución es un principio reconocido en el Derecho Internacional de los Refugiados, que impide la expulsión de un solicitante de asilo o refugio al país en el que alega sufrir una persecución política u otra situación análoga, de acuerdo con los respectivos tratados. Esta temática excede los límites de este trabajo, pero es conveniente señalar que la protección de los derechos humanos ha permitido fortalecer y extender dicha prohibición.

Si existe el serio peligro de que la devolución, extradición o deportación de una persona a un determinado país se traduzca en la violación de su derecho a la integridad personal, mediante tortura u otro trato similar, aquélla no puede ser adoptada, con independencia de que el afectado se encuentre en una situación en la cual resulten aplicables los tratados internacionales sobre el asilo o refugio.[20] Esta prohibición está

17. General Recommendation XXX, Discrimination Against Non Citizens. (2004) HRI/GEN/Rev.7/Add.1, párr. 30.
18. *Vid*. Reports of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Russian Federation, A/HRC/4/19/Add. 3, 30/05/2007, párrs. 80 y ss., Italy, A/HRC/4/19/Add. 4, 15/02/2007, párrs. 71 y ss.; Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, A/HRC/4/24/Add. 1, 15/03/2007, párrs. 104 y ss.; CESCR, Concluding observations, Dominican Republic (second periodic report/additional information), 03/12/1997, párr. 34, en Holmström, *op. cit*. 9, p. 184.
19. Report of the Special Repporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, A/HRC/5/10, 25/05/2007, párr. 61.
20. *Vid*., entre otros pronunciamientos del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Germany. 1/06/2004. CAT/C/CR/32/7 (Concluding*

expresamente formulada, en términos absolutos, en la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (art. 3).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado ampliamente de las implicaciones de la prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, prevista en el art. 3 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos,* sobre las medidas estatales de expulsión, extradición o deportación.[21] La interpretación extensiva, compatible con los objetivos del Convenio, a la que ha sido sometido dicho art. 3 permite controlar decisiones de expulsión o extradición de algún extranjero, antes o después de su ejecución, cuando aquéllas comporten el serio riesgo de que éste sea víctima de tortura u otro trato prohibido por el art. 3 del Convenio en el país receptor. El peligro real de que el extranjero sea objeto de tortura u otras medidas excluidas por el art. 3 puede emanar de las propias autoridades del Estado receptor, por razones ligadas no sólo a una persecución política sino también al funcionamiento o regulación del sistema judicial o penal en vigor; igualmente, puede provenir de grupos privados contra los cuales el Estado no proteja al individuo.

2.3. Derecho a la libertad personal y controles migratorios

Uno de los derechos que suele verse afectado por los controles migratorios realizados por los Estados es el derecho a la libertad personal. La constatación policial de que una persona se encuentra ilegalmente en el territorio de un Estado puede conducir a una privación de libertad dirigida a lograr su expulsión, y los organismos internacionales han manifestado su preocupación ante detenciones practicadas en el contexto del fenómeno migratorio. En particular, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido algunas directrices útiles para evitar que una detención sea calificada de arbitraria en situaciones relacionadas con solicitudes de asilo o con la inmigración, entre las cuales sobresale el derecho de la persona privada de libertad en el contexto de controles migratorios a ser informada, al menos verbalmente y en un idioma que comprenda, de los motivos de la decisión de negarle el ingreso o la permanencia en el país, así como a disfrutar de otras garantías procedimentales.[22]

Observations/Comments); *vid*. también Cançado Trindade, Augusto, "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en Cançado Trindade/Ruiz de Santiago, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, ACNUR, San José, 2003, pp. 56 y ss.

21. *Vid*., entre otras, la sentencia del caso *Bader and others v. Sweden*, del 8 de febrero de 2006; *vid*., igualmente, Pettiti/Decaux/Imbert, *La Convention Européenne des droits de l´homme*, París, ECONOMICA, 1995, pp. 172 y ss.

22. CHR, Working Group on Arbitrary Detention, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment regarding the situation of immigrants and asylum seekers, E/CN.4/2000/4/Annex 2 (1999).

2.4. Derecho al debido proceso y a la protección judicial en procedimientos de expulsión

La protección judicial de los extranjeros frente a una expulsión es otro ámbito en que se observa un positivo avance en el Derecho Internacional. El art. 13 del PIDCP, al regular la situación del extranjero ante medidas estatales de expulsión, previó una protección mínima, que podía considerarse inferior a los estándares exigidos en el marco de las garantías judiciales establecidas en su art. 14. Sólo requiere que la expulsión se base en una decisión adoptada conforme a la ley y reconoce al afectado la facultad, condicionada a que no existan razones imperiosas de seguridad nacional que se opongan a ello, de exponer sus argumentos en contra de la medida y de someter el caso a la revisión de una autoridad. Además, estas garantías mínimas sólo se otorgan al extranjero "que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte", lo cual implicaría dejar desamparados a los migrantes con estatus irregular, aunque por vía interpretativa se ha intentado mitigar este efecto excluyente. Tampoco quedó expresamente formulada la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, que luego ha sido deducida por el Comité de Derechos Humanos.[23]

Más recientemente, en el citado Comentario General sobre "La discriminación contra los no ciudadanos", se indica que no debe haber discriminaciones hacia los no ciudadanos en cuanto al acceso a recursos judiciales eficaces, que pueden ir dirigidos a impugnar órdenes de expulsión, y se rechazan las expulsiones colectivas.[24] Además, la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* recoge las garantías procesales básicas frente a decisiones de expulsión y las extiende a los trabajadores migrantes que carezcan de estatus regular, como luego veremos.

2.5. Derecho a la vida privada y familiar y control estatal sobre el ingreso o permanencia de extranjeros

Un tema rico en contenido y en consecuencias es el criterio desarrollado internacionalmente acerca de la conexión entre el derecho a la vida privada y familiar y las decisiones de las autoridades sobre el ingreso o permanencia de extranjeros. Siguiendo un camino ya recorrido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos ha protegido la unidad de la familia al censurar medidas estatales de expulsión de extranjeros, cuando éstos tienen vínculos familiares muy sólidos en el país en que viven, que se verían menoscabados por su salida forzosa del territorio; también son invocables nexos personales cubiertos por el concepto de la vida privada. En estos casos la ilegalidad de la estancia en el país no es suficiente

23. CCPR, General Comment No. 15, *The position of aliens under the Covenant,* CCPR/C/21/Add. 5/Rev. 1 (1986), párr. 9-10.
24. General Recommendation XXX, *Discrimination Against Non Citizens.* (2004), HRI/GEN/1/Rev. 7/Add. 1, párr. 26.

para justificar una expulsión.[25] La protección de la unidad o reunificación familiar adquiere especial intensidad en las relaciones entre padres e hijos, particularmente desde la perspectiva del derecho del niño a no ser separado de sus padres (art. 9 de la *Convención sobre los Derechos del Niño).*

En esta materia ha sido pionera, como se apuntó, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha derivado del art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, el cual protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, una prohibición de expulsión o extradición, o un deber de admisión del ingreso o de legalización de la estancia, de un extranjero que haya consolidado estrechas relaciones personales, familiares o sociales en el Estado en que habita o cuyo ingreso permita la reunificación de la familia.[26] Este individuo ha echado raíces en un país del que no es nacional, al tiempo que ha sufrido un desarraigo respecto del país del que sí lo es. Esta jurisprudencia europea es incluso aplicable en supuestos en los que la deportación se origina en infracciones cometidas por el no nacional, dado el arraigo mencionado, siempre que aquéllas no ostenten especial gravedad. Con base en tales criterios se ha protegido el derecho a la unidad o reunificación familiar.[27]

Esta línea jurisprudencial reviste singular interés, pues toca las fibras más sensibles de la soberanía estatal. Los fundamentos jurídicos de los criterios reseñados guardan conexión con el principio civilista romano de la protección de la posesión, incluso de quien no puede exhibir un título que la sustente, o con el de protección de la confianza, en la medida en que las autoridades hayan tolerado o consentido la situación, frecuentemente ilegal, que generó expectativas fundadas a la permanencia. Pero más allá de la incidencia de alguno de estos principios puede reconocerse la intención de evitar el drama humano ocasionado por el desarraigo forzado, familiar o social.

2.6. Derechos de las minorías y migraciones

Otro derecho relevante en los contextos migratorios es el de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas al respeto de su vida cultural, a profesar y practicar su religión y a usar su idioma. Aunque pensado originalmente para las *minorías nacionales* asentadas en un Estado, es decir, para ciudadanos con elementos culturales de identificación distintos a los de la población mayoritaria, el derecho del art. 27 del PIDCP

25. *Vid*. *Aumeeruddy-Cziffra and others v. Mauritius*, CCPR/C/12/D/35/1978 (09/04/1981); *Stewart v. Canada*, CCPR/C/58/D/538/1993 (01/11/1996); *Winata v. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000 (16/08/2001).
26. *Vid*. Thym, D., "Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?", *EuGRZ* 2006, pp. 541-554; Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, N.P. Engel, Kehl/Strassburg/Arlington, 1996, pp. 354 ss.
27. *Vid*., entre otras muchas, las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 21 de junio de 1988 y el 16 de junio de 2005, en los casos de *Berrehab v. The Netherlands* y de *Sisojeva and others v. Latvia*. Sobre los antecedentes de estos criterios en la jurisprudencia constitucional alemana *vid*. Guiraudon, Virginie, "Citizenship Rights for Non-Citizens: France, Germany and the Netherlands", en Joppke, Christian, *Challenge to the Nation-State*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 284; Sachs, Michael, *Verfassungsrecht II,* Springer, Berlín, 2000, pp. 332 y ss.

también se ha considerado aplicable a la población inmigrante, con prescindencia de que posea la nacionalidad del país en que vive.[28]

Estos migrantes, a menudo englobados bajo la categoría de las *nuevas minorías,* suelen insertarse, en el Estado receptor, en grupos humanos con los que comparten los valores culturales y religiosos de su sociedad de origen, y el art. 27 del PIDCP ampara la preservación de su lengua, sus creencias religiosas y otros componentes de su cultura, aunque no necesariamente con el mismo alcance protector hasta ahora reconocido respecto de las minorías nacionales.

2.7. Derechos de los trabajadores migratorios

Los últimos pasos para la tutela de los derechos de los trabajadores migrantes se encuentran en la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.* En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo ya se habían adoptado dos Convenios relativos a los trabajadores migrantes;[29] el último de estos Convenios prevé algunos principios básicos referidos principalmente a los derechos de los trabajadores migrantes en situación regular, y obliga a los Estados partes a impedir el ingreso clandestino de migrantes con fines laborales y su empleo en condiciones de ilegalidad. La reciente Convención está más en sintonía con la evolución de los procesos migratorios, pues formula con detalle los derechos de tales trabajadores, atendiendo a las más frecuentes violaciones que suelen padecer en el medio laboral, y contiene un listado de derechos aplicables a todo trabajador migratorio, aunque su estancia en el país receptor sea ilegal.

En el pórtico de su declaración de derechos, la Convención proclama el principio de no discriminación y hace explícita referencia no sólo al origen nacional sino también a la "nacionalidad" como criterio de distinción excluido, en lo que concierne a la vigencia de los derechos establecidos en esa Convención (art. 7). Entre los derechos reconocidos a todo trabajador migrante sobresalen los siguientes: la igualdad de trato en cuanto a las condiciones laborales, lo que abarca la remuneración, la jornada laboral, las vacaciones y todas las demás condiciones de trabajo (art. 25); los derechos de reunión y de sindicación (art. 26); a la seguridad social, si los trabajadores cumplen los requisitos (cotizaciones) exigidos de manera general (art. 27); a recibir atención médica urgente (art. 28) y a gozar de garantías procesales durante los procedimientos de expulsión (art. 22). Estos tres últimos derechos son conferidos igualmente a los familiares del trabajador, cuyos hijos también disfrutan, entre otros, del derecho a la

28. CCPR, General Comment No. 15, *The position of aliens under the Covenant,* CCPR/C/21/Add. 5/Rev. 1 (1986), párr. 7; *vid*. también Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, N. P. Engel, Kehl/Strassburg/Arlington, pp. 645 y ss.
29. El Convenio sobre los Trabajadores Migrantes de 1949 y el de 1975; *vid*. Remotti, José Carlos, "La integración social de los inmigrantes", en Marzal, Antonio, *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 138 y ss.

educación, sin que la irregularidad de su estancia o la de sus padres sea un obstáculo para el acceso al sistema educativo.

3. Migraciones y derechos humanos en el sistema interamericano de protección

En la última década se ha intensificado el trabajo de los órganos del sistema interamericano en relación con los derechos humanos de los migrantes. A continuación pondremos de relieve los hitos fundamentales de esta evolución, distinguiendo entre las contribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) y las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión).

3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al referirnos a la actuación de la Corte distinguiremos entre tres tipos de pronunciamientos: las opiniones consultivas, las sentencias definitivas (sobre el fondo) en casos contenciosos y las decisiones que acuerdan medidas provisionales.

3.1.1. Opiniones consultivas

En su Opinión Consultiva OC-4/84, del 19/01/1984, sobre la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización,* la Corte se ocupó por primera vez del tema del derecho a la nacionalidad y aplicó el principio de no discriminación como límite a la potestad de los Estados de resolver sobre el otorgamiento de la nacionalidad por naturalización.

Sin embargo, el punto de partida en la atención dispensada por la Corte a los problemas reales vinculados con las migraciones en el hemisferio americano lo marca la Opinión Consultiva OC-16/99, del 1/10/1999, sobre *El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal,* que fue solicitada por México.

En una temática que había merecido ya la preocupación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como es la aplicación de la pena de muerte en los Estados Unidos de América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció de una solicitud de México cuyo trasfondo era el desconocimiento por las autoridades estadounidenses del derecho de información sobre la asistencia consular, respecto de los mexicanos detenidos en ese país con motivo de la imputación de delitos que luego serían sancionados con la pena de muerte. La estrategia seguida por México al requerir una opinión consultiva era la única que hacía posible un pronunciamiento de la Corte sobre este asunto, ya que los Estados Unidos de América no ha ratificado la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (*CADH).

En su opinión consultiva la Corte declaró que el incumplimiento del deber de informar a los detenidos sobre su derecho a solicitar asistencia de la oficina consular del país de envío o de origen, conforme al art. 36.1.b) de la *Convención de Viena sobre*

Relaciones Consulares, representaba una violación del derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del PIDCP y en otros instrumentos internacionales. En tal sentido, la Corte sostuvo que:

> ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene – y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía – se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.[30]

Además, la inobservancia por las autoridades del deber de comunicar al detenido la posibilidad de ejercer el derecho previsto en la Convención de Viena implicaría, a juicio de la Corte, que las penas de muerte que sean impuestas en procesos en los que esa exigencia no haya sido satisfecha constituirían una violación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, con las consecuencias previstas en el Derecho Internacional.

Es digno de mención el paso dogmático dado por la Corte al incorporar el art. 36 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, la cual está destinada principalmente a proteger intereses diplomáticos de los Estados, en el acervo normativo internacional de los derechos humanos en los Estados americanos, en los términos del art. 64 de la CADH. Su inserción en el derecho al debido proceso legal enriquece los contenidos de este derecho y le proporciona apertura a otras exigencias de relevancia procesal previstas en instrumentos internacionales diversos. Ello ocurre, además, en el contexto, no ignorado por la Corte, de vulnerabilidad del extranjero ante el sistema policial y represivo estatal, en particular, de los mexicanos procesados en los Estados Unidos de América.

En relación con el incumplimiento por los Estados Unidos de América de la citada disposición de la Convención de Viena, México acudió después a la Corte Internacional de Justicia, porque las autoridades norteamericanas sólo se mostraban dispuestas a conceder en algunos casos, como medida de gracia, la suspensión de ejecuciones, mas no a revisar los correspondientes procesos, como fue exigido ante la Corte Internacional de Justicia, donde se obtuvo una sentencia favorable.[31]

Otra opinión consultiva de enorme importancia fue la emitida en relación con la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (OC-18/03, de 17/09/2003), solicitada también por México. Como lo indica su denominación, este pronunciamiento de la Corte penetra en una de las áreas de mayor precariedad dentro

30. Párr. 121.
31. Sentencia del 31/03/2004, caso *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*.

del tratamiento jurídico de los procesos migratorios. A partir nuevamente de la situación real padecida por los inmigrantes mexicanos en los Estados Unidos de América pero apuntando a la finalidad interpretativa establecida en la Convención para esta clase de consultas, la Corte fija criterios relevantes para la protección de los derechos de los migrantes indocumentados. Como trasfondo se encontraba, entre otras circunstancias análogas, una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que había negado a un inmigrante mexicano, en decisión dividida de 5 a 4 votos, el derecho a percibir los salarios caídos derivados de un despido ilegal, en virtud de la irregularidad de su permanencia en ese país.[32]

La Corte Interamericana resuelve las cuestiones planteadas a la luz de la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos y del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, considerándolo como principio de *jus cogens* y, en consecuencia, como norma imperativa de Derecho Internacional, que se superpone a los acuerdos o a la voluntad de los Estados. Con base en estas premisas, declara que, en el cumplimiento de la mencionada obligación general de respeto y garantía, los Estados deben asegurar a toda persona el disfrute de los derechos humanos, sin exclusiones basadas en el estatus migratorio. Particularmente, ello se afirma en relación con los derechos reconocidos en la CADH y el PIDCP, debiendo dejarse a salvo aquellos derechos políticos reservados a los nacionales o ciudadanos. El criterio fundamental mantenido por la Corte es que deben censurarse las diferencias de trato fundadas en la situación migratoria de una persona que carezcan de justificación, pues en tal caso estaríamos en presencia de una discriminación.

En lo que concierne a la situación de los migrantes, la Corte alude a las grandes dificultades que generalmente deben enfrentar para hacer valer sus derechos y destaca el estado de inferioridad o vulnerabilidad al que con frecuencia son sometidos. Ello se agrava cuando se trata de migrantes indocumentados o no autorizados, que a causa de la pobreza o de la violencia se ven forzados a huir de su país, sin poder obtener un estatus jurídico aceptado en el país receptor. Una vez que la migración se produce, los Estados deben tratar a los migrantes con estricto apego al principio de igualdad y no discriminación, lo cual abarca, según la Corte, la obligación de respetar el derecho al debido proceso legal en cualquier procedimiento cuyo resultado pueda afectar sus derechos, incluyendo el acceso efectivo a la justicia para introducir reclamaciones laborales. Este principio ha de considerarse aplicable, sobre todo a la luz de la jurisprudencia de la Corte sobre el alcance del derecho a las garantías judiciales, a los procedimientos de expulsión o deportación.[33]

32. Sentencia dictada en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board*, el 27/03/2002; sobre el contexto e implicaciones de esta decisión *vid*. Bustamante, Jorge A., *Migración internacional y derechos humanos*, UNAM, México, 2002, pp. 171 y ss.

33. *Vid*. Zalaquett, José, "Migraciones y Derechos Humanos", *Encuentro Iberoamericano sobre Migraciones y Desarrollo (Madrid, 18 y 19/07/2006)*, pp. 13 y 21, consultado en *http://www.ciberamerica.org/NR/rdonlyres/eumnwyvfgrzapzcw3ndiok7y7oj2vou7u6zlhow7ep2yzmlyueowzq7pjab3pac25t2ufpnpnvopxc/Zalaquett.pdf*.

En cuanto a los aspectos laborales sustantivos, la Corte señala que los Estados deben evitar toda forma de discriminación entre trabajadores, con independencia de su nacionalidad o condición migratoria. Exige, además, que los trabajadores migratorios gocen de los mismos derechos laborales que los nacionales y subraya que la irregularidad de la estancia de un trabajador no debe implicar menoscabo de los derechos o prestaciones originados en la relación laboral, que siempre ha de poder reclamar.

3.1.2. Sentencias

En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha conocido de casos relevantes desde la óptica de los derechos de los migrantes y de los límites a las atribuciones estatales en materia de nacionalidad. Los casos que comentaremos apuntan en dos direcciones: el primero evidencia los límites de los Estados al momento de revocar la nacionalidad a un naturalizado, y el segundo pone de manifiesto el deber de reconocerla en ciertos supuestos, además de enunciar algunos principios sobre los derechos de los migrantes y el tratamiento que ha de darse a la concesión de la nacionalidad en los Estados partes.

En el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, resuelto mediante sentencia del 6 de febrero de 2001, la Corte Interamericana censuró la violación del derecho a la nacionalidad del señor Ivcher, a quien le había sido revocada arbitrariamente la nacionalidad peruana para impedir que siguiera dirigiendo un medio de comunicación audiovisual de orientación crítica frente a la actuación de organismos militares y ejecutivos peruanos, dado que la ley exigía ser nacional de ese Estado para poder ser propietario de un medio de comunicación audiovisual. La Corte calificó esta decisión de arbitraria, por quebrantar lo establecido en la Constitución peruana respecto de la pérdida de la nacionalidad, por la prescindencia de las reglas sobre competencia y por su extemporaneidad. Pero también prestó atención a la circunstancia de que:

> el señor Ivcher Bronstein adquirió el título de nacionalidad peruana el 7 de diciembre de 1984, luego de haber renunciado a la nacionalidad israelí ... Este acto vinculó tanto al señor Ivcher como a su familia con la sociedad política, la cultura, la manera de vivir y el sistema de valores peruanos.[34]

Aunque ésta no fue la razón principal para declarar la violación del derecho a la nacionalidad, aquí se observa un criterio latente de conexión personal o familiar como causa excluyente de la revocatoria de la nacionalidad que puede conducir a desarrollos de mayor alcance en otros supuestos.

En el caso de las niñas *Yean y Bosico* vs. *República Dominicana,* la Corte, mediante sentencia del 8/09/2005, dejó sentados principios fundamentales en relación con los derechos de los migrantes. La situación denunciada involucraba a dos niñas nacidas

34. Párr. 93.

en República Dominicana, a las que correspondía la nacionalidad de ese país, según la propia legislación interna, rectamente interpretada. Sin embargo, en razón del origen haitiano y de la condición migratoria de sus respectivos padres, considerados oficialmente como transeúntes a pesar de haber permanecido varios años en la República Dominicana, las niñas no obtuvieron dicha nacionalidad. De acuerdo con la Constitución toda persona nacida en territorio dominicano adquiría la nacionalidad de ese país, a menos que sus padres se encontraren en función diplomática o en tránsito al momento del nacimiento; las autoridades alegaban que los padres de las niñas se hallaban en esta última situación. No consideraron determinante el hecho de que las madres eran dominicanas.

La negación de la nacionalidad a las niñas durante varios años se tradujo, según la sentencia, en que no pudieron registrar su nombre ni obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que dificultó su acceso al sistema educativo. El contexto social del caso es la discriminación a la que históricamente han sido sometidos los inmigrantes haitianos en República Dominicana.[35]

La Corte declaró la violación de los derechos conculcados e impuso las reparaciones necesarias, lo que abarcó la obligación de reformar la legislación y procedimientos vigentes. Al sustentar su resolución, la Corte subraya los límites de las potestades de los Estados en materia de otorgamiento de la nacionalidad. En especial, la Corte alude al deber de evitar discriminaciones o efectos discriminatorios al fijar y aplicar las reglas sobre la atribución de la nacionalidad, así como de velar porque los funcionarios encargados de tramitar estos asuntos no adopten prácticas de esa índole contra grupos determinados. Declaró que la condición migratoria de una persona o de sus padres no debe ser un impedimento para su acceso a la nacionalidad y reiteró además el deber estatal de reducción de los casos de apatridia. Para la Corte la situación de las niñas, a las que finalmente les fue conferida la nacionalidad dominicana, era equiparable a la de personas apátridas, hasta que tal otorgamiento se produjo. También fue relevante en su pronunciamiento la incertidumbre y angustia en que se encontraron las madres y otros familiares de las niñas, ante la amenaza de que éstas fueran deportadas, lo cual fue examinado desde la perspectiva del derecho a la integridad personal.

3.1.3. Medidas provisionales

Otro instrumento que ha empleado la Corte para proteger derechos de los migrantes son las medidas provisionales. Entre las distintas medidas acordadas que han favorecido a migrantes, merecen ser citadas las del caso de *Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana vs. República Dominicana,* del 18 de agosto de 2000. Aquí se denunció una política de deportaciones o expulsiones masivas

35. Acerca de esta situación *vid*. las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Concluding observations, Dominican Republic (second periodic report/additional information), 03/12/1997, párr. 31 y ss., en Holmström, *op. cit.* 9, pp. 184-185.

de haitianos asentados en la frontera de República Dominicana con Haití, así como situaciones concretas de personas afectadas por esta política. Aunque la Corte no constató la existencia de una política general en tal sentido, sí observó (*prima facie*) indicios de la comisión de abusos por algunos funcionarios, y conoció de los alegatos sobre personas concretas afectadas. Adoptó medidas dirigidas a preservar la vida e integridad personal de algunos afectados, a impedir la expulsión o deportación de algunas personas y a hacer posible el reingreso al país de otras. En este último supuesto se encontraban personas que habían sufrido deportaciones, cuyos familiares vivían en República Dominicana, por lo que la Corte invocó expresamente el principio de reunificación familiar y ordenó que su reingreso al país fuera permitido por las autoridades.

3.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Las iniciativas de la Comisión también han sido fundamentales para avanzar en la protección de los derechos de los migrantes. Ello se pone de manifiesto en las actuaciones adelantadas al conocer de peticiones individuales o solicitudes de medidas cautelares en que se aduce la violación de derechos humanos por parte de migrantes,[36] algunas de las cuales han desembocado en casos contenciosos o en solicitudes de medidas provisionales que ha presentado ante la Corte.

Pero junto a estas actuaciones la Comisión ha prestado una atención particular al tema de los trabajadores migratorios y sus familias, mediante la celebración de audiencias especiales, la realización de visitas *in loco* y la creación en 1997, con base en una Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), de una *Relatoría especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias.*[37]

Esta Relatoría especial ha efectuado un seguimiento al tema de los trabajadores migratorios en la región, habiendo publicado hasta la fecha siete informes de progreso, que abordan distintas aristas de los problemas que deben arrostrar estos migrantes para lograr el goce de sus derechos. El último de estos informes se dedica al rol de los Estados emisores o Estados de origen en la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias, en el cual se hace énfasis en las medidas que éstos pueden adoptar, a menudo en coordinación con los Estados receptores, para garantizar tales derechos. Se hace mención expresa a la importancia de promover ante los países receptores, por medio de gestiones diplomáticas, reformas legislativas que permitan la reunificación familiar.[38]

36. Entre los informes de la Comisión se encuentra el relativo al tratamiento que las autoridades de los Estados Unidos de América han otorgado a grupos de haitianos capturados en alta mar y conducidos a Guantánamo, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96 (13/03/1997).

37. *Vid*. el Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias del 2005, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2005, Capítulo V., en *http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/indice2005.htm*.

38. Vid. el Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de SUS Familias del 2005, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2005,

Actualmente la Comisión participa en la implementación del *Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, incluyendo a los Trabajadores Migratorios y a sus Familias*, aprobado por la Asamblea General de la OEA en el 2005.[39]

4. ¿Hacia un derecho humano a la migración?

Los criterios internacionalmente desarrollados en relación con la protección de los derechos humanos de los migrantes pueden conducir a preguntarse si cabe hablar de un derecho humano a la migración. Desde una óptica histórico-filosófica y ética no faltarían argumentos para sustentarlo.[40] Los flujos humanos entre diversas regiones del planeta han sido consustanciales a la evolución de las distintas civilizaciones y son un componente de enorme importancia para comprender la Historia Universal. Además, desde una perspectiva ética la comunidad del género humano y el destino universal de los bienes de la tierra se superpone a los intereses estatales en asegurar la invulnerabilidad de las fronteras nacionales, las cuales, al menos con la significación que modernamente ostentan, son un producto histórico asociado al modelo del Estado nacional, que es relativo en términos históricos y filosóficos. De ahí que se haya aseverado, con mucha razón, que las migraciones son un proceso humano más natural que las fronteras estatales.[41] Aun dentro de las coordenadas del Estado nacional es fácil constatar que han existido diferentes percepciones y valoraciones respecto de las corrientes migratorias. Así, en algunos países de Europa occidental, que en la segunda mitad del siglo XX requirieron de extranjeros para el fortalecimiento de sus economías, las personas provenientes del exterior, en ocasiones de antiguas colonias, con propósitos laborales, eran calificados como inmigrantes espontáneos, no ilegales o clandestinos, aunque carecieran de autorización para el ingreso.

En el plano jurídico, se ha planteado que sin la admisión del derecho a (in) migrar no tendría sentido el reconocimiento de la libertad de circulación en los instrumentos internacionales, pues ésta comprende el derecho a salir del país de residencia, el cual devendría inaplicable si no existiera la libertad para entrar en otro Estado.[42] Este argumento no es, sin embargo, del todo convincente, ya que los tratados internacionales generales que consagran la libertad de circulación han dejado fuera del ámbito protector de este derecho la posibilidad de ingresar y establecerse en el territorio de

Capítulo V., en http://www.cidh.org/annualep/2005sp/indice2005.htm.
39. AG/RES. 2141 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005.
40. *Vid*., entre otros, Marzal, Antonio, "La teoría jurídica de las migraciones en Vitoria", en Marzal, Antonio (Coord.), *op. cit*. 29, pp. 45 y ss.
41. Aleinikoff, T., "International legal norms and migration: a report", en Aleinikoff, T./Chetail, V., *Migration and International Legal Norms, op. cit*. 1, p. 1.
42. Ferrajoli, L., "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 175.

un Estado en el que el interesado no posea la nacionalidad o una residencia legal (*Cfr.* art. 12 del PIDCP y 22 de la CADH).

En la actualidad es muy difícil acreditar jurídicamente la existencia de un derecho humano a la migración, entendido como la libertad de cada persona para circular libremente a nivel mundial y para determinar el Estado en el que quiere ingresar y eventualmente residenciarse. Esta libre circulación de personas se ha admitido en el marco de algunos acuerdos de integración, pero está lejos de ser un derecho internacionalmente protegido a todo ser humano y respecto de cualquier Estado. No obstante, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos avanza en la dirección de reducir los poderes estatales en materia de control migratorio, lo cual abarca las decisiones administrativas relativas al ingreso o permanencia de extranjeros. Como se desprende de lo ya expuesto, tales facultades no son absolutas, sino que se encuentran sujetas a limitaciones sustantivas como las siguientes:

- La decisión estatal de rechazar el ingreso de un extranjero no debe basarse en motivos que representen una discriminación, pues ello implicaría una violación del derecho a la igualdad. Los aportes internacionales en este campo son tímidos, pero cabe sostener, en consonancia con lo afirmado por el Comité de Derechos Humanos, que las correspondientes prácticas del Estado no deben ser discriminatorias.[43]
- La determinación de expulsar a un extranjero tampoco debe encubrir una discriminación, ni puede exponerle al riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, como la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes.
- Si se han establecido sólidos vínculos familiares o personales en un país, o si lo exige la reunificación de la familia, puede existir un obstáculo jurídico para la expulsión del extranjero, o el deber de admitir su ingreso, en atención al derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar o a los derechos del niño. En ocasiones el Estado puede verse obligado a legalizar la estancia del extranjero.
- En ciertas circunstancias, los organismos internacionales pueden revisar y censurar prácticas o medidas del Estado referidas a la concesión de la nacionalidad o ciudadanía, desde la óptica de la prevención de la discriminación.

A medida que la comunidad internacional profundice en estos criterios limitativos de los poderes estatales en el campo migratorio, puede irse configurando un derecho a la migración, que tendría al menos el alcance de excluir toda negativa

43. "El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia"; General Comment No. 15, *The position of aliens under the Covenant,* CCPR/C/21/Add. 5/Rev. 1 (1986), párr. 5.

discriminatoria, por ser contraria al derecho a la igualdad o arbitraria, por ser lesiva de otros derechos humanos (respecto a la vida privada y familiar, p. ej.), a ingresar o permanecer en el territorio de un Estado. Los pasos ya dados por los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos obligan, en todo caso, a repensar conceptos tradicionales del Derecho Público y de la Teoría del Estado, como de inmediato apuntaremos.

5. Posible repercusión de estos desarrollos en concepciones o categorías jurídico-políticas clásicas ligadas a la soberanía estatal

Los aportes internacionales de alcance universal y regional antes esbozados ponen de relieve, en primer lugar, la convicción de los organismos encargados de la protección de los derechos humanos sobre la necesidad de prestar atención a los problemas que guardan relación con la intensificación de los flujos migratorios, con una especial sensibilidad hacia las situaciones reales de vulnerabilidad en que suelen encontrarse muchos migrantes. En segundo lugar, no es difícil apreciar el movimiento en las concepciones que las corrientes migratorias mundiales están provocando en áreas diversas del Derecho Internacional y en categorías tradicionales del Derecho Público o de la Teoría del Estado ligadas a los poderes estatales en materia de control migratorio, los cuales siempre son dejados formalmente a salvo por los pronunciamientos internacionales que al mismo tiempo le imponen una y otra vez límites palpables.

Uno de los aspectos más resaltantes de esta evolución es el reconocimiento de espacios para el disfrute de derechos que antes se consideraban total o parcialmente reservados a los nacionales de un Estado. No sólo los derechos políticos han sido clásicamente entendidos como un patrimonio exclusivo de los ciudadanos de un país, sino también ciertos derechos económicos, sociales o culturales. Más aún, en relación con derechos civiles no es raro constatar la inclinación a restringir el ejercicio de algunos de éstos por los extranjeros, sobre todo cuando están de por medio actividades políticas, lo cual aún encuentra reflejo en una discutible disposición del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (art. 16).

Esta visión tradicional y las premisas normativas en que se ha apoyado no han cambiado sustancialmente, pero ya se han sembrado criterios jurídicos o se han adoptado iniciativas que apuntan en otra dirección. Sin necesidad de examinar la amplia literatura avocada a revisar el concepto de la ciudadanía,[44] es posible percatarse, por

44. Al respecto *vid*. Guiraudon, "Citizenship Rights for Non-Citizens: France, Germany and the Netherlands", en Joppke, Christian, *op. cit.* 21, pp. 272 y ss.; Abu-Laban, Yasmeen, "Reconstructing an Inclusive Citizenship for a New Millennium: Globalization, Migration and Difference", *International Politics*, 37, 2000, pp. 509 y ss.; Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998, pp. 632 y ss.; de Lucas, Javier, "Hacia una ciudadanía europea inclusiva: Su extensión a los inmigrantes", *Revista CIDOB d´Afers Internacionals*, 53, 2001, pp. 63 y ss.; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, Madrid, 1999, pp. 97 y ss.

ejemplo, de que la usual afirmación según la cual los derechos políticos son exclusivos de los nacionales requiere hoy matizaciones; no tanto por procesos de integración y de estatalidad ampliada o compartida como el de la Unión Europea, cuanto por instrumentos como la *Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local*, adoptada en el marco del Consejo de Europa, que promueve la participación política a nivel local, mediante el sufragio, de los extranjeros con ciertos años de residencia y que deja expresamente a salvo el derecho que ellos ostentan a ejercer derechos civiles con proyección política (libertad de expresión, de asociación y de reunión o manifestación). Además, el derecho de manifestación, que posee una innegable significación política y en algunos ordenamientos está reservado a los ciudadanos, representa desde la óptica internacional una expresión del derecho de reunión, cuya titularidad corresponde a toda persona.

Por otro lado, los pasos recientes dirigidos a examinar, desde la óptica de la prohibición de la discriminación o del derecho a la nacionalidad, la actuación de los Estados al conceder o denegar la nacionalidad o naturalización introducen enfoques que van más allá de los esquemas habituales. Incluso al margen del ejercicio de derechos políticos o del acceso a la ciudadanía por migrantes, los criterios sostenidos en relación con la preservación o restablecimiento de la unidad familiar, como límites a la facultad estatal de expulsión o de negativa al ingreso de un extranjero, ilustran el alcance de los cambios que, si bien en medida reducida, se están produciendo. La máxima expresión de la tendencia que se aprecia en los instrumentos o pronunciamientos internacionales es, sin duda, la protección de los derechos de migrantes en situación irregular.[45]

La ruta que la comunidad internacional, de manera no siempre sistemática y por medio de instrumentos que a menudo carecen de efectos vinculantes, parece querer trazar en relación con los derechos de los migrantes está, sin embargo, plagada de escollos. Baste mencionar que uno de los países que mayores dificultades están generando por el trato dado a los trabajadores migrantes y por las consecuencias de los controles fronterizos instaurados, los Estados Unidos de América, no es parte de la CADH. Además, ni éste ni los demás Estados del mundo con mayor índice de inmigración han ratificado la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.* Pero ni la resistencia de algunos Estados a asumir plenamente las consecuencias internacionales de flujos migratorios que frecuentemente han tolerado o fomentado ni la escasa fuerza jurídica de algunas declaraciones o pronunciamientos debe impedir apreciar las orientaciones de la comunidad internacional ante un fenómeno que está traspasando fronteras estatales y conceptuales.

45. *Vid*. Bogusz y otros, *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2004.

17

Diversity and political rights in the jurisprudence of the european court of human rights

CHRISTINA BINDER*

Introduction. 1. Political rights in Europe (article 3 of protocol 1 to the ECHR). 2. Standards of review and their potential to accommodate diversity: "black or white" or shades of grey? 2.1. "Black or white": "essence of rights" doctrine and margin of appreciation approach. 2.2. Shades of grey: balancing method/proportionality test. 3. Evolution of the ECtHR's jurisprudence in electoral matters: from "black or white" to shades of grey. 3.1. Early times: "black or white", Mathieu and beyond. 3.2. Shades of grey in later jurisprudence. 3.3. Balancing and… 4. Final remarks.

Introduction

International human rights monitoring institutions are in the difficult position to effectively protect human rights while, at the same time, they have to give certain room to national authorities to regulate issues in accordance with local needs. Put differently, there is an inherent tension between the call for homogeneity – unified and effective international human rights standards – and the accommodation of diversity at domestic level.

This is most evident in the field of political rights, as different states electoral systems are a very direct expression of the specific historical, cultural, legal and political conditions of a state. What is more, political rights situate themselves in the heart of national sovereignty since they relate to issues central for state functioning, such as the right to vote and stand for elections as well as the features of specific electoral systems. To exemplify, the European Court of Human Rights (European Court, ECtHR) had to deal with delicate issues such as voting rights for out-of-country citizens,[1] the right of former

* MMag. Dr. Christina Binder, E.MA, is Assistant Professor of International Law at the Department of European, International and Comparative Law of the University of Vienna.

1. ECtHR, *Sitaropoulos et al. vs. Greece*, 8/07/2010 (violation of Art. 3 of the Protocol (P) 1 to the ECHR); Grand Chamber [GC] Judgment, 15 March 2012 (no violation of Art. 3 P 1). Cases are available at the HUDOC database of the ECtHR, http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/.

communists to stand for elections in countries emerging from communist past[2] and the threshold of votes required to gain seats in parliament.[3]

Hence, political rights are a very sensitive field where international supervision has to go *de pair* with a certain leeway left for national particularities. This is most obvious in the case of regional human rights courts such as the European or the Inter-American Court of Human Rights with the competence to handle down binding judgments. As Judge Levits puts it with respect to the jurisprudence of the ECtHR on applications concerning the right to free elections enshrined in Article 3 of Protocol 1 to the ECHR:

> the Court faces a 'dilemma' … on the one hand … it is the Court's task to protect the electoral rights of individuals; but, on the other hand, it should not overstep the limits of its explicit and implicit legitimacy and try to rule instead of the people on the constitutional order which this people creates for itself. [4]

Put differently, especially as regards political rights, regional human rights courts are in the somehow paradoxical situation to, on the one hand, serve the realisation of national self-rule through the implementation of the right to political participation. This, however, at the prize of possibly severe interventions in domestic legal orders.

Political rights are thus among the most challenging areas for international human rights reasoning in search of providing for effective and homogenous international human rights standards on the one hand, while at the same time accommodating diversity at national level. Of crucial importance of how to strike the delicate balance is the standard of review applied by the respective monitoring institution. To be sure, when states ratify human rights treaties, they accept to be bound by the standards enshrined therein.[5] Still, when it comes to the application of the respective standards, the "tightness" of the level of scrutiny – whether a violation is found or not – will also depend on the standard of review. This in particular when international monitoring institutions examine states' compliance with rather open ended provisions as is the right to free elections in Article 3 of Protocol 1 to the ECHR.[6]

2. ECtHR, *Zdanoka vs. Latvia*, 16/03/2006; ECtHR, *Adamsons vs. Latvia*, 24/06/2008.
3. ECtHR, *Yumak and Sadak vs. Turkey*, GC, 8/07/2008.
4. *Zdanoka, supra* n. 2, Dissenting Opinion Judge Levits, para. 17.
5. Major human rights treaties, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR) at universal level (Art. 25 CCPR) as well as the European Convention on Human Rights (ECHR, Art. 3 of P 1), the American Convention on Human Rights (ACHR, Art. 23) and the African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter, Art. 13) provide for a right to political participation.
6. Note that Art. 25 CCPR; Art. 23 ACHR and Art. 13 Banjul Charter are formulated more strongly and in the language of individual rights. (See Section 2 *infra* for details). On the general indeterminacy of political rights see M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary,* 2nd ed., 2005, 562, 590. See furthermore G. Fox, 'The Right to Political Participation in International Law', in G. Fox/B. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, 2000, 48; H. Steiner, 'Political Participation as a Human Right', *Harvard Human Rights Yearbook* 1988, 77, 131.

Different standards of review can be distinguished: one may differentiate, *grosso modo,* between the method of balancing (the proportionality test) which weighs the public interest in a measure against the gravity of interference in the individual right and the – more deferential – "essence of rights" doctrine. Especially the proportionality test is generally considered as very promising tool to accommodate diversity in international human rights law. At the same time, it is a rather intrusive form control since it weighs individual rights against public interests on a case to case basis. The "essence of rights" doctrine, on the other hand, merely protects the core of a right and thus reflects an attitude of judicial self-restraint.

In view of these differences, it seems promising to compare the functioning and the effects of both doctrines in the delicate area of political rights: What is their potential to accommodate diversity while at the same time maintaining unified international standards and an effective protection of individuals' political rights? This article proposes to do this with special focus on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, as most important human rights monitoring institution at the regional level of Europe.[7]

At the outset, Part 1 will analyse the substantive standard at stake: the right to free elections as enshrined in Article 3 of Protocol 1 to the ECHR. Part 2 will examine the relevant standards of review employed by the European Court of Human Rights and contrast the balancing method's potential to accommodate diversity with the "essence of rights" and margin of appreciation doctrines of the Court's early jurisprudence. On this basis, Part 3 will look more closely into the ECtHR's case law on political rights. It will illustrate the evolution of the Court's jurisprudence from a rather limited protection of the essence of the right to free elections to a more nuanced approach which is based on a proportionality test: "From black or white to shades of grey". It is argued that the proportionality test has considerable potential to accommodate diversity while at the same time rather effectively protecting a person's political rights. Still, and notwithstanding the clear advantages of the Court's balancing jurisprudence, there are trade-offs. These have to be countered, as is maintained, by adding additional safeguards to the Court's "shades of grey jurisprudence".

1. Political rights in Europe (article 3 of protocol 1 to the ECHR)

Essential points of departure for any review are the human rights standards signed up to by states through their ratification of the respective human rights treaties. Since states have accepted these as legally binding, they may be used as yardsticks to

7. See also Int.-American Court of Human Rights, *Yatama vs. Nicaragua*, Judgment, 23 June 2005, Ser. C, No. 127. See generally A. Aguiar, *El Derecho a la DEMOCRACIA. La Democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de Expresión, Piedra Angular de la Democracia,* 2008, 125, 355 *et seq.* for further reference.

measure relevant state action. Still, there are differences depending on the provisions' wording: The clearer the respective standard is framed, the easier and less controversial it is for the international monitoring institution to hold states accountable in case of violation. Conversely, weaker and more openly formulated provisions reduce the guidance provided: the monitoring institution is given more leeway, it has to become more active and thus take a stronger and supposedly more difficult stand *vis-à-vis* the respective states.

This becomes particular clear in the field of political rights with their double character as human rights and important elements of national constitutional legal orders. In fact, considerable controversies surrounded the incorporation of political rights in the ECHR, doubting whether they were at all accessible to international monitoring and adjudication. For instance, some experts questioned during drafting whether "issues of constitutional and political character" should be included at all in the ECHR. In the end, political rights were incorporated in Article 3 of Protocol 1 to the ECHR which was adopted in 1952.[8] Still, the right to free elections in Article 3 is an illustrative example of an openly and weakly framed provision. Instead of granting individual rights, Article 3 provides only for state obligations, requiring States parties to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot: "The High contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of their legislature."

The open wording of Article 3 of Protocol 1 to the ECHR thus distinguishes political rights from the other (civil) rights contained in the Convention.[9] It also differs from the right to political participation as enshrined in human rights treaties which were adopted at a later point in time, such as Article 25 of the 1966 CCPR and Article 23 of the 1969 ACHR which are termed in the language of individual rights.[10]

The questions relating to Article 3's weak framing became particularly evident in the early jurisprudence of the Strasbourg monitoring organs where it was even doubted whether the provision enshrined at all individual rights.[11] After some ini-

8. 213 UNTS 262; ETS 9; adopted 1952, entry in force 1954. With 45 parties, P 1 to the ECHR is ratified by all Council of Europe member states except Switzerland and Monaco. Status of ratifications as of August 2012, http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=009&CM=7&DF=11/09/2011&CL=ENG.
9. See S. Marks, 'The European Convention on Human Rights and its "Democratic Society"', 56 *British Yearbook of International Law* 1995, 209, 221.
10. See e.g. Art. 23 ACHR: "Right to Participate in Government: 1. Every citizen shall enjoy the following rights and opportunities: a. to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; b. to vote and to be elected in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the voters; … 2. The law may regulate the exercise of the rights and opportunities referred to in the preceding paragraph only on the basis of age, nationality, residence, language, education, civil and mental capacity, or sentencing by a competent court in criminal proceedings."
11. The *travaux preparatoires* are unclear as to whether the states intended to create an enforceable right to free elections or rather stipulate a general – if unenforceable – obligation upon states to maintain democratic structures. (Marks, *supra* n. 9, 221.)

tial decisions of the European Commission of Human Rights to the contrary,[12] the Strasbourg institutions generally confirmed that Article 3 of Protocol 1 to the ECHR provided for individual rights, and that a person could thus come to Strasbourg to claim a violation of his/her rights. Still, the crucial question which remains to be seen is the standard of review applied by the European supervisory institutions (i.e. today the ECtHR),[13] the tightness of their scrutiny when measuring state action. These will be dealt with next.

2. Standards of review and their potential to accommodate diversity: "black or white" or shades of grey?

Engaging in a very broad and somehow simplistic differentiation of the standards of review applied by the European Court of Human Rights, one may distinguish between the "essence of rights" doctrine and the balancing method/the proportionality test.

2.1. "Black or white": "essence of rights" doctrine and margin of appreciation approach

The "essence of rights" doctrine is a rather lenient form of international supervision and reflects judicial self-restraint as regards the standard of review applied. The European Court of Human Rights limits itself to protecting the essence, the very core, of a right. If there is no violation of this core, a state is basically given freedom to regulate an issue which is not subject to international scrutiny. The "essence of rights" doctrine thus comes *de pair* with a broad margin of appreciation given to states. It may be called a "black or white" test, as the Court either establishes a violation when the essence of a right is encroached upon (black) or the state is given regulatory freedom (white). This "either-or"/"black or white" jurisprudence leaves a lot of room for diversity at domestic level but grants only limited protection to individual rights, since a state is given regulatory freedom as long as the essence of a right is not violated. The deferential attitude (self-restraint) exercised by the ECtHR thus comes at the prize of homogenous (international) standards.

2.2. Shades of grey: balancing method/proportionality test

The proportionality test, to the contrary, requires that a reasonable balance is struck between individual and public/societal interests.[14] When adopting a proportionality

12. For a detailed examination of early case law see P. van Dijk/G. van Hoof, *Theory and Practice of the Euroepan Convention on Human Rights*, 2nd ed., 1995, 478.
13. The European Commission of Human Rights was abolished in 1998 with the entry into force of Protocol No. 11. Today, there is one single European Court of Human Rights.
14. In another, narrower and more specific meaning of proportionality, it implies that a balance must be struck between the means employed and the aim pursued. See for details J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights,* 2009; Y.

approach, the ECtHR – after establishing that a state measure is provided for by law and the aim pursued is legitimate – will balance the different interests against each other, weighing the gravity of interference with the individual right against the importance of the public interest in the adoption of a measure. Given this balancing of interests, the proportionality test is an *a priori* good means to accommodate diversity, as the historical, cultural, societal, legal and political context of a state can be taken into account while at the same time conferring the maximum protection to the individual on a case by case basis. This more nuanced approach allows for a differentiated and individualised protection in, what I call, shades of grey.

At the same time, balancing is a tight standard of review which subjects a state to much closer scrutiny than the "essence of rights" doctrine. The degree of international supervision is increased when the Court adopts a proportionality approach which balances individual against state interests – and thus looks into the appropriateness of public policies – as compared to the "essence of rights" doctrine where the Court steps back and limits itself to scrutinizing whether the inner core of a right was violated. It thus engages in a more intrusive form of control which is less deferent to national sovereignty. The proportionality test – the balancing of interest method – was thus also viewed as sign of a "constitutionalisation" of the ECtHR's supervisory system.[15] It comes of little surprise, accordingly, that especially in the sensitive field of political rights the Court has only gradually introduced the proportionality test.

3. Evolution of the ECtHR's jurisprudence in electoral matters: from "black or white" to shades of grey

When examining the ECtHR's jurisprudence with respect to political rights, one witnesses a considerable evolution from a rather deferential attitude (the "black or white" jurisprudence) to a tighter form of control, where the Court – in reliance on the proportionality test – effectively balances individual against state interests. Altogether, the Court's jurisprudence under Article 3 developed only slowly, evidencing the broad discretion of states in the area of political rights.[16]

Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR,* 2002; J.J. Cremona, 'The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, 323.

15. See in this sense A. Stone Sweet, 'On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court', 2009, available at http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/33, 5 *et seq.*

16. For an extensive appraisal of the ECtHR's jurisprudence on the right to free elections see D.J. Harris/M.O'Boyle/E.P.Bates/C.M.Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., 2009, 711. See also S. Golubok, 'Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?', 27 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2009, 361.

3.1. Early times: "black or white", Mathieu and beyond

In its early case law, the ECtHR adopted a strict "black or white" approach which left a wide margin of appreciation to states as long as the essence of a right was not violated. This "black or white" test is perhaps most clearly stated in the first case which reached the Court in 1987: *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*.[17] The case raised the question of equality of citizens under the Belgian electoral system, as before the Flemish Council the oath had to be taken in Dutch and consequently excluded French speakers. In its judgment, the European Court limited its control to examining whether the essence of the political rights of French speakers was impaired and whether the means employed were disproportionate:

> [The Court] has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate. In particular, such conditions must not thwart the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. [18]

The Court held that this was not the case and did not find a violation. Thus, the ECtHR, exercising self-restraint, adopted a deferential attitude, applied an only restricted standard of review and left a lot of room to national authorities as regards the design of their electoral system: all diversity, all white, but only limited protection of the individuals' political rights.

To be sure, there are also cases, where even the "essence of rights" doctrine led to the finding of a breach of Article 3 because the very core of the right to free elections was violated. To exemplify, in *Aziz vs. Cyprus* (2004), the ECtHR found a violation on the basis that the inhabitants of Northern Cyprus were deprived of their possibility to vote and stand for elections. In view of the fact that they had not been allowed to vote at all, the "essence of rights" doctrine came into play and a violation was established accordingly. According to the Court:

> Although the Court notes that States enjoy considerable latitude to establish rules within their constitutional order governing parliamentary elections … these rules should not be such as to exclude some persons or groups of persons from participating in the political life of the country and, in particular, in the choice of the legislature … The Court considers that, in the light of the above circumstances, the very essence of the applicant's right to vote, as guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1, was impaired. It follows that there has been a violation of that provision.[19]

17. ECtHR, *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*, 2/03/1987, A 113 (1987).
18. Id., para 52.
19. ECtHR, *Aziz vs Cyprus,* 22/06/2004, paras. 28 and 30. See also *Sadak and others vs. Turkey* where the ECtHR considered the dissolution of a party and the following ejection of all party representatives from Parliament because of the unconstitutional conduct of merely some representatives as "incompatible with

However, in application of the "essence of rights" doctrine, a violation will be established only in extreme cases. The doctrine generally comes *de pair* with a restricted standard of review and a broad margin of appreciation left to states. The wide latitude given to states as to how they design their electoral systems and regulate political rights was – and is – affirmed in numerous cases. The European Court, adopting a deferential attitude, emphasized repeatedly that: "Contracting States have a wide margin of appreciation, given that their legislation on elections varies from place to place and from time to time. The rules on granting the right to vote … vary according to the historical and political factors peculiar to each State. … ".[20]

Simplified, this wide margin of appreciation in electoral matters allows for maximal diversity at national level. This deference to domestic systems as evidenced especially in the Court's early jurisprudence comes however at the prize of a limited protection of a person's political rights: in principle, international supervision only steps in, when the very essence of the right to free elections is violated.

To be sure, the European Court has also used additional criteria – besides the "essence of rights" doctrine – to assess whether violations of political rights had occurred and thus reduced the margin of appreciation of states. These include, *inter alia*, a prohibition of arbitrariness, i.e., a scrutiny that state measures were not employed arbitrarily against an applicant. Arbitrariness was detected, for instance, and a violation of Article 3 Protocol 1 of the ECHR established accordingly, in *Podkolzina vs. Latvia* (2002), when a person was disqualified from standing for elections for language reasons on the basis of an inadequate language test.[21] (This although the language requirement *per se* was accepted.) This notwithstanding, the "black or white" approach's potential to combine diversity with a reasonable protection of individual rights is reduced. It is rather an ultimate safeguard to protect the inner core of the right to free elections against annihilation than a means to accommodate diversity.

---

the very substance of the applicants' right to be elected and sit in parliament" and found a breach of Art. 3 of P 1. (*Sadak and others vs. Turkey* (no 2), 11/06/2002 (36 EHRR 396), para. 40).

20. *Zdanoka*, *supra* n. 2, para. 106; see also *Py vs. France* where the Court stated: "Contracting States have a wide margin of appreciation, given that their legislation on elections varies from place to place and from time to time. The rules on granting the right to vote, reflecting the need to ensure both citizen participation and knowledge of the particular situation of the region in question, vary according to the historical and political factors peculiar to each State. The number of situations provided for in the legislation on elections in many member States of the Council of Europe shows the diversity of possible choice on the subject. However, none of these criteria should in principle be considered more valid than any other provided that it guarantees the expression of the will of the people through free, fair and regular elections. For the purposes of applying Article 3, any electoral legislation must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned, so that features that would be unacceptable in the context of one system may be justified in the context of another." (ECtHR, *Py vs. France,* 11/11/2005, para. 46).

21. ECtHR, *Podkolzina vs. Latvia,* 9/04/2002; see also *Melnychenko vs. Ukraine* (ECHR 2004-X) where the ECtHR highlighted states' general latitude concerning legislation establishing the minimum residence requirement of five years as a condition on the right to stand, but also emphasized the need of safeguards against its arbitrary application. In *Melnychenko*, the latter was found to be the case and a violation of Art. 3 of P 1 was established accordingly.

3.2. Shades of grey in later jurisprudence

All while maintaining a certain margin of appreciation of states, later decisions and especially recent jurisprudence have departed from the rigid "black or white" test and gave room for more nuanced decisions by means of the proportionality approach. In particular in three recent cases, *Zdanoka* vs. *Latvia (*2006), *Adamsons* vs. *Latvia* (2008) and *Tănase* vs. *Moldova* (2010), which all concerned the applicants' right to stand for elections, the European Court of Human Rights departed from its former rigid "black or white" approach and looked more closely into the relation between the interference with the individual right and the public interest in a measure.[22] The Court thus adopted a more balanced, "shades of grey" jurisprudence which, as will be argued, has considerable potential to accommodate diversity all while granting a reasonable protection to the affected individual's political rights.

Zdanoka vs. *Latvia* (2006)[23] concerned the question whether a former leading member of the communist party could run in Latvian parliamentary elections. It is a particular good case to demonstrate the proportionality test's potential to accommodate diversity, because it stands in close connexion with Latvia's specific historical context and the country's struggle for democracy after the occupation by Soviet Russia. The applicant Zdanoka had been prevented from running for the 1998 and 2002 parliamentary elections as a result of 1995 legislation which prevented those who had actively participated in the Communist Party of Latvia (CPL) after 1991 from standing.

The ECtHR accepted the Latvian restrictions on standing as legitimate in principle and scrutinized in the following, as to whether they were applied to Zdanoka in a disproportionate way. In result, the Court did not find a violation since the legislation was not framed too broadly as regards the groups it aimed at, namely only to those who had *actively* participated in the CPL. It therefore accepted that the restrictions imposed were acceptable under Article 3 of Protocol 1 to the ECHR, and that they even warranted Zdanoka's disqualification from standing "today", i.e. in 2006 when the judgment was delivered.

Interestingly, however, the European Court made very clear that it accepted Latvia's restrictions on standing only in view of the country's specific historic-political context and the sensitiveness of the Russian communist question.[24] The Court emphasised that the Latvian law was unsatisfactory and needed reform and that it would have been unacceptable "for a country which has an established framework of democratic institutions going back many decades or centuries".[25] It also tasked

22. *Zdanoka, supra* n. 2; *Adamsons, supra* n. 2; ECtHR, *Tănase vs. Moldova,* GC, 27/04/2010.
23. Harris/O'Boyle/ Bates/ Buckley, *supra* n. 16, 723.
24. *Zdanoka, supra* n. 2, paras. 119-121.
25. Ibidem, para. 133.

the Latvian authorities to keep the law under review and bring it to an early end; this especially given the profoundly changed situation with Latvia's accession to the EU.[26]

The ECtHR thus weighed the interference in Zdanoka's political rights against Latvia's interest in preventing her from running. The balancing test enabled the Court to accommodate diversity – Latvia's specific historic and political conditions – all while granting the maximum protection to the individual. It is more nuanced than its former "black or white" jurisprudence insofar, as the balance may shift when a country's socio-historical conditions or the political situation change over time. In such cases, the situation is reassessed, and the outcome may be different. The Court might then find a breach of Article 3 of Protocol 1 to the ECHR where it previously had not. Its balancing gives thus room to accommodate diversity all while ensuring a maximum protection of individuals' political rights.

The ECtHR further developed and refined the balancing test in subsequent decisions. In a case which was decided two years later also against Latvia, in *Adamsons* (2008), the Court indicated the growing need for an increasingly individualistic approach over time. The ECtHR had to deal with the conventionality of a Latvian law in application of which the applicant was prevented from standing as candidate since it disqualified former KGB officers from being elected to office.[27] While in *Zdanoka*, the Court had been satisfied that Zdanoka belonged to a certain group – those who had actively participated in the CPL – without looking into her individual circumstances, in *Adamsons*, the Court held that restrictions on the electoral rights of the members of a group needed a case by case assessment which addressed the actual conduct of the person concerned. Indeed, as to the ECtHR, the need for such an individualistic approach grew over time as the period when the impugned acts (being KGB officers) supposedly had taken place grew more distant in the past. In result, the Court held in *Adamsons* that the restrictions which prevented the applicant from standing for the elections constituted a breach of Article 3 of Protocol 1 to the ECHR. Thus, the balancing method/proportionality test allowed the ECtHR to accommodate diversity – to take account of the specific (changed) situation in Latvia and the country's reduced need to protect itself from its communist past – in view of granting a maximum of protection to the individual.

The approach was confirmed in the Grand Chamber judgment *Tănase vs. Moldova* of 2010.[28] The case concerned Moldovan electoral legislation which excluded nationals with double nationality from running as candidates and impacted negatively especially on opposition parties. (The law was justified with the need for loyalty to parliament.) Again, the European Court of Human Rights applied the proportionality test. Having looked into different domestic legal systems it held

26. Ibidem, para. 135.
27. *Adamsons*, *supra* n. 2.
28. *Tănase*, *supra* n. 22.

that double nationality should in principle not be a ground to exclude somebody from running for parliament. Still, more restrictive measures might be justified by special historical or political considerations: There seemingly had been a specific interest in taking such measures at the time when Moldova declared its independence in order to limit any threats to the independence and security of state.[29] However, given the long time the ban on members of parliament with multiple nationalities had been in place – some 17 years at time of judgment –, these arguments appeared less convincing to the ECtHR.

> 174. However, the Court considers it significant that the ban was not put in place in 1991 but in 2008, some seventeen years after Moldova had gained independence and some five years after it had relaxed its laws to allow dual citizenship. In the circumstances, the Court considers the argument that the measure was necessary to protect Moldova's laws, institutions and national security to be far less persuasive. In order for the recent introduction of general restrictions on electoral rights to be justified, particularly compelling reasons must be advanced. However, the Government have not provided an explanation of why concerns have recently emerged regarding the loyalty of dual citizens and why such concerns were not present when the law was first changed to allow dual citizenship.[30]

This in particular, since there were other means, such as sanctions for conduct which threatened national interests, available. Thus, also in *Tănase vs. Moldova*, the Court stressed the need to individualise measures.[31] Arguing with the passage of time as relevant factor it established a violation of Article 3 Protocol 1 of the ECHR.

In short, as evidenced in the above jurisprudence, the European Court of Human Rights increasingly looks into the specific circumstances of a case and carefully balances the political rights of affected individuals against the interest of a state in the adoption of a measure. The Court thus accommodates diversity on a case by case basis, acknowledging that historic-political and other circumstances may change over time and that its assessment might vary accordingly.[32] The recent jurisprudence of the European Court concerning political rights is thus a good example of the balancing method's/the proportionality test's potential to accommodate diversity by means of a flexible approach. Altogether, a refinement in the ECtHR's political rights jurisprudence becomes evident: from "black or white" (essence of rights) to shades of grey (proportionality) with an increased potential to accommodate diversity all by guaranteeing maximal protection to individual rights. This is welcome as it allows for a case specific fine tuning. All fine? – No.

29. Ibidem, para. 173.
30. Ibidem, para. 174.
31. Ibidem, para 175.
32. Also other criteria are taken in consideration. See Harris/O'Boyle/ Bates/ Buckley, *supra* n. 16, 721 for further reference.

3.3. Balancing and...

Notwithstanding the, in principle, welcome shift to increased balancing, there are also trade-offs of an overly broad and exclusive reliance on the proportionality test. In a final section we thus want to argue that the "essence of rights" and margin of appreciation doctrines are valuable and necessary complements to the balancing test.

In particular the Grand Chamber decision *Yumak and Sadak vs. Turkey* (2008) shows the danger to excessively rely on the balancing method and draws attention to the need to also maintain the "essence of rights" doctrine as ultimate safeguard against a state's interference.[33]

The question at stake was whether the 10 percent threshold of national votes which was required to obtain seats in Turkish parliamentary elections breached Article 3 of Protocol 1 to the ECHR. The threshold had prevented the applicants – supporters of the "Kurdish cause" – from gaining seats in parliament, notwithstanding the fact that they had obtained almost 46 percent of votes in "their" South-eastern province. The European Court of Human Rights, *inter alia* referring to the specific local conditions, stressed that the results of the 2002 Turkish elections were the result of a "crisis climate with many different causes". Therewith emphasizing the very high state interest in the adoption of the measure, the Court did not find a breach of Article 3 of Protocol 1 to the ECHR.[34]

The judgment thus shows the problematic sides of the proportionality test, since, if there is a sufficiently important state interest, the essence of the right to free elections might simply be "balanced away". In our view, in *Yumak and Sadak*, the very essence of Article 3 was impaired because the excessively high threshold of 10 percent had deprived – as stated in the dissenting opinion to the case – "a large part of the population of the possibility of being represented in parliament" and thus of their political rights and had especially negative impacts on parties with regional focus.[35] Reliance on the "essence of rights" doctrine in addition to the balancing test might thus have led the Court to establishing a violation. *Yumak and Sadak* is consequently a good example for the continuous need to use the "essence of rights" doctrine in order to trace an ultimate red line around the inner core of the right to free elections which must never be transgressed – "or balanced away".

On the other hand, three other judgments – *Hirst* vs. *UK* (2005), *Frodl* vs. *Austria* (2010) and the pilot judgment *Greens and M.T.* vs. *UK* (2010) where the ECtHR reiterated

33. *Yumak and Sadak*, *supra* n. 3. See also the ECtHR's problematic decision *Sukhovetskyy vs. Ukraine* where the Court did not find a violation of the applicant's political rights, notwithstanding that the disproportionately high deposit required to stand for elections arguably had impeded him from running. (ECtHR, *Sukhovetskyy vs. Ukraine*, 28/03/2006, 44 *EHRR* 1185). For criticism of the judgment see Harris/O'Boyle/ Bates/ Buckley, *supra* n. 16, 721.
34. *Yumak and Sadak*, *supra* n. 3, para. 141.
35. Ibidem, Dissenting Opinion of the Judges Tulkens, Vajić, Jaeger and Šikuta, para. 5.

its findings in *Hirst* –[36] evidence the need to uphold a certain margin of appreciation of states especially if there is no common consensus among member states as to the respective standard of protection. All cases, *Hirst*, *Frodl* and *Greens and M.T.,* concerned the automatic/ *ex lege* deprivation of a prisoner's right to vote who had been convicted to – as for example in Austria – more than one year of imprisonment. The ECtHR, drawing on a restricted proportionality test (aims pursued vs. impact on the individual), found that there was a breach of Article 3 of Protocol 1 to the ECHR. Still, the Court's decision can be criticized – and is forcefully in a dissenting opinion to *Hirst*[37] –, on the basis that the Council of Europe's member states' legislation as to restrictions concerning prisoners' right to vote is not uniform. Given the lack of a common European standard, the ECtHR, thus, would have better done to accept the margin of appreciation of the United Kingdom and Austria to regulate prisoners' voting rights in accordance with local conditions, rather than establishing a violation in the delicate field of political rights which are intrinsically linked to a country's electoral arrangements and domestic constitutional dispensations.[38]

As indicated by the above examples, the "essence of rights" and margin of appreciation doctrines should thus usefully complement the "proportionality test". There are limits to balancing at both ends of the spectrum: encroachments on the essence of a right must always be impeded; likewise, the European Court of Human Rights has to refrain from balancing and accept a state's margin of appreciation of how to regulate issues when a common European standard is lacking.

4. Final remarks

The crucial importance of the standard of review becomes most evident in the field of political rights when human rights monitoring institutions have to strike the difficult balance between the need for homogenous and effective international standards and the encountered diversity of electoral systems at domestic level. Especially in case of broadly framed provisions such as Article 3 of Protocol 1 to the ECHR,

36. ECtHR, *Hirst vs. UK*, GC, 6/10/2005; see also the pilot judgment *Greens and M.T. vs. UK,* where the ECtHR reiterated its findings in *Hirst* (ECtHR, *Greens and M.T. vs. UK,* 23/11/2010, paras. 77 *et seq.*)
37. See Joint Dissenting Opinion of the Judges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler and Jebens to *Hirst*: "[T]aking into account the sensitive political character of this issue, the diversity of the legal systems within the Contracting States and the lack of a sufficiently clear basis for such a right in Art. 3 of Prot 1, we are not able to accept that it is for the Court to impose on national legal systems an obligation either to abolish disenfranchisement for prisoners or to allow it only to a very limited extent." (*Hirst*, *supra* n. 36, paras. 6 and 9). In this sense, the recent Grand Chamber decision in *Sitaropoulos et al. vs. Greece* reflects a positive evolution in the ECtHR's jurisprudence. When dealing with the denial of the right to vote to out-of-country citizens the Grand Chamber did not find a violation of the right to free elections *inter alia* on the basis that member states' legislation was not uniform and thus affirmed Greece's margin of appreciation. (*Sitaropoulos* (*supra* n. 1), paras. 74f and 81.)
38. For details see C. Binder, "Anything new since the end of the Cold War? Or International Law Goes Domestic: International Electoral Standards and Their Legitimacy", 27 *Anuario Español de Derecho Internacional* 2011, 437.

the standard of review reflects their attitude towards national authorities and the position they are willing – and able – to adopt.

In principle, the "essence of rights" doctrine is a deferential and lenient control, whereas balancing/the proportionality test looks more closely into relevant state action and reflects a comparatively pro-active stand. It thus comes of no surprise that the ECtHR's standard of review has gradually evolved. The "black or white" approach (which only protected the essence of the right to free elections and left a broad margin of appreciation to states) of the Court's early jurisprudence was gradually replaced by the more nuanced and tighter balancing/proportionality test. As stricter standard of review, the Court's increased balancing in recent case law is also an illustration of the Court's strengthened position as human rights monitoring institution. At the same time, balancing positively allows to accommodate diversity all in upholding effective international standards of political rights.

Still, the ECtHR's jurisprudence on political rights also illustrates the limits of balancing/the proportionality test. Especially *Yumak and Sadak*, *Hirst, Frodl* and *Greens and M.T.* show that the "essence of rights" and the margin of appreciation doctrines remain necessary complements to the proportionality test. Thus, notwithstanding the importance of its "shades of grey jurisprudence" to accommodate diversity, the ECtHR should not forget about the two poles within which the proportionality test operates: the "essence of rights" and the margin of appreciation doctrines. In our view, it is only when balancing is used in combination with these two doctrines that the ECtHR can fully live up to its role as international guardian of human rights which sometimes even takes the features of a constitutional court. So, in an ideal human rights world, this paper's title should be changed. Rather than "from black or white to shades of grey" it should be about "shades of grey between black and white".

18

Free speech in German and European constitutional jurisprudence

RAINER GROTE*

Introduction: the role of freedom of opinion and assembly in a democratic society. 1. Some major issues in the protection of speech, press and assembly. 1.1. Freedom of speech under the German basic law. 1.2. Protection of freedom of speech, press and assembly under the European Convention of Human Rights. 2. Final remarks.

Introduction: the role of freedom of opinion and assembly in a democratic society

The understanding of the role of free speech in any given society and the degree of protection accorded to it depend crucially on the prevailing view of the relationship between those exercising political authority and those who are subject to it. If the ruler is regarded as being by the nature of his position presumably wise and good, then it must necessarily follow that it is wrong to criticize him openly, and such criticism must be stifled and discouraged. If on the other hand the ruler is regarded as the agent of the subjects who have delegated their powers to him to be exercised in their name and in their interest, the right to criticise the ruler would appear as a natural right of the subjects to find fault with their agent.

In Europe, it is the second view which is largely prevailing today and which informs the relevant jurisprudence of national constitutional courts as well as of the European Court of Human Right on freedom of speech, press and assembly. In its well-known decision in the *Lüth* case which forms the basis of much of its subsequent jurisprudence on freedom of opinion as guaranteed in Article 5 (1) of the German Basic Law, the German Federal Constitutional Court emphasized the central role of free speech in a democratic society by declaring that, in addition to being the most direct expression of human

* Prof. Dr. Rainer Grote, LL.M., is a Senior Reasearch Fellow at the Max Planck Institute for Public Comparative Law and Public International Law (Heidelberg).

personality in society and one of the foremost human rights of all, it is a constitutive part of any free democratic system since it is only through the free expression of opinions and ideas that the constant intellectual debate, the clash of opinions that is democracy's vital element, is made possible.[1] In a later case the Court has stressed that the fundamental right to free expression of opinion grew specifically out of the special need to protect criticism of power, and continues to find its significance therein.[2] The Court has characterized freedom of assembly in Article 8 of the Basic Law in equally strong terms as an essential element of democratic openness. In the Court's view, the citizens' right to take part actively in the political process by exercising freedom of assembly is among the indispensable functional elements of a democratic community. In a democracy with a representative system of government and very limited influence of citizens during the period between the elections freedom of assembly plays a vital role in the stabilization of the representative democratic process by allowing dissatisfaction, discontent and criticism to be brought out openly and by operating as an important element in democracy's early-warning system that points to potential disruption.[3] In particular, the protection of freedom is not diminished by the fact that specifically in demonstrations the argumentational aspect which as a rule characterizes the exercise of freedom of opinion takes second place since the participants in a demonstration primarily express their opinion through their physical presence in community with others. According to the Court, the danger of such manifestations of opinion being demagogically misused and emotionalized in questionable fashion is no more decisive for the positive assessment of freedom of assembly than it is in the area of freedom of opinion and the press.[4]

At the European level, the European Court of Human Rights in Strasbourg has adopted a similar approach to the interpretation and application of the rights to freedom of expression and freedom of assembly contained in Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights. Indeed, freedom of expression is considered to be not only an indispensable means for the individual to express and develop his personality through communication with others but also as a defining feature and requirement of a democratic society. According to the European Court, freedom of expression 'constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment.'[5] The same characterisation would seem to apply to freedom of assembly as freedom for the collective manifestation of opinion.[6]

1. BVerfGE 7, 198 (208) – *Lüth case*.
2. BVerfGE 93, 266 (293) – *Tucholsky case*.
3. BVerfGE 69, 315 (347) – *Brokdorf case*.
4. BVerfGE 69, 315 (345).
5. *Handyside v. United Kingdom*, A 24, 7 December 1976, para. 49.
6. Although the European Court of Human Rights has not expressly addressed the issue, the (now defunct) European Commission has done so, see *Rassemblement jurassien and Unité jurassienne v. Switzerland*,

1. Some major issues in the protection of speech, press and assembly

1.1. Freedom of speech under the German basic law

1.1.1. Freedom of speech and of the press

However, the prominent position which freedom of speech enjoys in contemporary democracy in Europe does not give it absolute protection. According to Article 5 (2) of the German Basic Law, freedom of opinion, freedom of the press and freedom of broadcasting shall find their limits in the provisions of the general laws, in provisions for the protection of young persons, and in the right to personal honour.

The Federal Constitutional Court has interpreted the reference to "general laws" in the limitation clause of Article 5 (2) as meaning those laws that are not directed against a specific opinion but rather serve to safeguard individual or collective rights or interests which deserve protection regardless of the opinion in question.[7] As a matter of principle, government shall have no role in deciding as to what views shall be voiced in public debate based on their actual content. A law that restricts opinions is deemed impermissible "special legislation" (*Sonderrecht*) if it is not drafted in a sufficiently open manner and if it is from the outset only directed against certain convictions, attitudes or ideologies. The same applies to provisions for the protection of young persons and for the protection of personal honour pursuant to Article 5.2 alternatives 2 and 3 GG. Both criminal and civil law provisions which aim to protect the dignity and honor of others against defamation or libelous remarks qualify for classification of "general laws" within the meaning of Article 5 (2).

However, the Constitutional Court has accepted the need for certain exceptions to the ban on content-related special legislation contained in Article 5 (2).

With a view to the injustice and terror caused by the National Socialist rule, an exception to the ban on special legislation is inherent in Article 5 (1) and 5 (2) GG for provisions that set limits to the propagandistic approval of the historical National Socialist rule of arbitrary force. To a large extent the Basic Law can be regarded as a counter-concept to the totalitarianism of the National Socialist regime. The experience gained from the destruction of all achievements of civilisation by the National Socialist rule of arbitrary force has had a lasting and decisive effect on the entire post-war order and the integration of the Federal Republic of Germany into the international community. A provision in the German Penal Code which provides for the punishment of a person who, publicly or in an assembly, disturbs the public peace by approving, glorifying or justifying the National Socialist rule of violence and arbitrariness in a manner violating the dignity of the victims shall be punished with

Opinion of 10 October 1979, DR 17, 93, 105.
7. BVerfGE 7, 198 (209 f.); 28, 175 (185 f.).

imprisonment for up to three years or a fine has therefore been held to be compatible with Article 5 (1), (2) of the Basic Law.[8]

However, even if a law qualifies as general law within the meaning of Article 5 (2), this does not mean that it constitutes *per se* a valid justification for every sort of limitation of the right to freedom of expression. Rather the general laws must be interpreted in the light of the importance of that fundamental right in a democratic society and thus in turn be restricted themselves in their effect of limiting the fundamental right. The Federal Constitutional which is ultimately called upon to uphold the fundamental rights through the mechanism of the constitutional complaints procedure will check whether the ordinary courts have properly taken into account the specific value of freedom of expression for a free democracy in the application of the relevant criminal or private law provisions or whether they have misapprehended the fundamental importance of free speech in a democracy and inadmissibly restricted the scope of the right in an individual case.

In practice this means that the protection of free speech takes places through a balancing exercise in which the ordinary judge, subject to final control by the Constitutional Court, must in each case weigh the fundamental importance of free speech for public debate against the interests of the person allegedly injured by the utterance which are protected by the general law. An incorrect balancing exercise will infringe the fundamental right and justify a constitutional complaint to the Federal Constitutional Court. In the context of this balancing exercise, the central role of free speech in a functioning democracy must lead to a basic presumption in favour of freedom of opinion in all areas but particularly in public life.[9]

The outcome of this balancing exercise does not lend itself to easy generalizations because of its essential case-relatedness. However, a number of criteria have been developed in the case law of the Constitutional Court which can serve as guidelines for the balancing operation in individual cases. An important distinction applies to the means being used for the dissemination or defense of opinions or ideas. Article 5 (1) is designed to protect the freedom of intellectual debate. It is thus opposed to any forms of communication which aim to impose certain views or opinions by other means than argument or counterargument, namely by force, intimidation or threat. Thus the exercise of economic pressure that leads to severe drawbacks for those concerned and pursues the objective to curtail the free circulation of opinions and ideas infringes the equality of opportunities in the public discussion process and violates the right to freedom of speech as well as that to freedom of information of those who are on the receiving end of the views forcefully removed from the public debate.[10]

8. Federal Constitutional Court, Decision of 17/11/2009, 1BvR 2150/2008.
9. BVerfGE 7, 198 (208).
10. BVerfGE 25, 256 (265) – *Blinkfüer Case*.

Another important distinction is that between the assertion of facts and the statement of opinions or value judgments. Wrong information is not an object deserving of protection from the viewpoint of freedom of opinion since it cannot promote the constitutionally intended objective of proper formation of opinion. Where expression of opinion is linked to factual assertions, the protection merited can depend on the truth of the underlying factual assumptions. If these assumptions have been proven untrue, freedom of expression likewise will yield to protection of personal honour and dignity.[11] When the press makes use of its right to inform the public it is thus obliged to report truthfully. In particular, it must verify information and assertion which it passes on for their truth content.[12] On the other hand, the Court cautions against excessive requirements concerning the duty of truth which could have a crippling effect on freedom of debate, particularly in the media. Thus the media may not be subjected to disproportionate risk in the exercise of their tasks, especially that of providing a public check on the elected politicians.[13]

By contrast, in the case of value judgment or critical comments, it is in principle irrelevant whether the criticism is justified or the value judgment is "right". This approach leaves ample room for a critical debate on matters of general interest as well as for criticism of the conduct of prominent figures of public life, including politicians. The only limits to freedom of opinion are those resulting from the fundamental rights of others, in particular from the right to human dignity and the personality rights protected by Articles 1 and 2 of the Basic Law. Freedom of opinion must yield to the protection of the dignity and honour of another person where the criticism affects the essential human dignity of the criticised person. Free speech thus took second place in a case in which a prominent German politician was portrayed in a satirical magazine as an animal engaged in sexual activity with another animal wearing a judge's robe. The caricature clearly transgressed the limits of freedom of art protected by Article 5 (3) of the Basic Law as it was intended to devalue the person concerned as a person, to deprive him of his dignity as a human being.[14] This principle, stated in relation to artistic freedom, is valid for freedom of opinion as well, because human dignity, as the root of all the basic rights, is not capable of being weighed against any individual basic right. But as not merely the individual basic rights but also the basic rights as a whole are concrete manifestations of the principle of human dignity, it always needs careful reasoning if it is to be assumed that the use of a basic right affects inviolable human dignity.[15]

11. BverfGE 61, 1 (8); 85, 1 (17).
12. BVerfGE 12, 113 – *Schmidt-Spiegel Case*.
13. BVerfGE 54, 208 – *Böll case*.
14. BVerfGE 75, 369 (425) – *Strauß Caricature Case*.
15. BVerfGE 93, 266 (293).

Likewise, where disparaging statements are concerned which appear to be insult in the formal sense or abuse, freedom of opinion as a rule takes second place to protection of honour.[16] But because of its effect in suppressing freedom of opinion, the Federal Constitutional Court has defined narrowly the concept of abusive criticism developed in the specialist courts. According to this approach, an exaggerated or even rude criticism does not of itself turn a statement into abuse. Instead, the dominant feature about the statement must be defamation of the person rather than debate about the issue. The statement must go beyond even polemical and overstated criticism and have personal denigration as its primary object.[17]

Against the background of this jurisprudence, public figures in particular may be subjected to sharp, unsparing criticism, as long as it remains issue-related. The limits of legitimate public criticism are only transgressed if the attack degenerates into abusive or defamatory criticism, i.e. the intentional wounding of a person's honour. Such abusive criticism will only exceptionally be present in statements about a question materially affecting the public and will otherwise tend to remain confined to the so--called private feud. If a court qualifies a statement wrongly as defamation with the consequence that a balancing operation taking into account all the circumstances of the individual case does not take place, such omission will amount to a constitutionally relevant error and lead to the decision being quashed if it is based on the omission.

If the statement can be classified neither as an attack on human dignity nor as insult in the formal sense nor abuse then, for the purposes of the balancing exercise, it is a question of the seriousness of the interference with the legal interests affected. In particular it is relevant whether use is being made of the basic right of freedom of opinion in the context of a private dispute, for the pursuit of personal interests, or in connection with a question essentially affecting the public. If the statement in question represents a contribution to the formation of public opinion, then according to the consistent case law of the Federal Constitutional Court there is a presumption in favour of the freedom of speech. Departures from the presumption require justification which takes account of the constitutive importance of freedom of opinion for democracy in which the presumption is rooted.[18]

1.1.2. Freedom of assembly

The freedom of assembly in Article 8 of the Basic Law has been given a similarly broad interpretation by the German Constitutional Court. The wording of Article 8 (1) itself restricts the right of assembly to "peaceful" and "unarmed" demonstrations, thus clarifying in the Court's view the legal nature of the freedom as a means for intellectual debate and for influencing the process in which public opinion is

16. BverfGE 61, 1 (12).
17. BverfGE 82, 272 (283); 93, 266 (294).
18. BVerfGE 93, 266 (295).

formed. No longer peaceful is a demonstrator who commits violence against persons or things.[19] By contrast, the Court held that participants of a sit-down blockade of military installations do not fall outside the scope of the basic right just because they use elements of coercion in order to manifest their pacifist convictions. As long as participants confine themselves to passive resistance and remain peaceful, sit-down blockades can mainly be treated as peaceful assemblies within the meaning of Article 8 Basic Law, unlike assemblies which proceed with violence or are rebellious in nature.[20] However, this does not necessarily lead to the conclusion that sit-down blockades are lawful. It only means that they are subject to restrictions pursuant to a law referred to in paragraph 2 of Article 8 for outdoors assemblies. Within this power to regulate, the legislature may also order sanctions against deliberate traffic obstructions.[21]

While Article 8 (2) thus seemingly confers wide discretionary powers on the legislature in the regulation of outdoors assemblies, these powers must in the opinion of the Constitutional Court be interpreted in accordance with the purpose of the provision. The Constitution is thereby taking into account the fact that in view of the manifold contacts of open air demonstrations with the outside world, a particularly regulatory regime is needed, involving organizational and procedural regulation, in order to create the actual conditions for the exercise of the freedom of assembly and simultaneously to protect the conflicting interests of others.[22] Therefore the same principle which has already been explained in relation to freedom of speech also applies with regard to freedom of assembly: the legislature must duly take into account the significance of the freedom of assembly when using its regulatory powers under Article 8 (2) to restrict its exercise. The legislature may thus limit the exercise of the freedom of assembly only to the extent which is necessary to protect other rights and legal interests of equal value, in strict observance of the principle of proportionality.[23]

Similarly, when the courts and competent state authorities interpret and apply the statutes restricting the freedom of assembly in individual cases, they must conform to the same principles which govern the application of "general law" in cases concerning freedom of speech. In such a situation, they must always interpret the statute in the light of the fundamental importance of the fundamental right in a democratic society, confining themselves to what is necessary in order to protect the conflicting rights and interests. Thus the Constitutional Court has considered measures which impede access to a demonstration by blocking routes, engage in drawn-out identity checks prior to the event or alter its unregulated, State-free character through excessive observation and registration as incompatible with the constitutional requirements for

19. BVerfGE 69, 315 (360).
20. BVerfGE 92, 1.
21. BVerfGE 92, 1.
22. BVerfGE 69, 315 (348).
23. BVerfGE 69, 315 (348/349).

the effective protection of freedom of assembly.[24] The permitted degree of intervention also depends on the cooperation of the organizers of the assembly: the more the organizers are willing to take confidence-building measures or to adopt a cooperative attitude, the higher is the threshold for the authorities to intervene on grounds of danger to public safety.[25]

1.2. Protection of freedom of speech, press and assembly under the European Convention of Human Rights

1.2.1. Freedom of speech and the press

The rulings of the European Court of Human Rights on the freedom of speech, press and assembly under the European Convention of Human Rights (ECHR) a similar approach. In its case law the European Court of Human Rights has consistently stressed the importance of these rights as central pillars of a democratic society. The protection granted by Article 10 ECHR extends to any form of expression notwithstanding its content and the form of its dissemination.[26] It does not only cover ideas and information's which are favourably received or regarded as inoffensive by the majority, but also those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population.[27] The only content-based restriction applied by the former Commission of Human Rights has dealt with the dissemination of ideas promoting racism and the Nazi ideology, and inciting to hatred and racial discrimination. In these cases the Commission has repeatedly relied on Article 17 of the Convention and held that the freedom of expression may not be used in order to lead to the destruction of the rights and freedoms granted by the Convention.[28] In a similar vein, the European Court of Human Rights has applied Article 17 from time to time in order to exclude anti-Semitic propaganda and attempts to rehabilitate the Nazi regime from the scope of protection of Article 10.[29]

This does not mean that other offensive material, e.g. obscene publications or speech inciting to violence, will as a rule enjoy the protection of Article 10. But it does mean that States which want to interfere with this speech will be compelled to justify the interference in accordance with the standards laid down in Article 10 (2). "Interferences" within the meaning of Article 10 (2) include censorship and other restricting measures prior to publication as well as all different kinds of post--publication measures, including criminal prosecutions, civil actions and tort claims brought for defamation, libel or breach of confidentiality.

24. BVerfGE 69, 315 (349).
25. BVerfGE 69, 315 (357).
26. Including disruptive forms of communication like horn blowing as a means to disturb a fox hunt, see *Hashman and Harrup v United Kingom*, 25/11/1999, Reports 1999-VIII.
27. *Handyside v. United Kingdom*, A 24, 7/12/1976, para. 48.
28. Apps. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands*, 11/10/1980, (1980) 18 DR 187; App. 12194/86, *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, 12/05/1988, (1988) 56 DR 205.
29. App. 35222/04, *Ivanov*; App. 65831/01, *Garaudy*,

Article 10 (2) establishes stringent standards for the justification of such measures. States have to show that the interference is "prescribed by law" and that it is "necessary in a democratic society" to protect one or several of the interests or rights referred to in Article 10 (2), namely national security, territorial integrity, public safety, prevention of disorder or crime, protection of health or morals, protection of the reputation or rights of others, the prevention of the disclosure of confidential information, or the maintenance of the authority and impartiality of the judiciary. Within this framework, the European Court examines in each case the type of expression (political, commercial, artistic etc.), the means by which the expression is disseminated (personal conversation or letter, press, television etc.), and its audience (adults, children, the public at large, special groups etc.) in order to determine the extent to which a particular form of expression should be protected.

Particularly strong protection is given to the circulation of ideas and informations which contribute to a free public debate on matters of general interest, which is at the core of the concept of a democratic society to which Article 10 makes explicit reference. This has led the Court to expressly recognise a "watchdog" role of the press and to develop an extensive body of principles and rules designed to allow the press to effectively discharge this function. While the press must not overstep the boundaries established in Article 10 (2), inter alia, for the protection of the rights of others, in the Court's view it has the task of imparting information and ideas on political issues just as on those in other areas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. The press affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion on the ideas and attitudes of political leaders but it also plays a vital role when other matters of public concern are at stake.

National legislation which blurs the distinction between facts and value judgments and requires the truth proof also with regard to the latter in defamation or libel proceedings makes it excessively hard for the press to effectively discharge its role as watchdog and is therefore per se incompatible with Article 10. In respect of the underlying facts on which the opinion is based the requirement to prove the truth is in principle admissible; but even here the press must be allowed to invoke the defence of good faith so as to allow it some "breathing space for error". Where a journalist or a publication has a legitimate purpose, the matter is of public concern, and reasonable efforts have been made to verify the facts, the journalist or editor shall not be liable for defamation even if the respective facts are proven untrue.[30]

Another consequence of the vital role of the press in a vibrant democratic society is the protection of journalistic sources under Article 10 as one of the basic conditions of press freedom. According to the Court, without such protection sources may be

30. *Dalban v. Romania*, Judgment of 28/09/1999, Reports 1999-VI.

deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result, the vital public watchdog role of the press could be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information be adversely affected.[31]

The protection of the reputation and rights of others is by far the legitimate aim most frequently invoked by national authorities for restricting freedom of expression. In numerous cases it has been invoked to protect politicians and civil servants against criticism. The European Court of Human Rights has developed a large body of jurisprudence on the proper balance between the reputation of others and the freedom of expression, and in particular of the press. The media's privileged place derives from the Court's view of the central role of political expression in a democratic society, both with respect to the electoral process and to daily matters of public interest. With regard to the type of speech used, the Court has accepted severe and harsh criticism as well as coloured expressions, as the latter have the advantage of drawing attention to the issues under debate.

According to this jurisprudence, the limits of acceptable criticism are particularly wide with regard to the government. In a democratic society the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the press and public opinion. The dominant position which the government occupies make it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly when other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries in the media.[32]

Politicians must also display wider tolerance of media criticism than private individuals. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed by both journalists and the public at large, and must consequently show a greater degree of tolerance in dealing with the public scrutiny and criticism.[33]

These criteria for the balancing of freedom of expression with the reputation or rights of others also apply to the criticism of public servants or any other form of public criticism intended to bring about a discussion of other matters of general concern. The Court has expressly refused to distinguish between political discussion and debate on other matters of public concern. The sentencing of a journalist who had reported on police brutality for defamation was therefore found to be incompatible with Article 10, as was a court order directed to a journalist to pay civil damages for having stated that all members of the Water and Forestry Commission except one were corrupt. While the Court accepted that civil servants should not be treated on an equal footing with politicians when it comes to criticism of their conduct, it

31. *Goodwin v. United Kingdom*, Judgment of 27/03/1996, Reports 1996-II.
32. *Castells v. Spain*, A 236, 23/04/1992.
33. *Lingens v. Austria*, A 103, 8/07/1986; App. 37698/97, *Lopes Gomes daSilva v. Portugal*, Judgment of 28/09/2000.

held that the limits of acceptable criticism are still wider than in the case of private citizens and that the sentences were contrary to Article 10 since they were capable of discouraging open discussion on matters of public concern.[34]

On the other hand, the European Court of Human Rights draws a more rigid distinction than some national courts, and in particular the German Constitutional Court between the different functions or roles of a public figure which is subjected to public scrutiny or debate. His public role does not automatically justify a close scrutiny by the media or the public of his private life, at least of those of its aspects which are unrelated to his public functions. If the individual concerned is nevertheless subjected to such intrusive scrutiny, then the protection of his privacy (guaranteed by Article 8 of the Convention) ought normally to prevail over press freedom.[35]

1.2.2. Freedom of assembly

In comparison to freedom of speech and freedom of the press the freedom of assembly guaranteed in Article 11 of the European Convention has received little attention in the Court's jurisprudence. This is not surprising as this right is closely associated with Article 9 (freedom of religion) and Article 10 and will frequently need to be considered in the light of the rights guaranteed in those Articles. Like Article 8 of the German Basic Law, Article 11 of the European Convention limits its protection to *peaceful* assemblies, a requirement which has been confirmed in the recent case law of the Court.[36] However, a demonstration does not lose its peaceful character just because it violates existing legal rules, e.g. those concerning traffic regulation or the use of public buildings.[37] By contrast, if the organizers of the demonstration are bent on imposing their views on the authorities or the public by using physical violence, they cannot avail themselves of the protection of Article 11.[38]

The European Court of Human Rights has emphasized that the freedom of peaceful assembly cannot be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere. Such a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11 which sometimes require positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals. This might require an active intervention of the competent authorities in order to secure conditions permitting the exercise of the right, e.g. by providing the necessary traffic regulation or protecting the demonstration against disruptions or disturbances by violent counter-demonstrations.[39]

34. *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, A 239, 25/06/1992; App. 38432/97, *Thoma v. Luxembourg*, Judgment of 29/03/2001.
35. *Von Hannover v. Germany*, Judgment of 24/06/2004, Reports 2004-XI.
36. Apps. 29221/95 and 29225/95, *Stankov*.
37. App. 51346/99, *Cisse*.
38. App. 8440/78, *Christians against Racism and Fascism*.
39. *Plattform ‚Ärzte für das Leben' v. Austria*, Judgment of 21/06/2988, Series A, No. 139. In the case at hand, the Court concluded that the Austrian authorities had not failed in their duty to take positive measures to permit the exercise of the right.

This jurisprudence is reminiscent of the statement of the German Constitutional Court in the *Brokdorf* decision, that the exercise of freedom of assembly in the open air, due to its manifold contacts with the outside world, needs a particularly regulatory regime comprising organizational as well as procedural rules which create the actual conditions for the exercise of the right,[40] although the German Court did not expressly refer to the concept of positive obligations in this context.

2. Final remarks

The protection of freedom of speech, the press and assembly displays a number of similar features at the national and the European level. It seems therefore possible to speak of a European model of freedom of expression in a functioning democracy. This model stresses the fundamental importance of free speech both as an instrument of the individual to express himself and communicate in a meaningful way with others and as an indispensable precondition for the "clash of opinions and views" which forms the basis of a democratic society. Both the German and the European Court adopt a broad approach in defining the scope of application of the relevant constitutional guarantees so as not to exclude *a priori* any type or form of speech from their protection. The only major exception to this rule are opinions promoting racism or the rehabilitation of the Nazi ideology, which according to both Courts do not constitute constitutionally protected free speech. Although this restrictive attitude raises some difficult issues with regard to the limits of free speech and the treatment of minority views, it is essentially a sensitive response to the still vivid memories of the havoc wrought by racist and Nazi ideologies in Europe's recent past. By contrast, the limits regarding public criticism on matters of general interest are drawn fairly widely both under the German Law and the European Convention. This protection is not limited to political speech in the narrow sense; it also covers open discussion on other matters of public concern. Both Courts take into account the vital importance of free speech in a functioning democracy when examining the proportionality of State interference with the right. It leads the German Constitutional Court to a basic presumption in favour of free speech in all areas but particularly in public life; it makes the European Court particularly wary of all practices which are capable of stifling dissent and discussion on matters of public concern. Both Courts accept that there are limits to free speech resulting from the honour and reputation of others. But these limits are narrowly defined, by way of reference to the concept of human dignity in the German case (a concept which is not acknowledged as such by the Convention) and by distinguishing more carefully between the public and the private aspects of a public figure's life in the case of the European Human Rights Court.

40. See note 22 above.

19

El derecho al sufragio: aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Wendy González Araya*

Introducción: relación entre el derecho al sufragio y el diseño del sistema electoral. 1. El derecho al sufragio en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. 1.1. Derecho al sufragio activo. 1.2. Derecho al sufragio pasivo. 2. El derecho al sufragio en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. 3. Consideraciones finales: divergencias y semejanzas sobre el derecho al sufragio en el TEDH y la CorteIDH. 3.1. Aspectos formales. 3.2. Aspectos sustanciales.

Introducción: relación entre el derecho al sufragio y el diseño del sistema electoral

El objetivo de este trabajo es realizar un estudio comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), sobre el contenido del derecho al sufragio en casos difíciles en los que el juez debe ponderar entre el ejercicio del derecho y la posibilidad-*necesidad* de reglamentación por parte del Estado. El análisis inicia con un recuento de las sentencias emblemáticas del TEDH en materia de derechos políticos, especialmente del derecho al sufragio (capítulo 1). El siguiente aparte se ocupa del estudio de las sentencias dictadas por la CorteIDH sobre el tema (capítulo 2). Por último, se identifican diferencias y semejanzas en el alcance del derecho (capítulo 3).

Como premisa inicial es importante tener claro que las normas electorales deben satisfacer fines plurales y contrapuestos en una sociedad: facilitar la representación popular, favorecer la gobernabilidad y la estabilidad del gobierno, y permitir una adecuada y equilibrada representación. Por ello, es inevitable

* Letrada del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica. Licenciada en Derecho en la Universidad de Costa Rica. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas en la Universidad Pompeu Fabra. Máster en Abogacía en el IDEC-Universidad Pompeu Fabra. Candidata en el Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Becaria de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

admitir la presencia de un margen de libertad estatal en la elección de esos fines y de los medios para su consecución.[1] Ambos tribunales coinciden en que el Estado puede ponderar diversos fines y medios en el diseño del sistema electoral, siempre que sean legítimos y se encuentren justificados en una sociedad democrática. El derecho al sufragio es el medio y fin de todo sistema electoral, de manera que la selección de un modelo implicará la regulación del ejercicio de este derecho.

Con fundamento en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[2] (CEDH), el TEDH admite la imposición de "**limitaciones implícitas**" al derecho al sufragio.[3] La jurisprudencia reconoce la posibilidad de cada Estado de incorporar su propia visión de democracia en el diseño del sistema electoral[4] e imponer límites al sufragio, de manera que en algún ordenamiento podría ser aceptable lo que en otro podría no serlo.[5] Este espacio de maniobra está limitado por el **consenso europeo** – criterio que pretende una mínima uniformidad entre los Estados del Consejo de Europa – y por las reglas desarrolladas en la jurisprudencia.[6] En apego a éstas, la reglamentación no debe afectar la esencia del derecho, debe respetar los demás derechos amparados en el CEDH, debe ser prevista en una ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con el **test de proporcionalidad**, de manera que los medios no sean arbitrarios, ni imprevisibles y no afecten la *"libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo Legislativo"*.

La Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) admite expresamente, en el párrafo 2 del art. 23, la posibilidad-**necesidad** de regulación de los derechos políticos. La CorteIDH sujeta la aplicación de las restricciones al cumplimiento del **test de razonabilidad**,[7] exigiendo que la medida se ajuste a las reglas de legalidad, necesidad y proporcionalidad y garantice el **contenido esencial del derecho**.[8]

1. El derecho al sufragio en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

El Preámbulo del CEDH consagra el principio democrático y el respecto a los derechos humanos como ejes centrales del sistema y mecanismos esenciales para alcanzar la justicia y la paz en el mundo. El CEDH en su versión original no hace referencia expresa a los derechos políticos. Esta particularidad obedece a que en la

1. García Roca, Javier "Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos", en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (ed.) en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos.* Segunda Edición. Madrid. 2009. P. 913.
2. Aprobado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4/11/1950. http://www.echr.coe.int.
3. TEDH, Sentencia 6/04/2000, Labita c. Italia.
4. TEDH, Sentencia 15/06/2006, Lykourezos c. Grecia.
5. TEDH, Sentencia 15/06/2006, Lykourezos c. Grecia
6. TEDH, Sentencia de 2/03/1987, Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica y Sentencia 19/10/2004, Melnitchenko c. Ucrania.
7. CorteIDH, Caso Herrera Ulloa, sentencia de 2/07/2004, *"La Colegiación Obligatoria de los periodistas"* y Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/1985.
8. CorteIDH, Caso Yatama *vs.* Nicaragua.

época de su elaboración, gran parte de los Estados europeos carecían de una sólida y continuada experiencia en el Estado constitucional y de concientización de la cláusula democrática como una realidad indiscutida.[9] Es con la aprobación del Protocolo número 1 (P1),[10] dos años después del Convenio, que se reconoce en el art. 3 el derecho a las elecciones con una regulación muy abierta e indeterminada.

La amplitud en la regulación del derecho trajo como consecuencia la proactividad del juez internacional. Goméz[11] identifica tres grandes áreas en el desarrollo jurisprudencial de los derechos políticos: (1) derecho de asociación y partidos políticos; (2) derecho a elecciones – contiene derecho al sufragio activo y pasivo –; (3) libertad de expresión. A continuación se expondrá los aspectos centrales de la teoría de los derechos políticos desarrollados por la jurisprudencia, siguiendo estas tres áreas.

El derecho a la **asociación política** contempla el derecho a agruparse en partidos políticos, crearlos, afiliarse y pertenecer a estos y desarrollar una actividad política en su seno. Este derecho fue desarrollado como parte del derecho de asociación genérico, no se dedujo un derecho de asociación particular del derecho a las elecciones. Como especie del derecho de asociación presupone obligaciones positivas y negativas del poder public.[12] **Negativas**, en tanto las autoridades públicas deben **abstenerse** de adoptar medidas arbitrarias que puedan obstaculizar el derecho.[13] Y, **positivas** porque exige la actuación del Estado, para garantizar y proteger el ejercicio real y efectivo, incluso frente a interferencias provenientes de los particulares.[14]

Como parte del entramado de los derechos políticos, la jurisprudencia aborda la relación de necesidad entre partidos políticos y el funcionamiento del régimen democrático.[15] Reconoce a los primeros como pieza esencial para articular el principio de pluralismo y controlar el poder public.[16] Además coloca a la libertad de expresión como presupuesto básico de una sociedad plural y un régimen democrático,[17] la cual debe garantizarse a la organización política y a los individuos que la integran.

9. Juan Fernando Durán Alba. "La restricción de los derechos políticos de los extranjeros según el artículo 16 CEDH", en Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.) en *La Europa de los Derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2.ed, Madrid 2009, p. 788.
10. Aprobado por el Consejo de Europa, en París, el 20/03/1952. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun.
11. Gómez Fernández, Itzíar. "Participación Política: La aproximación del TEDH", en Revenga Sánchez, Miguel y Viana Garcés, Andrée (eds.) *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia 2008, pp. 271 y ss.
12. TEDH, Sentencia de 20/10/2005, Ouranio Toxo y otros c. Grecia.
13. Sobre la intervención del poder público, para restringir la participación de un individuo a una reunión pública (sentencia de 26/04/1991, Ezelin c. Francia) o para disolver un partido político (sentencia de 13/02/2003, Refah Partisi Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía).
14. TEDH, Sentencia de 21/06/1988, Plataforma "Ärzte für das Leben" c. Austria y sentencia de 26 marzo 1985, X e Y c. los Países Bajos.
15. TEDH, Sentencia de 17/06/2004, Zdanoka c. Letonia.
16. TEDH, Sentencia de 30/01/1998, Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía; TEDH, Sentencia del 9/04/2002 Y.K y A, Partido del Trabajo (HEP) c. Turquía y TEDH, Sentencia de 30/06/2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España.
17. TEDH, Sentencia de 31/05/2005, Emek Partisi y Senol c. Turquía. El Tribunal considera que los partidos políticos podrán defender sus ideas, opiniones y programas, siempre que excluyan el recurso a la violencia

Inicialmente el TEDH reprodujo el carácter institucional de la literalidad del derecho a las elecciones libres del art. 3 del P1, circunscribiéndolo a la obligación de los Estados de diseñar un sistema electoral que garantizará elecciones libres y periódicas. Posteriormente, en el *Caso Mathieu-Mohin & Clerfayt c. Bélgica* trasciende la idea de "derecho institucional" y afirma que la norma tutela el derecho subjetivo al "sufragio universal", integrado por el derecho de voto y el derecho de presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento.[18] Dispuso que, como regla general, el derecho al sufragio universal está implícitamente reconocido en cualquier elección democrática y es condición necesaria del concepto de elecciones libres.[19]

A partir de este precedente existe una tendencia a extender el alcance de la protección del derecho al sufragio. Así, dispone que la tutela de este derecho no se limita a garantizar que los ciudadanos acudan a las urnas a votar o que pueden inscribir su candidatura, es necesaria la justicia y la claridad en los procedimientos y las reglas electorales,[20] la garantía de la judicialización del sufragio y la subsiguiente revisión de la validez de las actas electorales.[21] De manera que el Estado está obligado a **vigilar la regularidad del proceso electoral** y el funcionamiento transparente, imparcial e independiente de las autoridades electorales.[22]

La jurisprudencia enfatiza la vinculación entre los derechos políticos y el resto de derechos fundamentales. En el Caso *Grosaru* vs. *Rumania* asocia los derechos políticos con el derecho a la tutela judicial efectiva y establece la necesidad de extraer su tutela del control de los órganos políticos y someterla a la tutela judicial.[23] En el Caso *Bowman* vs. *el Reino Unido* analiza la relación de necesidad entre los derechos políticos y la libertad de expresión. En este caso declara legítimo el fin perseguido por la norma que impone límites legales a los gastos electorales, durante el período electoral, porque garantiza la independencia de los candidatos, la igualdad de la campaña y la no distorsión del debate public.[24] Sobre el mismo punto, en el Caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti* vs. *Noruega*, establece la conformidad convencional de la prohibición de propaganda política de los partidos en televisión, durante períodos electorales, pese a que en el caso concreto la medida es declarada desproporcional por tratarse de un partido pequeño que carecía de otros medios para conectar con

y cumplan con dos condiciones: 1) *que los medios utilizados sean legales y democráticos;* 2) *que el cambio propuesto sea compatible con los principios democráticos fundamentales.*

18. TEDH, Sentencia del 2/03/1987, Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica.
19. El TEDH en la sentencia de 18/01/1978, Irlanda c. el Reino Unido, extendió el concepto de *"Altas Partes Contratantes"* del Convenio reconociendo que las normas también contenían derechos subjetivos.
20. Caso I. Z. c. Grecia, núm. 18997/91, decisión de la Comisión de 28/02/1994, y TEDH, Sentencia 4/5/1999, Babenko c. Ucrania.
21. TEDH, Sentencia de 7/2/2008, Caso Kovach c. Ucrania.
22. TEDH, Sentencia del 8/07/2006, Partido Laborista de Georgia c. Georgia, TEDH, Sentencia de 7/02/2008, Kovach c. Ucrania y TEDH, Sentencia del 8/04/2010, Namat Aliyev c. Azerbaiyán.
23. TEDH, Sentencia de 2/03/2010. Grosaru c. Rumania.
24. TEDH, Sentencia de 19/02/1998, Bowman c. el Reino Unido.

la opinión pública.[25] Recientemente, ha enfatizado la universalización del derecho al sufragio al disponer que existe un control intenso del margen de apreciación del Estado para restringir el derecho de grupos sociales vulnerables, como las personas con "discapacidad mental".[26]

La jurisprudencia excluye del objeto de protección el sufragio en procesos consultivos o de *referendum*. En la sentencia de 7/09/1999, en el Caso *Hilbe* vs. *Liechtensteins,* con motivo de la interpretación del Principado en el Espacio Económico Europeo, afirmó que las obligaciones del art. 3 se limitan a las elecciones parlamentarias y no se aplican a los referéndums, porque la norma únicamente hace referencia a las elecciones del **cuerpo legislativo**.[27]

En contraposición con el carácter restrictivo de la interpretación mencionada y en una resolución criticada por la doctrina,[28] en el Caso *Matthews* vs. *Reino Unido*, sentencia del 18/02/1999, considera que las exigencias del artículo 3 deben ser proyectadas también a las elecciones del Parlamento Europeo, con lo cual extiende el alcance de la protección del derecho al sufragio a una institución supranacional. En la argumentación sostiene que los Estados no dejan de estar sujetos al CEDH, pese a los cambios estructurales operados por acuerdos mutuos, aún y cuando los actos de la "Comunidad Europea" no pueden ser atacados como tales ante el TEDH, porque en sí misma no es Parte Contratante del CEDH, la responsabilidad de hacer valer los derechos contenidos en el Convenio corresponde a los Estados parte. En consecuencia, declara al Reino Unido responsable por la imposibilidad de ejercicio del sufragio, en las elecciones del Parlamento Europeo, de una ciudadana inglesa de Gibraltar. Dispone que los órganos comunitarios, entre los cuales se encuentra el Parlamento Europeo, deben respetar estándares democráticos mínimos.

En la misma línea declara aplicables las garantías del sufragio a las elecciones bicamerales y a las asambleas legislativas infraestatales. En el Caso *Mathieu Mohin & Clerfayt* vs. *Bélgica*, sentencia de 2/03/1987, aplica el criterio *favor libertatis* para afirmar que la referencia del artículo a "las elecciones del cuerpo legislativo" no involucra sólo el Parlamento Nacional, pues "es algo que debe ser interpretado a la luz de la estructura constitucional del Estado". En ese mismo asunto, aclara que la tutela del derecho al sufragio no abarca la exigencia de *igual peso o valor del voto* en el resultado de la elección. Es decir, no contempla las exigencias derivadas de una

25. TEDH, Sentencia de 11/12/2008, Caso TV Vest As & Rogoland Pensionistparti c. Noruega.
26. TEDH, Sentencia de 20/08/2010, Alajos Kiss c. Hungaria.
27. La Comisión rechazó este derecho en 1959 respecto de un alemán que no pudo ejercer su voto en un referéndum en Sarre y, en 1975 rehusó la reclamación de un británico respecto del referéndum de adhesión a las Comunidades Europeas. García Roca, Javier. *La Europa de los Derechos Convenio Europeo de Derechos Humanos. Op. cit*. p. 906.
28. Esta conclusión ha sido fuertemente criticada. Véase, por ejemplo, Martín-REtortillo Baquer, Lorenzo, "Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Pascua Mateo, Fabio en *Estado Democrático y Elecciones Libres:* Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral. Pamplona 2010. pp. 17-113.

justa representación y que no se deduce del principio de igualdad de los ciudadanos la regla según la cual "todos los votos deban necesariamente tener igual peso en el resultado de la elección o que todos los candidatos deban tener iguales oportunidades de victoria".

La jurisprudencia es menos clara, en la tutela del derecho al sufragio en las elecciones locales. En el Caso *Ahmed & otros* vs. *Reino Unido*, de 2/09/1998, examina las incompatibilidades legales de la participación de funcionarios públicos locales en la actividad política y decide que las restricciones responden a una finalidad legítima – asegurar la imparcialidad política de los funcionarios – y que no existe vulneración del derecho al sufragio porque los funcionarios tienen la opción de renunciar al cargo y participar políticamente. No obstante aclara que el criterio esgrimido no supone la toma de posición acerca de si las elecciones locales están cubiertas por el Convenio.

1.1. Derecho al sufragio activo

Para perfilar el contenido del derecho al sufragio activo se toma como base dos casos polémicos: la condición de residencia como presupuesto para el ejercicio del derecho y el ejercicio del derecho de las personas privadas de libertad. Ambos sintetizan la posición del tribunal europeo sobre el alcance del sufragio activo.

La condición de residencia no constituye, en principio, una restricción arbitraria al ejercicio del Derecho,[29] pues la jurisprudencia considera que se encuentra justificada. El Caso *Py* vs. *Francia*, sentencia de 11/01/2005, se refiere a un funcionario francés, residente en Nueva Caledonia, que no pudo votar en las elecciones a la asamblea provincial de ésta última porque no figuró en el censo electoral, por no cumplir el requisito de residencia mínima de diez años. El TEDH determina que la exclusión del censo obedece a un fin legítimo: exigir un mínimo de residencia que garantice que el resultado de las consultas exprese la voluntad de las poblaciones **interesadas** y que no sea alterado por el voto masivo de las poblaciones recién llegadas, que no conocen las necesidades de las comunidad y que no tienen vínculos sólidos con el territorio. Además considera que el plazo de los diez años es proporcional, de acuerdo con la **historia política** de Nueva Caledonia, que en ese momento se encontraba en fase transitoria a la plena soberanía.[30]

Del razonamiento de la sentencia es posible extraer, como regla general, que el requisito de residencia es condición válida para el ejercicio del derecho al voto, siempre que persiga una finalidad legítima y el plazo sea proporcional. Este último requisito es de amplia valoración pues se encuentra sujeto a la realidad política del Estado, con fundamento en el artículo 56 punto 3 del CEDH que permite la limitación del derecho

29. Ver, para el Tribunal, Hilbe contra Liechtenstein y, para la antigua Comisión, Polacco y Garofalo contra Italia, núm. 23450/1994, Decisión de la Comisión de 15/09/1997.
30. Se trata de un "sistema inacabado y transitorio", al igual que el examinado por el Tribunal en el asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt previamente citado.

por **necesidades locales**. En consecuencia, se establece un **control débil** del margen de apreciación del Estado para la condición de residencia pero el juez mantiene la última palabra con la valoración de las "necesidades locales".

Posteriormente, en la sentencia del 8/07/2010, en el Caso *Sitaropoulos & Giskoumopoulos* vs. *Grecia*, con dos opiniones disidentes, estima vulnerado el derecho al voto de dos ciudadanos griegos residentes en Estrasburgo, funcionarios en el Consejo de Europa, porque no se les permitió participar en las elecciones legislativas griegas, desde su lugar de residencia en Francia, por falta de regulación legal del voto en el extranjero, pese a que existe previsión constitucional. Se fundamenta en las normas del Consejo de Europa que obligan a los Estados a adoptar medidas apropiadas para facilitar el ejercicio del voto en el extranjero y en el estudio de la legislación interna de treinta y tres Estados del Consejo de Europa, según el cual la mayoría de países autoriza y aplica el voto en el extranjero. Con esta base declara que existe un **margen de apreciación mínimo** del Estado helénico sobre la regulación del voto en el extranjero y, en consecuencia, un **control judicial intenso**.

Desaplica los precedentes jurisprudenciales[31] sobre las condiciones para el ejercicio del sufragio activo, para evitar contradicciones distingue el objeto de análisis y señala que en este asunto no se trata de la valoración del derecho al sufragio sino de las **modalidades para su ejercicio**. Se enfoca en determinar si la falta de reglamentación del voto en el extranjero, ha permitido "*la libre expresión de la opinión del pueblo*" o si, por el contrario, vulnera "*la propia esencia del derecho de voto*". Resuelve que la pasividad del Estado y la evolución del derecho interno de los Estados contratantes provoca un trato injusto de los griegos expatriados, que sirve de base para declarar la vulneración del derecho. Asimismo aclara que el "*papel del Tribunal no es indicar a las autoridades internas en qué momento y de qué forma deberían aplicar el contenido de la disposición constitucional en cuestión, sino únicamente velar por que ésta no caiga en desuso*".

La línea argumentativa lleva a pensar que el derecho de voto en el extranjero es parte del contenido del derecho al sufragio. Sin embargo, al final de la motivación señala que no se debe interpretar que el art. 3 del CEDH imponga una obligación positiva a las autoridades internas de garantizar el derecho de sufragio de los electores en el exterior.

La sentencia evidencia el rol político y uniformador del juez europeo de protección de derechos humanos, que pretende incidir en la política interna del Estado griego, para lograr la armonización del voto en el extranjero en los Estados del Consejo de

31. El TEDH declaró no aplicables los precedentes sobre: la sujeción del derecho de sufragio respeto de una residencia mínima durante un cierto período (Hilbe contra Liechtenstein), la privación del derecho de voto en virtud de una Ley que prohíbe su ejercicio a los reclusos condenados (Sentencia Hirst contra Reino Unido), ni la decisión X. y asociación Y. contra Italia (núm. 8987/1980, 6/05/1981) en la que la Comisión concluyó que la obligación de ejercer el derecho de voto en el territorio nacional no constituía una violación del art. 3 del P1.

Europa. Con la llamada de atención al Parlamento Griego emula el papel del juez constitucional frente a una inconstitucionalidad por omisión, pues centra el análisis en el incumplimiento del legislador de un mandato constitucional para hacer efectivo el sufragio en el extranjero, más que en el examen del contenido del derecho fundamental.

Las imprecisiones de esta sentencia son puestas de manifiesto en las Opiniones Disidentes. La Jueza Vajić sostiene que el requisito de residencia es una condición aceptada por la jurisprudencia europea, porque persigue una finalidad legítima: (1) a un ciudadano no residente le afectan de forma menos directa o continuada los problemas cotidianos de su país y los conoce menos bien; (2) pueda ser difícil, para los candidatos al Parlamento, exponer las distintas opciones electorales a los ciudadanos residentes en el extranjero, los cuales no han participado en la selección de los candidatos y en la formulación de sus programas electorales; (3) es un deseo legítimo del legislador limitar la influencia de los ciudadanos que residen en el extranjero en elecciones sobre cuestiones que afectan a los residentes.

Las Opiniones Disidentes estiman que la previsión legal del sufragio en el extranjero, es una cuestión librada a la valoración del Parlamento griego, el cual deberá lograr un equilibrio político en su regulación, tomando en cuenta que se trata de una población con gran tradición migratoria. En consecuencia, se inclinan por mantener la línea jurisprudencial y reconocer un amplio **margen de apreciación** estatal para reglamentar el derecho.

Otro tema polémico en la jurisprudencia europea es el derecho al sufragio de las personas privadas de libertad. En el Caso *Hirst* vs. *Reino Unido***,** del 30/03/2004, Hirts reclama que se encuentran imposibilitado, en forma permanente, para ejercer el derecho al sufragio, pues una vez cumplida la condena penal impuesta deberá permanecer en la cárcel por peligrosidad de por vida y existe prohibición general del ejercicio del sufragio de los reos.

El TEDH sostiene que la privación del voto de los reos no es una medida arbitraria[32] y admite que la línea jurisprudencial ha sido reconocer un amplio margen de apreciación al Estado, pero acepta que el caso es oportuno para retomar el tema y realizar un análisis de legitimidad del fin perseguido y proporcionalidad de la medida.

El gobierno del Reino Unido justificó la restricción absoluta del derecho de voto en los fines de prevención general y especial de la pena: (1) prevenir el delito y castigar a los delincuentes; (2) intensificar la responsabilidad cívica y el respeto por la norma de Derecho.

En el análisis del caso el juez pone en práctica el diálogo entre Cortes y se basa en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, en el Caso Sauvé contra el Fiscal General (núm. 2), del 31/10/2002. En ese precedente se declara inconstitucional un

32. TEDH, Sentencia del 28/01/2003, M. D. U. c. Italia.

precepto de la ley electoral que restringía el derecho al sufragio de los privados de libertad con una pena mayor de dos años. Esa sentencia sirve de fundamento para concluir que la medida de privación del sufragio no cumple un fin legítimo, pues no se encuentra acreditado que logre la prevención general. Por el contrario, el castigo a todos los reclusos, independientemente del delito o de las circunstancias individuales, fundamentado por la condición de reclusión desconoce el vínculo racional entre el castigo y el delincuente y obstaculiza el fin de rehabilitación, porque se aisla de la participación ciudadana. Agrega que la medida es irrazonable pues lleva al extremo de que un recluso condenado a semanas de privación de libertad por una infracción menor pierda el derecho al voto si se encuentra preso el día de las elecciones. Mientras que una persona condenada a varios años por un delito grave puede, por casualidad, no coincidir con ninguna elección y ejercer su derecho. Señala que no existe justificación posible para mantener la restricción después del cumplimiento de la condena, aún y cuando la persona continúe privado de libertad.

Reconoce que es labor del Legislativo regular el ejercicio del derecho al sufragio de los privados de libertad y determinar si la restricción deber ser proporcional a delitos concretos o a delitos de especial gravedad o si debe dejarse a la apreciación del tribunal sentenciador. No obstante, aclara que el reconocimiento de este margen de discrecionalidad no justifica la imposición de una prohibición absoluta y automática del derecho, porque más que una privación generalizada del derecho debe hablarse de suspensión en casos excepcionales. Rechaza que la medida pueda estar justificada en la *"adhesión a una tradición histórica pasiva e incuestionada",* como lo alega el Reino Unido.

Es un caso emblemático por la trascendencia de la decisión y porque pese a aceptar la falta de **consenso europeo** en el tema, lo que podría llevar a aceptar un amplio **margen de apreciación** de los Estados, el TEDH sujeta la restricción del derecho a un control intenso.

La decisión fue apelada por el Reino Unido ante la Gran Sala cuestionando la motivación en una sentencia extranjera cuyo ordenamiento jurídico y principios son diferentes, además alegó que es una medida aprobada por el Parlamento y que no existe consenso europeo en el ejercicio del voto de los privados de libertad. La Gran Sala, en sentencia del 6/10/2005, con cinco votos disidentes, rechaza la gestión del Gobierno y reafirma que no existe lugar en el Convenio para restricciones automáticas del derecho al voto. El Juez Caflisch, en su Opinión Concordante, enlista una serie de parámetros a cumplir en la reglamentación del derecho: (a) las medidas deben ser previstas por ley; (b) la ley no puede ser general dirigida a todos los privados de libertad, debe aludir a delitos graves; (c) la pena accesoria de privación del derecho corresponde al Juez y no al Ejecutivo y; (d) en los Estados Contratantes en los que la pena incluye una parte punitiva (represión y disuasión) y un periodo de prisión

basado en el riesgo, la privación del derecho de voto – de elegir y ser elegido – debe limitarse a la primera.

Llama la atención la posición conservadora, de las Opiniones Concordantes de los Jueces Tulkens y Zagrebelsky, quienes consideran que la mayoría se extralimitó en el análisis. Estiman que era innecesario realizar un juicio de proporcionalidad de la medida para declarar la vulneración, pues la sola privación automática del derecho al voto era motivo suficiente. Advierten que el análisis de proporcionalidad llevó al Tribunal a evaluar no solo la legislación y sus consecuencias, sino también los debates del Parlamento, con lo que incursionó en un terreno delicado y resbaladizo librado a la discrecionalidad de los Estados.

El debate en el Reino Unido se intensificó con el Caso *Greens & M.T.* vs. *Reino Unido*, del 23/11/2010. Greens y M.T. dos ciudadanos británicos alegaron violación del art. 3 porque se les negó la inscripción en el registro electoral para las elecciones nacionales y del Parlamento Europeo, por su condición de privados de libertad. En su petición de inclusión en el registro electoral ante el *Electoral Registration Officer* ("ERO"), invocaron el cumplimiento de la sentencia del Caso *Hirst c. Reino Unido*, pero el precedente no fue atendido. El TEDH declara que se trata de una nueva violación del art. 3, sino de la persistencia de una situación de vulneración por falta de cumplimiento de la sentencia en el caso Hirst c. Reino Unido. Impone al Estado la obligación de presentar, dentro de los seis meses a partir de la firmeza de la sentencia, las propuestas legislativas para modificar ley que establece la restricción. Esta decisión provocó gran efervescencia en el Parlamento Inglés, al punto que la mayoría votó a favor de mantener la prohibición general a los privados de libertad y no atender la decisión del TEDH. El tema continúa en discusión del Parlamento.

Recientemente, se reiteró el criterio sobre el derecho al sufragio de los privados de libertad en el Caso *Scoppola* vs. *Italia*, sentencia del 18/01/2011.

1.2. Derecho al sufragio pasivo

La jurisprudencia reconoce un amplio margen de los Estados para fijar condiciones al ejercicio del sufragio pasivo. El derecho puede ser restringido por causas de incompatibilidad o ilegibilidad de los parlamentarios[33] y de los funcionarios públicos.[34] Se admite el establecimiento de requisitos de elegibilidad para el cargo, como la exigencia del conocimiento de la lengua[35] y el cumplimiento de un plazo de residencia,[36] siempre que cumplan con el juicio de proporcionalidad.[37] Además existe espacio en el Convenio para la suspensión temporal del sufragio pasivo.[38]

33. TEDH, Sentencia de 1/07/1997, Gitonas y otros c. Grecia.
34. TEDH, Sentencia de 2/09/1998, Ahmed y otros c. Reino Unido.
35. TEDH, Sentencia de 9/04/2002, Podzolnia c. Letonia.
36. TEDH, Sentencia de 19/10/2004, Melnychenko c. Ucrania.
37. TEDH, Sentencia de 14/12/2004, Krasnov y Skuratov c. Rusia.
38. TEDH, Sentencia de 6/04/2000, Labita c. Italia.

En el Caso *Gitonas & otros* vs. *Grecia,* de 1/07/1997, considera legítima la obligación de los funcionarios públicos de renunciar al cargo, si desean presentar su candidatura en alguna circunscripción donde han realizado funciones, porque se encuentra fundamentada en ideales valiosos de la democracia: la neutralidad política del servicio público, la igualdad de armas entre los candidatos de la elección, la independencia del Parlamento y el principio de separación de poderes. Este criterio es confirmado en el Caso *Ahmed & otros* vs. *Reino Unido,* de 2/09/1998, aunque no en forma pacífica, la Opinión Disidente concluye que el sacrificio del derecho al sufragio pasivo es desproporcionado con el fin, pues *"los servidores públicos no pueden ser miembros silentes de la sociedad, pues como regla general todos (…) deben estar autorizados a participar en las discusiones públicas de los asuntos públicos".*

En el Caso *Podkolzina* vs. *Letonia,* de 9/04/2002, declara válida la condición de elegibilidad de comprender y hablar la lengua letona, al considerarla justificada en la necesidad de asegurar un buen funcionamiento del Parlamento, porque es la única lengua de trabajo parlamentario y porque garantiza la efectiva representación de los electores. Concluye que el fin perseguido es legítimo, con base en el principio de respecto de las particularidades nacionales, históricas y políticas del Estado. Empero la aplicación de la medida es declarada desproporcional porque no siguió un procedimiento justo y objetivo de verificación de cumplimiento del requisito.

El Caso *As. Melnychenko* vs. *Ucrania***,** sentencia del 19/10/2004, es el primer precedente sobre la condición de residencia como requisito de elegibilidad del candidato. La línea jurisprudencial es clara al establecer que este requisito no es, *per se,* irrazonable o arbitrario, porque persigue fines legítimos. Persigue, como en el sufragio activo, que el candidato se encuentre informado y sea directamente afectado por los problemas cotidianos del país. En la vertiente pasiva del derecho la necesidad de inserción en la vida política es mayor, porque se pretende fungir como representante de las necesidades del pueblo. El plazo de cinco años de residencia continua es declarado razonable como requisito para la postulación de la candidatura al Parlamento. No obstante, la falta de claridad entre los conceptos de "residencia habitual" y "residencia legal" en el ordenamiento interno y la necesidad del demandante de establecerse en otro Estado para proteger su vida e integridad física provocan que la exigencia del requisito sea desproporcionada.

En el Caso *Sukhovestkyy* vs. *Rusia,* de 28/06/2006, admite como requisito para el sufragio pasivo el depósito de una cantidad de dinero para la inscripción de candidatos independientes, porque la medida promueve una actitud responsable del candidato y la disuasión de candidaturas de poca entidad – candidatos poco serios o sin representatividad –. Aclara que la cantidad del depósito es proporcional si se ajusta al nivel medio de ingresos.

En el Caso *Russian Conservative Party of Entrepreneurs* vs. *Rusia,* de 11/01/ 2007, considera justificada la obligación del candidato a las elecciones del parlamento nacional de hacer pública su situación financiera sobre bienes, ganancias y fuentes de ingresos, porque tiene la finalidad de que los votantes puedan hacer una elección informada y promueve la justicia de las elecciones. Declara legítimas las disposiciones legales sobre el sistema de representación proporcional que refuerzan el vínculo entre los candidatos mejor situados y la lista entera del partido, porque promueve la integridad de los bloques o uniones electorales. En consecuencia, admite la descalificación de toda la lista en caso de retiro de uno de los tres primeros candidatos, así como la descalificación de candidatos o uniones electorales si se descubre alguna discrepancia sustancial en la información que han presentado.

Llama la atención el criterio sobre si la vulneración del sufragio pasivo implica una vulneración del sufragio activo de los potenciales seguidores, el demandante alegó la vulneración de ambos derechos, en tanto la descalificación de la lista privó a los electores de una opción política. Sin embargo, el TEDH considera que una presunta intención del voto frustrada, no puede ser motivo de una reclamación, por la dificultad de establecer pruebas suficientes para demostrar la intención del voto, pues es un pensamiento confinado al fuero interno de la persona, y porque la preferencia del voto es dinámica, se encuentra influenciada por acontecimientos políticos y por la campaña electoral.

La amplitud del margen de apreciación en el sufragio pasivo es puesto a prueba en el Caso *Zdanoka* vs. *Letonia,* de 16/03/2006. La candidatura del demandante fue excluida de las elecciones del Parlamento, en aplicación de una ley transitoria que permitía excluir de las listas a los antiguos líderes del Partido Comunista, que habían participado activamente en las revueltas tras la independencia soviética. El TEDH declara que la norma es legítima porque tiene por finalidad la protección de los procesos democráticos frente a personas ligadas a actuaciones violentas, cumple con el requisito de temporalidad, es clara y precisa pues singulariza las personas excluidas. Es además proporcional para garantizar la estabilidad democrática en un país con circunstancias histórico-políticas excepcionales.

En el Caso *Adamsons* vs. *Letonia***,** en la sentencia del 24/06/2008, el TEDH afirma que las medidas restrictivas del sufragio pasivo fundadas en particularidades histórico-políticas no son a plazo indefinido. En general este tipo de medidas deben cumplir requisitos: (1) estar previstas en una ley; (2) no servir al propósito del castigo o venganza; (3) la ley debe ser precisa en la individualización de la responsabilidad y contener las debidas garantías procesales; y (4) las medidas restrictivas deben ser temporales y deben responder a una necesidad objetiva de restricción, la cual deberá disminuir con el paso del tiempo. Con base en estos lineamientos declara ilegítima la ley que restringe los derechos políticos de *todos* los funcionarios de los órganos

de seguridad pública, de inteligencia o espionaje, porque considera que la condición política de Letonia ya no es un argumento válido para privar del sufragio a personas, por la sospecha de que la condición de funcionario público durante el régimen soviético podría afectar el régimen democrático.

En similar sentido el Caso *Paksas* vs. *Lituania***,** sentencia del 6/01/2011, examina la restricción del demandante a presentarse como candidato al cargo de Presidente de la República, por haber sido sancionado con la destitución del mismo cargo en juicio político, por violación grave al juramento constitucional. El demandante alega que en ley posterior a los hechos se estableció como causa de inelegibilidad para el cargo el haber sido destituido en un juicio político. Argumentó que esa restricción le impone una inhabilitación de por vida para postularse en las elecciones. El gobierno contra-argumentó que permitir la participación política del demandante burlaría la sanción impuesta por el Parlamento.

El TEDH, en una interpretación restrictiva, determina no tener competencia para conocer sobre la inhabilitación del demandante para el cargo de Presidente de la República, porque el artículo 3 solo se aplica a las elecciones de la **legislatura**, aunque se pronuncia sobre la presunta "**inhabilitación de por vida**" que podría afectar la postulación como candidato al Parlamento. Concluye que la restricción es desproporcionada, por el carácter indefinido e irreversible de la inhabilitación y porque las circunstancias del caso evidencian la intención de impedir la participación del demandante, al promulgarse una ley posterior a los hechos claramente dirigida a evitar su candidatura.

En el Caso *Yumak & Sadak* vs. *Turquía***,** de 8/07/2008, el TEDH analiza el diseño de las fórmulas electorales como presupuesto para la efectividad del derecho al sufragio pasivo, en tanto considera que la representación política se encuentra en función de la fórmula de distribución de escaños que se aplique. Admite que no existe consenso europeo en el tema de las barreras y declara que la cláusula de barrera legal del 10% a nivel nacional, que impedía la representación política en la Asamblea turca de minorías regionales – minorías kurdas con representatividad por encima del 40% – es excesiva, aunque declara que no vulnera la esencia del derecho porque el diseño electoral permite que la barrera sea burlada con la presentación de candidaturas independientes y coaliciones partidarias.

La jurisprudencia europea extiende la garantía del derecho sufragio pasivo a la preservación del cargo. En Caso *Grande Oriente d'Italia* vs. *Italia,* sentencia de 2/08/2001, declara ilegítima la exclusión del cargo por pertenecer a grupos que podían atentar contra la preservación de la seguridad nacional y la defensa del orden público. Y en el Caso *Selim, Sadak & otros* vs. *Turquía,* sentencia de 11/06/2002, declara ilegítimo el retiro del cargo de un parlamentario por la disolución del partido por el que resultó electo.

2. El derecho al sufragio en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Carta de la OEA[39] consagra el principio de **democracia representativa**[40] como propósito de los Estados Americanos y condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,[41] declarada fuente de obligaciones internacionales según pronunciamiento de la CorteIDH,[42] regula en el artículo XX el derecho de participación política de toda persona legalmente capacitada – directamente o por medio de representantes – y el derecho al sufragio activo, en elecciones populares, genuinas, periódicas y libres. Mención especial merece la Carta Democrática Interamericana[43] que vincula, en forma innovadora, las ideas democráticas con el desarrollo integral y la lucha contra la pobreza,[44] proclamando la interdependencia entre democracia y desarrollo económico y social.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José[45] que constituye el catálogo de derechos fundamentales exigibles a los Estados, contiene una amplia lista de derechos de carácter político[46] y garantías de ejercicio del derecho más avanzadas que las europeas.[47] El art. 23 reconoce los derechos políticos como **oportunidades** para resaltar el rol activo del Estado. No basta la sola declaración del derecho y la no intromisión de las autoridades públicas en la esfera del ciudadano, el

39. Aprobada en 1948 y reformada en 1970. En la reforma se consolidó la competencia de la Comisión de Derechos Humanos como uno de los órganos principales de la OEA, lo cual tuvo un fuerte impacto en la tutela de los derechos humanos.
40. La Comisión ha sostenido que el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de soberanía popular, los representantes son elegidos por los ciudadanos para aplicar medidas políticas determinadas, lo cual a su vez implica que haya libertad de expresión, libertad de asociación y derecho de reunión. Informe Anual de la CIDH, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, del 3/03/2007, § 207 y ss., p. 1351. Disponible en http://www.cidh.org/annual rep/2006sp/indice2006.htm.
41. Aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.
42. De conformidad con los art. 1, 2 b) y 20 del Estatuto de la Comisión, constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA, a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14/07/1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dentro del marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
43. Aprobada en la Primera Sesión Plenaria, celebrada el 11/09/2001.
44. Díaz Barrado, Cástor Miguel y Cano Linares, María de los Ángeles. "América y el principio de la democracia: La Carta Democrática Interamericana". *Revista de Estudios Jurídicos nº 10/2010.* (Segunda Época), 2010, Universidad de Jaén (España) (http://revistaselectronicas.ujaen.es).
45. Adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, el 21/11/1969.
46. Pese a que es cierto que existe una enorme asimetría entre lo avanzado de sus disposiciones y la realidad de los Estados americanos, lo que siembra dudas sobre la aplicabilidad de todas sus normas. Buergenthal, Thomas y otros. *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas,* Instituto Americano de Derechos Humanos. Madrid 1990. p. 42.
47. Véase, por ejemplo, art. 4, 5, 17.5 y 23 de la Convención Americana.

Estado tiene la obligación de crear espacios que permitan la **oportunidad** de ejercitar el Derecho.[48]

La CorteIDH define el ejercicio de los derechos políticos como un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental de las sociedades democráticas para garantizar los demás derechos previstos en la Convención.[49] El conjunto de las libertades de expresión, reunión y asociación es el que hace posible el juego democrático,[50] sin la primera los agentes políticos no podrían desarrollarse plenamente,[51] el pluralismo y la tolerancia se quebrantan, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se tornan inoperantes y se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.[52]

La jurisprudencia americana sobre el derecho al sufragio es escasa, únicamente se ha pronunciado en cinco ocasiones, dos de las cuales ha sido como tema adicional. En los tres casos restantes analiza el sufragio pasivo vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva. No existe pronunciamiento sobre restricciones del sufragio activo, pese al variopinto escenario normativo americano. De ahí que la jurisprudencia europea podría servir de guía y de referente de diálogo en futuros asuntos.

En el Caso *Yatama* vs. *Nicaragua***,** sentencia del 23/06/2005, el Consejo Supremo Electoral no permitió a la agrupación política Yatama, representativa de grupos indígenas de la Zona Atlántica, participar en las elecciones municipales de noviembre de 2002, porque no cumplió con el requisito del 3% de las firmas para la inscripción de las candidaturas, ni con el requisito de presentación de candidaturas en el 80% de los municipios. La exclusión del proceso se dio sin otorgar un plazo de corrección de defectos, por lo que la decisión fue impugnada. La Sala Constitucional rechazó el amparo con fundamento en la irrecurribilidad de las decisiones del Consejo Supremo Electoral en esa vía.

La CorteIDH se fundamenta en criterios del TEDH para afirmar que la previsión y aplicación de requisitos para ejercer los derechos políticos no constituye, *per se*, una restricción indebida, siempre que el modelo elegido haga efectiva la participación de todos los grupos sociales, especialmente los históricamente discriminados. Sin embargo, constata que en presente caso no se cumple con el requisito de inclusión de sectores vulnerables, porque el diseño del sistema impide la participación política efectiva de la agrupación indígena demandante. Además advierte vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos políticos, porque la decisión de exclusión no

48. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/08/2002 y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/2003.
49. CorteIDH, Caso Chitay Nech y otros *vs*. Guatemala, sentencia del 25/05/2010.
50. La Expresión "Leyes" en el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9/05/1986.
51. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85.
52. CorteIDH, Caso Herrera Ulloa, sentencia de 2/07/2004.

respetó garantías mínimas y generó indefensión, porque no está fundamentada y no existe un recurso interno efectivo, sencillo y rápido que permita la revisión. Declara además que se vulnera el principio de igualdad porque no se garantizó el sufragio pasivo de los candidatos propuestos por Yatama.

Se trata de un caso de especial trascendencia porque sienta el principio de respeto y protección de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, en la elección de sus candidatos. Además abre la puerta a las candidaturas independientes, al afirmar que no existe disposición que imponga la obligación de postularse como candidato a través de un partido político y que la existencia de otras formas de postulación no se encuentra excluida. Por el contrario, están justificadas si son pertinentes y necesarias para fortalecer o asegurar la participación política de grupos específicos.

En el Caso *Castañeda* vs. *México,* sentencia del 6/08/2008, la CorteIDH examina la convencionalidad del modelo de postulación de candidaturas en el sistema electoral mexicano. En primer término aclara que se trata de situaciones distintas. El contexto político, social y cultural nicaragüense provoca que el modelo de monopolio partidario de candidaturas resulte insuficiente para garantizar la representación de grupos indígenas como Yatama. Mientras en la realidad mexicana la selección del modelo está justificada y no obstaculiza la participación política del demandante. El demandante tiene una amplia gama de opciones en el sistema mexicano para hacer efectivo el derecho de participación política: (i) afiliarse a un partido político para postularse como candidato; (ii) los partidos políticos pueden postular candidatos que no sean parte de la agrupación (candidatura externa); y (iii) si no tiene afinidad con ninguna propuesta partidaria puede constituir un partido político, pues existe gran amplitud en las reglas de formación.

El modelo de monopolio de candidaturas mexicano cumple el examen de convencionalidad, consta en una ley formal y material, el fin perseguido es legítimo – la organización eficaz de los procesos electorales – y responde a la necesidad social de consolidación del sistema de partidos, reconocida de interés público según las particularidades de la sociedad mexicana: (1) historia política desarrollada alrededor de un partido hegemónico; (2) necesidad de organización de la representación política en una sociedad de setenta y cinco millones de electores; y (3) necesidad de transparentar el sistema de financiamiento predominantemente público.

En cuanto a la idoneidad de la medida admite que ninguno de los dos modelos, en sí mismo, resulta más restrictivo que el otro.

La CorteIDH declara vulnerado el sufragio pasivo no por el diseño del sistema electoral sino por falta de garantías de protección judicial del derecho, porque no existe vía para cuestionar la constitucionalidad de normas electorales por parte de los particulares. No está previsto el recurso de amparo en materia electoral y el juicio para la protección de los derechos político-electorales exige, como requisito de admisibilidad, que el accionante haya sido propuesto como candidato por un partido

político, lo cual coloca al demandante en estado de indefensión, ya que a falta de la condición de candidato – motivo de su reclamo – no podía impugnar la decisión que rechazó la inscripción de su candidatura.

El Caso *López Mendoza* vs. *Venezuela***,** sentencia del 1/09/2011, el Contralor General de República sancionó a Leopoldo López con la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, por incurrir en faltas administrativas contra la Hacienda Pública. La CorteIDH declara que la sanción administrativa no es causa justificada de restricción del derecho al sufragio pasivo, porque no cumple los elementos previstos en el párrafo 2 del art. 23, no es impuesta por **juez competente**, no se dicta en el marco de un **proceso penal** y no constituye una **condena**. El razonamiento permite deducir que la lista del párrafo 2 es *numerus clausus*, pese a que no se aclara la naturaleza de la lista en la fundamentación de la sentencia.

La CorteIDH señala que los procedimientos administrativos seguidos contra el demandante vulneraron el derecho de defensa e incumplieron la garantía de tutela judicial del sufragio pasivo, lo que provocó la aplicación automática de la sanción. Considera, además, que no existe en el ordenamiento jurídico un recurso efectivo para proteger el derecho a ser elegido y salvaguardar las exigencias mínimas del deber de motivación de las decisiones en los procedimientos administrativos. Con fundamento en la jurisprudencia europea admite que las normas pueden contemplar un ámbito de discrecionalidad, lo que no es incompatible con el grado de previsibilidad que deben cumplir, siempre que pueda ser ejercido con claridad y supere el **test de previsibilidad de la norma**.[53] En este caso la norma no supera el test porque la falta de determinación de un plazo para la imposición de la sanción afecta el principio de seguridad jurídica y provoca que sea arbitraria.

La CorteIDH ordena que los órganos competentes y particularmente el Consejo Nacional Electoral aseguren que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza. Además anula las resoluciones dictadas por el Contralor General que inhabilitaron al demandante. Aprovecha la oportunidad para entablar diálogo con el tribunal constitucional interno y hace un llamado para que, al igual que sus homólogos americanos, aplique el control de convencionalidad de las interpretaciones judiciales y administrativas. No obstante, en sentencia del 17/10/2011, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la sentencia de la CorteIDH "inejecutable" y afirmó que los derechos políticos de López Mendoza se encuentran garantizados porque la inhabilitación es de carácter administrativa. Esta decisión continúa vulnerando el derecho al sufragio pasivo del

53. La norma debe ser: 1) adecuadamente accesible, 2) suficientemente precisa, y 3) previsible. Este último implica el cumplimiento del "test de previsibilidad", el cual contempla tres criterios para determinar si una norma es suficientemente previsible: 1) el contexto de la norma bajo análisis, 2) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y 3) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma.

demandante porque aunque permite la postulación de la candidatura podría afectar el ejercicio del cargo.

Existen dos pronunciamientos más en los que se abordan los derechos políticos, aunque no como eje central. En el Caso *Chitay Nech* vs. *Guatemala*, sentencia del 25/05/2010, se analiza el derecho a ejercer el mandato representativo. La Corte IDH declara que el Estado incumplió el deber de respeto y garantía de los derechos políticos de Florencio Chitay Nech, porque su desaparición forzada le impidió cumplir el mandato y participar en el proceso de formación de líderes comunitarios. Estima que la violación del derecho al sufragio pasivo a título individual afecta el derecho de representación política de la comunidad.

En el Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay,* sentencia del 31/08/2004, se analiza el alcance de la libertad de expresión en época electoral. Canese fue querellado por difundir información en dos diarios paraguayos sobre uno de los candidatos adversarios en la contienda electoral. La CorteIDH estima que la condena restringe la libertad de pensamiento en forma indebida y desproporcionada, porque no existe un interés social que justifique la sanción penal. Por el contrario, declara que las declaraciones se encuentran dentro del ejercicio de la libertad de expresión y son oportunas en el marco de la contienda electoral, porque fomentaron el intercambio de información con los electores y brindaron elementos para la toma de decisiones en la elección del Presidente de la República. La fundamentación de la sentencia otorga relevancia al contexto político y a la trascendencia de la libertad de expresión en el marco del proceso de democratización en el Paraguay.

3. Consideraciones finales: Divergencias y semejanzas sobre el derecho al sufragio en el TEDH y la CorteIDH

Las diferencias en las necesidades de consolidación del régimen democrático en los Estados americanos y europeos se reflejan en la diversidad de casos planteados en ambos tribunales. Como común denominador llama la atención lo tardío del pronunciamiento sobre los derechos políticos. En la jurisprudencia del TEDH destaca el número de asuntos ventilados en nuevos Estados que recientemente se incorporan en el sistema democrático, lo que no excluye el cuestionamiento de asuntos en Estados con democracias consolidadas, como el caso de Reino Unido.

3.1. Aspectos formales

Como aspecto en común ambos tribunales superan la función de operador del derecho, no se circunscriben a la interpretación de la norma convencional, sino que analizan el caso concreto en el contexto político, social y cultural del Estado demandado.

En cuanto al procedimiento es indiscutible el avance europeo, reflejado en la claridad de las resoluciones y en el amplio número de asuntos conocidos. Contrapuesto

al reducido número de casos americanos y a la complejidad de las resoluciones, las cuales invierten gran parte de la fundamentación en dilucidar temas procesales, como evidencia del tortuoso camino hacia la justicia internacional americana de los derechos humanos. Lo cierto es que la redacción de las resoluciones europeas permite que el mensaje sea de fácil difusión a un gran número de destinatarios, cumpliendo con la finalidad de universalización de los derechos. Mientras que la extensión y la complejidad de las resoluciones americanas provocan que el análisis de sus razonamientos se encuentre reservado a un exclusivo grupo de especialistas.

Otro aspecto procedimental que incide directamente en la tutela del derecho es el alcance de la competencia del tribunal para disponer la restitución del derecho y la adopción de medidas correctivas. En este punto la ventaja del marco normativo americano es indiscutible frente a las reducidas posibilidades del TEDH, en el que las medidas restitutorias se limitan a declarar la vulneración del derecho y ordenar una indemnización. En cambio la CorteIDH tiene la posibilidad de imponer a los Estados condenados la adopción de medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivo el goce de los derechos conculcados. Lo anterior, sin excluir la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias y simbólicas y ordenar medidas de compensación hacia la víctima y sus familiares, tales como el sometimiento a tratamiento psicológico y la asistencia estatal.

Paradójicamente, la gran cantidad de asuntos resueltos por el TEDH disponen únicamente la sanción de indemnización, sin mayor trascendencia en el orden interno. Por suerte esta falencia parece superada en el caso Hirst c. Reino Unido, en donde se concede seis meses al Estado para la adopción de las medidas legislativas necesarias que garanticen el sufragio de los privados de libertad.

Ahora bien, independientemente de la previsión normativa de medidas restitutorias y correctivas, la ejecución de las sentencias es clave para el avance de los derechos fundamentales. En el marco europeo la verificación del cumplimiento de las sentencias se limita al rendimiento de informes ante el Comité de Ministros del Consejo Europeo, lo que conlleva la desjudicialización del proceso y el olvido de la víctima. La insuficiencia de este modelo motivó la aprobación del el Protocolo núm. 14, que otorga la posibilidad de remitir el asunto nuevamente ante el TEDH frente al incumplimiento de la sentencia definitiva.

En el caso americano la CorteIDH es la encargada de brindar seguimiento al cumplimiento de sus disposiciones, a través del dictado de resoluciones de supervisión. Este mecanismo mantiene el carácter judicial del proceso y garantiza la posición de la víctima, pues se fijan audiencias para verificar las acciones adoptadas por el Estado condenado, en las que se convoca a todas las partes.

En ambos sistemas la etapa de ejecución de la sentencia es crítica pues subyace el peligro de que estos tribunales sean homologados a cualquier tribunal internacional,

cuya sentencia internacional es jurídicamente obligatoria pero nunca es ejecutiva.[54] Esta debilidad queda plasmada en la oposición del Parlamento del Reino Unido en atender la obligación de modificación del régimen interno y en el caso López Mendoza con la desafortunada declaración de "inejecutable" de la sentencia de la CorteIDH por parte de la Sala Constitucional.

Algunas de las preguntas que deben plantearse son: ¿Cuál es la incidencia práctica de la sentencia definitiva en los ordenamientos internos? ¿Qué pasa si no se cumple la sentencia? Estos son sin duda los cuestionamientos ocultos en todo sistema de justicia internacional, de los que no escapa la justicia internacional de los derechos humanos. La respuesta dependerá del compromiso de los Estados con el respeto a los derechos humanos, pese a que existan *"medidas que pretenden la ejecución forzosa",* como la suspensión del derecho de representación del Estado en el Consejo de Europa o en la Organización de Estados Americanos. Lo cierto es que este tipo de soluciones plantea problemas prácticos y de proporcionalidad de la sanción, y obedecen a criterios políticos de oportunidad y conveniencia de los Estados.

En Europa, pese a la integración europea, es un tema complejo por la desconexión entre el Comité de Ministros, en su condición de órgano político europeo, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En América parece ser un problema sin solución a mediano plazo, dado el prematuro estadio de integración americana y lo frágil que continúa siendo el sistema democrático en muchos Estados.

3.2. Aspectos sustanciales

El desarrollo de la jurisprudencia americana y europea apunta en el mismo sentido: el fortalecimiento del régimen democrático. La CADH parte de un concepto amplio del derecho de participación política, que engloba el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo en todas las elecciones, incluso en procesos consultivos. La posición europea es más reservada y restringe la tutela de estos derechos a las *"elecciones del cuerpo legislativo"*, pese a que, en los últimos años, la jurisprudencia ha venido ampliando el ámbito de aplicación. Ambos sistemas aceptan la necesidad de someter a condiciones el ejercicio del derecho al sufragio.

En cuanto al **derecho al sufragio activo** el TEDH parte de un control intenso del margen de apreciación estatal[55] en la regulación de las condiciones del ejercicio del derecho. Los precedentes en su mayoría han sido resueltos en el análisis de proporcionalidad de la medida, lo que supone que se trata de medidas legítimas estatales, cuyo fin se encuentra justificado. El margen de apreciación

54. Carlos Ruiz Miguel. *La Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, 1977. p. 28.

55. Los parámetros de valoración del control del margen de apreciación "intenso y débil" son los utilizados por, Javier García Roca en "Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos". *Op. cit*. p. 913.

se encuentra en relación inversa con la existencia de consenso europeo. Es decir, a mayor consenso europeo sobre la regulación del derecho, menor margen de apreciación tienen los Estados y mayor control del juez internacional. Esta regla tiene su excepción en el Caso Hirts, donde el TEDH reconoce la falta de consenso europeo en el ejercicio del derecho al voto de los privados de libertad pero impone un control intenso del margen de apreciación del Estado, incluso se pronuncia sobre las discusiones parlamentarias e impone la necesidad de modificación de la normativa interna.

La CorteIDH no se ha pronunciado directamente sobre el alcance del sufragio activo, pese a que existe discusión en el continente sobre temas polémicos como el voto de los privados de libertad y el voto de los residentes en el extranjero. Sin embargo es necesario reconocer la interpretación extensiva que hace al considerar vulnerado el derecho al sufragio activo de grupos indígenas cuando se ha imposibilitado a sus representantes postularse como candidatos a cargos públicos.

En el **derecho al sufragio pasivo** la jurisprudencia europea admite un amplio margen de apreciación de los Estados en el establecimiento de condiciones al ejercicio del derecho. El control de las restricciones estatales sede ante *"limitaciones implícitas del derecho"* fundadas en razones culturales, sociales y políticas. En el caso americano, pese a que el margen de apreciación no es una técnica aplicada por la jurisprudencia, la CorteIDH se basa en el criterio europeo para reconocer un amplio margen de discrecionalidad en el diseño del sistema electoral y el establecimiento de condiciones.

En ambos tribunales la valoración de las condiciones para el ejercicio del sufragio pasivo no se limita a un análisis de legitimidad, proporcionalidad o razonabilidad de la medida en forma aislada. El juez examina el sistema electoral en su conjunto para determinar si se cumple con el ejercicio efectivo del derecho. Así en el Caso *Yumak & Sudak vs. Turquía* la barrera electoral del diez por ciento es declarada excesiva pero no vulnera el derecho al sufragio pasivo porque el sistema permite que sea burlada. En sentido similar, en el caso Castañeda el monopolio partidario en la postulación de las candidaturas no vulnera el derecho al sufragio porque existen otras formas que hacen posible la participación del demandado. Mientras que en el sistema electoral nicaragüense el monopolio de las candidaturas en manos de partidos políticos sí vulnera el derecho al sufragio de la población indígena Yatama porque impide su participación política.

La línea jurisprudencial en ambos tribunales se puede resumir en el siguiente cuadro:

Derechos		Margen de apreciación de EE	Consenso Europeo	Control TEDH	Ámbito de discrecionalidad de EA	Control CorteIDH
Sufragio activo	Voto de residentes en el extranjero	Bajo	Fuerte	Intenso	S/P	S/P
	Voto de privados de libertad	Bajo	Bajo	Intenso	S/P	S/P
Sufragio pasivo		Alto	Bajo	Débil	Limitado a la letra de la CADH	Débil
Protección del derecho al sufragio de pueblos indígenas		S/P	S/P	S/P	Bajo	Intenso
Protección judicial del derecho al sufragio		S/P	S/P	S/P	Bajo	Intenso

Fuente propia. EE: Estados Europeos; EA: Estados Americanos; S/P: sin pronunciamiento.

El análisis comparativo de la jurisprudencia de ambos tribunales resalta la falta de la construcción de una teoría de los derechos políticos en la jurisprudencia americana, pues es necesario recurrir a la valoración casuística de las medidas estatales para tratar de delimitar el contenido del derecho. Esto se dificulta por los pocos asuntos sobre el tema y porque los casos existentes – en su mayoría – han sido resueltos por vulneración de otros derechos que instrumentalizan el derecho al sufragio, sin entrar a delimitar el alcance del derecho en la CADH.

El pronunciamiento sobre el contenido del derecho al sufragio brindaría pautas a los Estados sobre las posibilidades de reglamentación y permitiría al juez internacional de los derechos humanos asumir un rol protagónico en la formación de un **consenso americano** en la tutela del derecho.

20

El control judicial interno de convencionalidad*

Sergio García Ramírez**

Introducción. 1. El control interno de convencionalidad: perfil y características. 2. La Corte Interamericana: circunstancia y actualidad. 3. Integración y fuerza del Derecho internacional (interamericano) de los derechos humanos. 4. La responsabilidad unitaria del Estado. 5. Imputación al Estado. 6. El control de convencionalidad en la doctrina jurisprudencial de la CorteIDH. 7. Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (arts. 1 y 2 CADH). 8. Control interno de convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y de la "vocación" institucional de la CorteIDH. 9. Control interno de convencionalidad y debido proceso. El juez natural. 10. Métodos para el control interno: concentrado y difuso. 11. Posición de la Suprema Corte de Justicia de México.

Introducción

Entre los temas sobresalientes por su actualidad y trascendencia, que guardan relación con el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano nacional e internacional, figura el denominado "control de convencionalidad", de carácter judicial, al que en este trabajo me referiré, más precisamente, como "control interno de convencionalidad".

El control de convencionalidad en su doble dimensión: externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de largo y sólido desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde que me ocupé específicamente de este asunto, en votos particulares a los que adelante aludiré. Hoy es tema de consideración destacada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación – precisamente a propósito de la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco* –, como primera y trascendental etapa en la tarea de conferir orden y rumbo a estas cuestiones en el ámbito

* Publicado originalmente en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). *El control difuso de convencionalidad*. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012, pp. 211-243.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ex juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

del Derecho interno. No es conveniente que algunos progresos del sistema jurídico nacional se hallen desprovistos de cauce legal, como ha ocurrido en otras materias: jurisdicción para menores en conflicto con la ley penal y jurisdicción para la ejecución de penas, por ejemplo.

Por el interés que suscita el control de convencionalidad, proyectado sobre nuevos rumbos del orden jurídico mexicano, me ha parecido conveniente incluir este capítulo en la nueva edición de *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. No pretendo hacer ahora un examen detallado del control interno de convencionalidad, sino ofrecer un panorama sintético a la luz de sus fundamentos en el Derecho interamericano de los derechos humanos y de los elementos que lo han caracterizado en la jurisprudencia de aquella Corte, fuente para la consideración inicial por parte de la Suprema Corte de Justicia de México.

Para los fines del presente comentario, citaré con alguna extensión – y para ello solicito la indulgencia del lector: no es mi costumbre incluir transcripciones amplias en el texto principal de mis artículos – algunos párrafos de mis votos particulares correspondientes a sentencias emitidas en la CorteIDH, que se hallan en el origen de la reflexión jurisprudencial internacional, como lo han manifestado, con objetividad que reconozco, varios tratadistas de la materia: Juan Carlos Hitters, Ernesto Rey Cantor, Néstor Sagües y Giuseppe Vergottini, entre los extranjeros, y algunos estudiosos mexicanos, como Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

También invocaré las referencias que hago en libros de los que soy coautor, recientemente publicados bajo el doble signo de la Editorial Porrúa y la UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas): así, *La reforma constitucional sobre derechos humanos* (2009-2011) (coautora: Julieta Morales Sánchez) y *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones* (coautor: Mauricio del Toro Huerta), ambos aparecidos en el segundo semestre de 2011. Y daré cuenta de las determinaciones centrales acogidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011, cuando sometió a examen diversas implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al *caso Radilla Pacheco*, y se hizo la publicación correspondiente en el *Diario Oficial de la Federación*.

Debo decir, por lo demás, que antes de ahora he abordado con algún detenimiento estas cuestiones en conferencias sustentadas en diversos foros jurídicos nacionales; por ejemplo, las XIII Jornadas de Actualización en Derecho Procesal, organizadas por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal "Dr. Cipriano Gómez Lara", el Instituto Mexicano de Derecho Procesal y el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (México, 24/06/2011), y el Seminario sobre las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos y Amparo, de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados (México, 7/10/2011).

1. El control de convencionalidad: perfil y características

Con el propósito de plantear adecuadamente – desde mi punto de vista – el desarrollo de esta materia, estimo conveniente apuntar desde ahora ciertos elementos que permiten la aproximación al control interno de convencionalidad, a sabiendas de que algunos pudieran quedar incluidos, con igual o mayor razón, en las conclusiones del trabajo. Valgan, pues, como hipótesis de partida y como adelanto de la tesis que resulta de mis reflexiones.

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas – bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos –, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control **propio**, **original** o **externo**.

Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales – o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos – para verificar la congruencia entre actos internos – así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera – con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente, el Derecho interamericano de esa materia).

De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional.

En principio – y en términos muy generales – el proceso **lógico** de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales – aunque en el presente estudio me ocuparé solamente de este supuesto –, sino puede y debe ser cumplido igualmente por cualquier persona, y ciertamente por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos. Esto último destaca en el art. 1º constitucional, conforme a las novedades incorporadas en ese texto en 2011.

Dicho esto, reiteraré que el campo de mis reflexiones se reducirá al control de convencionalidad que realizan los juzgadores (al que se refirieron, originalmente, mis votos particulares ante la Corte Interamericana, al que aludió la jurisprudencia posterior de ésta y sobre el que se manifestaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011), una función que ofrece

características muy cercanas a las que presenta el bien conocido control de constitucionalidad. El de convencionalidad posee, en el ámbito externo, un significado semejante al que caracteriza al de constitucionalidad en el interno.

En mi voto sobre el *caso Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú*. *Aguado Alfaro y otros* (24/11/2006) cotejé nuevamente

> la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores – principios y valores del sistema democrático – que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado.

El control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico. Néstor Sagües ha dicho, con buen fundamento, que "la doctrina del 'control de convencionalidad', bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana".

Es preciso, pues, colocar el control en este marco y enfilarlo a la procuración de ese desiderátum, que supera ampliamente las pretensiones insulares y las ocurrencias circunstanciales. La clara conciencia de estos extremos contribuirá a diseñar y orientar el control en los términos más convenientes.

Prosigamos este apunte de conceptos generales. El control se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos; además, otros instrumentos con semejante contenido); normas comunes (el *corpus juris* americano de los derechos humanos) y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvido de la Comisión Interamericana, cuya misión orientadora no participa del carácter inequívocamente vinculante que tienen las determinaciones jurisdiccionales del tribunal).

En consecuencia, la figura del control de convencionalidad, oriunda de ese sistema y asociada a él, guarda relación estrecha con los datos o componentes que conforman el sistema. En otras palabras: no se aísla de las diferentes expresiones del mismo fenómeno del que forma parte y del que es tributario. Es preciso analizarla, encauzarla y valorarla en este conjunto.

El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza.

En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra, cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia.

En el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado – deliberadamente – por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación. Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis – que adelante examinaré – de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación – nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice* – se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.

Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de "cuestiones de inconvencionalidad", como adelante se mencionará, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.

Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, impulsar la

cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público.

No es conveniente ni realista pretender que **todo** el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos – cada vez más numerosos y aleccionadores – sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial.

2. La Corte Interamericana: circunstancia y actualidad

Puesto que el control interno de convencionalidad en materia de derechos humanos trabajará, en buena medida, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana – órgano y jurisprudencia que aún no son suficientemente conocidos en nuestro medio –, parece conveniente proveer ciertos datos esenciales sobre ese tribunal, sin pretender examinar con detalle su origen, sus atribuciones y su desarrollo.

La CorteIDH es una pieza esencial del denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que en su propio ámbito atiende a los objetivos que, en los suyos, han asumido otros sistemas anteriores o posteriores: el mundial, desde luego, a partir de la Declaración Universal de 1948, el Europeo, con base en el Convenio de Roma, de 1950, y el Africano, que se sustenta en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos – Carta de Banjul –, de 1981. El sistema interamericano inició formalmente la marcha – lo que he llamado la "navegación americana", con destino compartido, pero itinerario, características y tiempos propios – en 1945, fecha de la Conferencia de Chapultepec sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. Desde entonces ha cumplido tareas importantes y mostrado un apreciable desarrollo en sus diversos componentes: ideológico, normativo, subjetivo y judicial.

El componente ideológico-político del sistema – en rigor, su factor o raíz – reside en las convicciones compartidas acerca del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que coloca a aquél en el centro de la escena y exalta la misión y la exigencia de la democracia. "Sociedad democrática" es un concepto central de ese componente ideológico-político del sistema, que tiene aplicación al tiempo de interpretar las normas y fijar el rumbo de la jurisprudencia. No podría ignorarlo el intérprete internacional; tampoco el juzgador nacional que interpreta y aplica textos internacionales.

Ese mismo concepto domina en el examen sobre el desenvolvimiento del sistema y contribuye a advertir y apreciar los contrastes entre la situación que guarda hoy y la que hubo en cada una de las fechas clave dentro de la historia del sistema: 1945, mencionada; 1948, año de emisión de la Carta de la OEA y la Declaración Americana (previa, por varios meses, a la Universal; aquélla, adoptada el 2 de mayo; la segunda, el 10 de diciembre); 1969, oportunidad de la Convención Americana o Pacto de San José; 1978, inicio de la vigencia de esta Convención; 1999, año en que

se produjo el último acto de reconocimiento estatal – hasta hoy – de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y 2011, año en el que la jurisprudencia de la Suprema Corte de México – con algunos precedentes en nuestro país, y muchos en otros Estados – declara con el mayor énfasis la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En el examen sobre los vínculos entre democracia y derechos humanos hay que recordar los términos de la Carta Democrática Americana, de 2001, que destaca el inescindible binomio: democracia y derechos humanos. Y también cabe mencionar la reafirmación de las soluciones democráticas y garantistas, incluso en situaciones de violencia extrema, como se desprende de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002, y de la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca de la autotutela del Estado, la seguridad de la sociedad, el empleo admisible de la fuerza, el principio de legalidad y el debido proceso.

El componente normativo del sistema – *corpus juris*, que antes dije – permite examinar el tránsito desde la tierra baldía de 1945 hasta el punto al que ha llegado el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Es relevante analizar en este punto (análisis que no escapará a los juzgadores llamados a ejercer el control de convencionalidad, así sea para los fines de interpretación de textos convencionales en congruencia con estándares internacionales) la composición de ese Derecho de los derechos humanos, que no se constriñe a las fuentes bien sabidas de la costumbre internacional y los tratados (y convenciones especializadas y protocolos), sino abarca otros actos (*infra*, 4). En cada especie es preciso explorar la fuerza jurídica: del carácter meramente orientador o sugerente – sin perjuicio de la operación enérgica del principio *pacta sunt servanda* – a la eficacia vinculante: sea *inter partes*, sea *erga omnes*.

El componente subjetivo del sistema corresponde a los diversos personajes que en él concurren: obviamente, los individuos – todos: en calidad de seres humanos, beneficiarios de la tutela general o especial; y en condición de víctimas, reclamantes ante instancias domésticas o externas –, y los Estados: 34 miembros de la OEA, 24 partes en la Convención Americana, 21 – México entre ellos – aceptantes de la competencia contenciosa de la CorteIDH. Veintiún Estados en cuya jurisdicción habitan 550 millones de seres humanos. Bajo el mismo rubro de componente subjetivo añadamos: sociedad civil y sus instituciones, y actores emergentes: academia, comunicadores sociales, ombudsman, defensores públicos.

El avance es muy estimable, aunque todavía nos hallemos lejos de la meta indispensable: admisión continental, total, que concrete el propósito consustancial a los derechos humanos, su apetito de universalidad, a saber, "derechos y jurisdicciones para todos". Por ahora, la jurisdicción interamericana se ha desplegado en un "espacio judicial (esencialmente) latinoamericano".

Finalmente, el componente judicial se concentra en la Corte Interamericana, depositaria de una jurisdicción madura. Aquélla ha definido con suficiente claridad – y con éxito, hasta el momento – su "vocación institucional", y creado una doctrina jurisprudencial cada vez más nutrida y aceptada, que acude a integrar el Derecho interamericano de los derechos humanos.

La CorteIDH es un tribunal permanente (ejerce su jurisdicción en forma ininterrumpida, sin perjuicio de que sus integrantes se reúnan materialmente en períodos de sesiones en San José o en otras ciudades de América) con vocación hacia los casos paradigmáticos, para la emisión de criterios jurisdiccionales que sean recibidos y multiplicados en el ámbito interno a través de diversos mecanismos de recepción. Uno de éstos es el control de convencionalidad.

Diré, de paso, que a mi juicio resulta evidente que la Corte Interamericana no podría ni debería asumir el conocimiento de un gran número de casos; sería impracticable y perturbador; su "oficio" es el conocimiento de grandes temas – frecuentemente ampliados con nuevas vertientes, perspectivas o aplicaciones – a los que aportará soluciones que permearán los ordenamientos internos.

3. Integración y fuerza del Derecho internacional (interamericano) de los derechos humanos

La idea y la práctica del control interno de convencionalidad descansan en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de éstos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor imperio. En la actualidad se ha generalizado – con decrecientes trincheras de resistencia – el valor de ese Derecho internacional. De ahí la doble fuente de los derechos humanos, esto es, la dual composición del estatuto de los derechos fundamentales del hombre contemporáneo: interna e internacional.

Permítaseme recordar anteriores elaboraciones acerca de la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos, fenómeno que tiene notable arraigo y en el que se enmarca el control de convencionalidad. Hay diversas expresiones (o "puentes", he dicho, caracterizando las vías de tránsito del orden internacional hacia el nacional, como antes aconteció desde éste hacia aquél) de la recepción interna a la que me refiero.

Ante todo, existe un "puente" constitucional, que se ha tendido de manera insistente a través de reformas a la ley suprema de varios Estados americanos en el curso de algunos lustros. Así ha ocurrido en Argentina, que en 1994 elevó a rango constitucional un conjunto de instrumentos sobre derechos humanos, camino que más tarde siguió la República Dominicana; y en Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia y Ecuador, que colocaron en el punto supremo de la escala normativa las disposiciones más favorables a los derechos de los individuos, independientemente de que provinieran del ordenamiento nacional o del internacional.

En seguida figura un "puente" legal, constituido por las normas de implementación destinadas a encauzar a nivel secundario el tránsito de las decisiones internacionales. No abundan las disposiciones de esta naturaleza. Las hay, por ejemplo, en Perú y en México; aquí sólo en lo que toca a responsabilidad patrimonial del Estado. A continuación mencionaré el "puente" jurisdiccional, concretado en la recepción de las disposiciones y los criterios jurisprudenciales internacionales por parte de los tribunales internos; en este ámbito opera el control de convencionalidad, entre otros extremos que sirven al mismo propósito.

Mencionemos asimismo el "puente" político, que se deposita en las políticas públicas elaboradas y aplicadas con perspectiva de derechos humanos, y el "puente" cultural", que reviste importancia decisiva para el conjunto de estas cuestiones, e implica el culto y el cultivo de la dignidad humana y del método jurídico para la prevención y la solución de los conflictos.

Hoy día es indudable la existencia de la doble fuente de los derechos humanos, a la que me referí en líneas anteriores, cuya presencia se desprende de los términos adoptados por la Constitución General de la República al establecer el novedoso puente del que ahora disponemos para la recepción interna del Derecho internacional. Así se advertía desde la vigencia solitaria del art. 133 de la Constitución General de la República (que se refiere a tratados internacionales como "ley suprema de la Unión"), norma que debió ser reformada en 2011 para que adquiriese mayor congruencia con los cambios constitucionales de este año. Y así se observa, con mayor énfasis y claridad, a partir de esta renovación en la ley suprema, que acoge el principio *pro homine* cuando dispone la aplicación – a través de una interpretación específicamente orientada – de la norma más favorable a la persona.

De esta suerte reaparecieron los derechos humanos en la escena constitucional, como lo habían estado en 1914, con la Carta de Apatzingán, y en 1857, con la Constitución federal de este último año. Y además ingresaron, en torrente, los derechos alojados en cualesquiera tratados internacionales (¿y declaraciones, como la Universal y la Americana?) de los que México sea parte. Esta es la fuente internacional de los derechos primordiales, provista por el orden jurídico de la materia y las otras ramas que colocan al ser humano en el centro de la escena, bajo la "garantía colectiva" y las obligaciones igualmente colectivas e individuales de los Estados.

El ingreso del Derecho internacional de los derechos humanos obliga a replantear el conjunto del ordenamiento jurídico, en el que suelen descollar, para estos efectos, las dimensiones penal y procesal. Nos hallamos ante una dimensión supranacional del derecho concerniente a la justicia, como ha reconocido Mauro Cappelletti, invocado por Hitters. Martín Abregú, en Argentina, invita a "volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales". El Derecho internacional de la materia "tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir del nuevo paradigma de los derechos humanos". Julio Maier

señala que una "rama del Derecho internacional debe ser especialmente considerada, no sólo debido a sus características particulares, sino, antes bien, a su influencia en el derecho procesal penal (…) Derecho internacional de los derechos humanos".

Volvamos a la reforma constitucional de 2011, en México. Se ha creado, sin señalarlo explícitamente, un bloque de constitucionalidad en la medida en que las disposiciones del Derecho internacional (de los derechos humanos) deben ser aplicadas cuando resulten más benéficas para el individuo, incluso a pesar de la estipulación diferente – que es una hipótesis infrecuente – contenida en el texto de la ley suprema. En fin, esas disposiciones poseerían rango constitucional (o supraconstitucional) y excluirían la aplicación de las previstas expresamente en la ley fundamental.

El tema del bloque de constitucionalidad – o bien, la cuestión de un bloque de convencionalidad superior – se actualiza, asimismo, cuando se observa que un tratado de derechos humanos que mejora la situación del sujeto prevalece sobre otro que no contiene o niega ese mismo rango de protección. Esto se infiere de la lectura conjunta de los arts. 101 y 105, atentos a la posibilidad de combatir con acción de *inconstitucionalidad* un tratado que se opone a otro más protector. Un argumento adicional en favor de esta consideración provendría del art. 15 de la ley fundamental, en lo que toca a los principios de adquisición definitiva y progresividad, como los he designado, de los derechos humanos.

Todavía en el ámbito de la reforma al art. 1º constitucional, de 2011, agreguemos que ésta obliga a todas las autoridades a respetar y garantizar los derechos humanos (como señala el art. 1º de la Convención Americana) que proceden de la doble fuente referida; que dispone reglas de interpretación favorables, *pro homine* ("protección más amplia"); que reconoce garantías nacionales e internacionales, cada una – entendemos – en su propio ámbito y con sus reglas y alcances característicos; y que alude a las reparaciones por violaciones (junto con otras obligaciones), "en los términos que establezca la ley".

Por cierto, es discutible e incluso objetable – y en todo caso promueve dudas y podría fundar interpretaciones encontradas – esta última expresión contenida al final del tercer párrafo del art. 1º, si con ella se altera o reduce el amparo internacional invocando los términos que provea la ley interna. Tómese en cuenta que la jurisprudencia interamericana ha definido el gran alcance de las reparaciones, mucho más completo y dinámico que el correspondiente a las violaciones de derechos de fuente nacional.

Dos palabras sobre el contenido del Derecho internacional de derechos humanos – ampliando la alusión que hice líneas arriba –, que no se reduce a la costumbre y la convención (tratados, protocolos). El juez interno – que ejerce el control de convencionalidad – y en general todas las autoridades domésticas – a las que se atribuyen obligaciones de prevención, respeto, garantía y reparación – debe conocer el amplio contenido de ese Derecho, para actuar en consecuencia. Ello no implica, por supuesto, que el juzgador doméstico *deba* aplicar directamente esas expresiones

del Derecho internacional; le servirán para establecer el alcance de los términos de una convención y, en consecuencia, fijar el marco del control de convencionalidad.

En el Derecho internacional de los derechos humanos figuran, además de las fuentes mencionadas, otras de carácter diverso: así, declaraciones (p. ej., Universal y Americana, entre varias más de carácter específico), estatutos y reglamentos (v.gr. los correspondientes a la Comisión y a la Corte Interamericanas), opiniones consultivas (de la Corte Interamericana), sentencias (idem), otras resoluciones jurisdiccionales (idem), recomendaciones (de la Comisión Interamericana, entre otras), informes (idem), principios, relatorías, conclusiones de encuentros internacionales, y así sucesivamente.

Se acostumbra aludir a un derecho "duro", imperioso, inequívocamente vinculante para los Estados y, en general, para los sujetos a los que se extiende su ámbito subjetivo de aplicación, y de un derecho "suave" *(soft law)*, que no posee el mismo carácter imperioso y vinculante. Existe una fuerte tendencia a dotar a este *soft law* de creciente eficacia. La Corte Interamericana ha subrayado el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a la luz del principio *pacta sunt servanda*.

En fin de cuentas, este gran conjunto de normas, disposiciones, requerimientos, aspiraciones, etcétera, integra el universo de los "estándares" internacionales, a los que se remite la actuación del Estado y la reclamación de los particulares; son el marco, el punto de referencia, la guía para unos y otros, constantemente invocados y discutidos. Bajo esta luz se mira o reconstruye el nuevo Derecho, atento a los derechos humanos.

En seguida interesa precisar el valor que poseen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es, por cierto, la instancia judicial internacional o supranacional a la que se ha vinculado el Estado mexicano en esta materia, con las consiguientes repercusiones sobre el ámbito de derechos y libertades de los habitantes de la República. En ese campo figuran las opiniones consultivas, las sentencias (en el curso o al cabo de procedimientos contenciosos), las medidas provisionales, las resoluciones sobre cumplimiento y otras determinaciones que emite el tribunal interamericano en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales.

Para resolver esta cuestión es pertinente recordar, como cuestión básica para el análisis, que la Convención Americana, seguida por otras normas – así, el Estatuto de la Corte –, ha confiado a ésta la atribución de interpretar y aplicar dicha Convención. Es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana, que no es un ente judicial.

La competencia material de conocimiento de la Corte interamericana no se contrae solamente a la Convención Americana. También puede interpretar disposiciones sobre derechos humanos que figuren en otros tratados internacionales (en general, no únicamente americanos; en el mismo sentido se pronuncia, por lo que atañe a derechos de fuente internacional, el nuevo texto del art. 1º de la Constitución

mexicana, posiblemente influido en este extremo por la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH), a condición de que éstos sean aplicables a países (alguno o algunos) de América. Esto se plantea en el ejercicio de la atribución consultiva, que ha ocurrido en varias oportunidades, inclusive a solicitud de México: opiniones consultivas *OC-16,* sobre derecho a información acerca de la asistencia consular a favor de extranjeros detenidos, y *OC-18,* en torno a derechos humanos de trabajadores migrantes indocumentados.

La competencia contenciosa del tribunal que ahora examinamos tampoco se reduce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otros instrumentos del ámbito americano le asignan competencia para conocer de cuestiones litigiosas. Este es un punto largamente explorado por la jurisprudencia interamericana, *maestra de su competencia* (depositaria de la *compétence de la compétence*). De los términos claramente estatuidos por esos instrumentos y de la jurisprudencia interpretativa de la Corte se desprende que ésta puede aplicar directamente, además de la CADH, el Protocolo de San Salvador (en lo que respecta a derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: arts. 8.1,a y 13), la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, cuya aplicabilidad he examinado detalladamente en mi voto particular al primer caso en el que la Corte asumió esta competencia: *Penal Castro y Castro vs. Perú,* del 25/11/2006, a cuyas consideraciones me remito).

Hay un dato común a los tratados o convenios a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes: todos ellos han ingresado en el ordenamiento nacional, merced del proceso de suscripción, ratificación y/o adhesión del Estado que los asume, como es el caso de México. Son, para nosotros, ley suprema de la Unión, como dice el art. 133 constitucional; o bien, proveen derechos y libertades de los que gozan todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado mexicano, como resuelve, desde 2011, el art. 1º de la Constitución General de la República. En suma, obligan al Estado y reconocen derechos (exigibles, por supuesto) a los individuos.

En mi voto sobre la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú* señalé en torno a este punto:

> al referirse a un "control de convencionalidad" (…) la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos

y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los indivíduos ciertos derechos.

Diré, además, que la Corte toma en cuenta, en el examen de asuntos litigiosos (esto es, en el despliegue de su competencia contenciosa), otros instrumentos del orden internacional, externos al Sistema Interamericano, que no le han conferido competencia material. En estos casos no adopta decisiones que impliquen la aplicación directa de tales convenios, a la manera en que lo hace con respecto a los instrumentos que le atribuyen esa facultad. Empero, recoge conceptos de aquéllos para fines de interpretación: establecimiento del contexto, conocimiento de estándares, inserción en el marco del Derecho internacional contemporáneo. Así ha ocurrido en diversos casos en que la CorteIDH invoca, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los convenios de Ginebra, varios instrumentos referentes a derechos de migrantes etcétera.

Finalmente, consideremos que en determinados extremos el tribunal interamericano analiza puntos que pudieran quedar abarcados en instrumentos que no le asignan competencia material, pero lo hace a través de la interpretación y aplicación de normas de la Convención Americana y en el ejercicio, por lo tanto, de potestades de las que se halla investida. Este es el caso, que menciono por vía de ejemplo, del derecho a la protección de la salud, analizable a partir del Protocolo de San Salvador – que no atribuye a la Corte competencia en este aspecto –, pero también analizable con base en el art. 5 de la CADH, que se refiere a la protección de la integridad personal.

Preguntémonos ahora cuál es el alcance de la eficacia vinculante de los actos de interpretación de la Corte Interamericana, tema que ha suscitado diversas opiniones y debates y que viene a cuentas, evidentemente, cuando se examina y ejerce el control interno de convencionalidad. En el estudio de esta cuestión podemos deslindar las funciones consultiva y contenciosa, y vincular a ésta – en un conjunto relativamente homogéneo – las funciones preventiva (medidas provisionales) y ejecutiva (supervisión de cumplimiento).

Regularmente se ha dicho que no son vinculantes para los Estados las opiniones de la Corte Interamericana emitidas en el desempeño de la función consultiva. Así lo ha considerado el propio tribunal. También se ha señalado que pudieran tener fuerza vinculante solamente para el Estado que solicitó la opinión y expresó, con ello, su voluntad de atenerse al parecer final del tribunal interamericano. Hay, desde luego, otros puntos de vista.

También se ha sostenido que las decisiones de la Corte en asuntos contenciosos son inmediatamente obligatorias, vinculantes, de forzosa observancia y cumplimiento para los Estados que aceptaron la competencia contenciosa e intervinieron en el proceso respectivo: esto es, poseen eficacia imperativa *inter partes*. Esta obligatoriedad no suscita dudas, en tanto se halla manifiestamente establecida en la Convención

Americana y consta en los actos de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte de los Estados.

Varios altos tribunales del área americana han reconocido a la jurisprudencia de la CorteIDH eficacia vinculante o fuerza orientadora, independientemente de que aquélla corresponda a casos que atañen directamente a los Estados en los que actúan esos tribunales o a terceros Estados sujetos a la Convención Americana. Puede verse una revisión de este punto, tan importante, en la sentencia de la CorteIDH sobre el *caso Cabrera García y Montiel Flores*, del 26/11/2010, en el que se invocan pronunciamientos muy interesantes de diversos órganos de la justicia interna: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional de Perú, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y Corte Constitucional de Colombia.

En mi opinión, los criterios establecidos por la Corte Interamericana al interpretar la CADH – y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material – son **vinculantes** para los Estados partes en la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, esta sujeción no es indispensable para la eficacia vinculante de tales criterios con respecto a dichos Estados.

Sustento mi punto de vista en la consideración de que los Estados partes en la Convención Americana – y otras – han acogido este instrumento, **soberanamente**, como parte de la preceptiva nacional, asumiendo los deberes que asigna y afrontando los derechos personales que reconoce. Y esos mismos Estados han aceptado – también **soberanamente**, al constituirse en partes de la CADH – que la CorteIDH, tribunal supranacional, es el órgano judicial llamado a interpretar las disposiciones convencionales. Por lo tanto, la interpretación de la Corte establece formal y oficialmente el alcance de tales disposiciones y, en consecuencia, la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares.

Así, no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CorteIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan – como se dice en Europa, no así en América – la "cosa interpretada"; implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte.

Reconozco esa eficacia tanto a las opiniones consultivas como a las sentencias en casos contenciosos – y a las resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias – en cuanto tiene que ver con interpretación de normas. Otro tanto se puede decir, aunque acepto que el punto es más complejo y requiere cuidadoso análisis, en lo que toca a disposiciones de tratados diferentes que la Corte examina por la vía consultiva.

Por supuesto, al hablar de esta eficacia *erga omnes* y no sólo *inter partes*, sólo me estoy refiriendo, como es obvio, a la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la fuerza *inter partes* de la sentencia emitida por el tribunal.

En esta misma línea de consideraciones, corresponde aclarar – como se ha hecho en otro lugar de este trabajo – que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos – instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna – que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El Derecho internacional de los derechos humanos es el "piso" de los derechos, no el "techo". Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el art. 29 de la Convención Americana.

¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga al caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo? La respuesta es afirmativa, enfáticamente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja.

Lo que resultaría impertinente es que el control interno de convencionalidad entrara en colisión con el control supranacional de convencionalidad (salvo en los casos, ya señalados, en que aquella mejore los términos de ésta) o actuara al garete de los principios y objetivos del control de convencionalidad a los que me referí en la primera parte de este artículo.

4. La responsabilidad unitaria del Estado

En el estudio del control interno de convencionalidad viene a cuentas la responsabilidad internacional del Estado, en tanto se trata de establecer no solamente si el juzgador doméstico puede ejercer dicho control, sino si **debe** ejercerlo. A este deber sujeto a examen se añaden otras manifestaciones de una obligación judicial: ante todo, el ejercicio oficioso del control (que además actualiza, en esta vertiente, la operación del principio *jura novit curia*), y por supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento, así como los límites del control a los que antes me referí y sobre los que volveré adelante, en alguna medida.

En la escena internacional, el Estado actúa unitariamente; no comparecen aisladamente, como sujetos plenos e inconexos, algunos órganos o agentes de aquél. Me estoy refiriendo, es evidente, a la comparecencia que se traduce en asunción

deliberada de deberes generales y a la aplicación estricta de las obligaciones asumidas. En consecuencia, aquéllos abarcan al Estado en su conjunto, repercuten sobre él, le son exigibles, sin perjuicio de la distribución interna de atribuciones y funciones, que depende de la voluntad particular de los Estados y no altera los deberes y las consecuencias internacionales.

Esto se proyecta con relevancia hacia un doble plano de la organización político-jurídica del Estado: en una dimensión, los poderes tradicionales y los nuevos órganos autónomos, que en México han surgido con vigor durante las últimas décadas (además de las figuras de autonomía institucional consagradas de tiempo atrás, como ocurre en el caso de las Universidades públicas); y en otra, hacia los planos, niveles o ámbitos del Estado, el gobierno o la administración, donde a su vez existe distribución de funciones y tareas en diversos poderes y órganos.

Esto interesa para fijar la responsabilidad internacional del Estado en contiendas ventiladas ante instancias de ese carácter. En el voto que emití con respecto a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *caso Myrna Mack Chang* vs. *Guatemala*, del 25/11/2003, analicé esta materia:

> Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del 'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

En tal virtud, los órganos jurisdiccionales, que son integrantes del estado, se hallan igualmente comprometidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, de donde resulta un cimiento del control interno de convencionalidad, conclusión que ciertamente no riñe con la posibilidad, conveniencia y necesidad de que ese control se ejerza en forma ordenada y armoniosa, para el mejor servicio a los fines que pretende alcanzar. Desde luego, esta conclusión se extiende tanto a las jurisdicciones del Estado federal, en su caso, como a las de los estados federados o provincias, en el suyo. Ni aquél ni éstos podrían alterar la responsabilidad que les incumbe y las consecuencias que derivan de ella, aduciendo la estructura federal.

Recordemos el art. 29 de 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*". La inoponibilidad de la estructura federal al cumplimiento de los deberes del Estado, necesariamente globales o integrales, se ha examinado en la jurisprudencia

de la CorteIDH; son ejemplos las sentencias de fondo (1996) y reparaciones (1998) del *caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. He aquí otra referencia útil para la admisión del control interno de convencionalidad, que tampoco resta fuerza al requerimiento de que ese control opere en forma ordenada y armoniosa.

En mi voto agregado a la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* señalé a propósito del control interno que si

> los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio 'control de convencionalidad'. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.

En este mismo ámbito conviene advertir – como antes manifesté – que el control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los derechos humanos al que están obligadas todas las autoridades. Sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos – a la vida, a la integridad, a la libertad – para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquéllos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio. Otro tanto diremos de los órganos jurisdiccionales.

En la actuación de estos órganos es necesario traer a colación el antiguo principio de la actividad judicial – que frecuentemente acoge la jurisprudencia interamericana – en el sentido de que *jura novit curia:* el juzgador conoce el derecho; no es indispensable que lo invoquen los litigantes (aunque harán bien en invocarlo; lo aconseja la experiencia). Lo conoce, pues, y debe aplicarlo.

De ahí la regla de oficiosidad en el control interno de convencionalidad, como hay oficiosidad en el control externo, original o propio: la Corte Interamericana, que no actúa como mecanismo de investigación y por ello se atiene a los hechos invocados por la Comisión, aplica directamente las normas convencionales cuando el expediente muestra la existencia de un supuesto de hecho que reclama esa aplicación, aunque la Comisión Interamericana no lo haya requerido. También ha procedido a esa aplicación a solicitud de la victima y sus representantes, que no pueden añadir hechos al tema fáctico propuesto por la Comisión en la demanda (hoy día, en el informe con el que insta la intervención jurisdiccional).

5. Imputación al Estado

El tribunal interno que ejerce el control de convencionalidad no podría ignorar las reglas sobre imputación al Estado de responsabilidad generada por la conducta

de diferentes sujetos. Obviamente, el Estado – una abstracción, que se concreta dolorosamente en la especie de las violaciones a derechos humanos – no actúa por sí mismo, que no podría, sino a través de órganos o personas cuya conducta – activa u omisiva, según el régimen aplicable – determina la responsabilidad internacional del Estado. La CorteIDH explora esa imputación, su pertinencia y su alcance; otro tanto debe hacer el juez interno, para sus propios efectos, en el marco del control de convencionalidad.

Las reglas de imputación al Estado, de la que depende la pertinencia de una declaratoria de violación de derechos y libertades y una condena a sufrir ciertas consecuencias jurídicas (reparaciones), que favorecerán a la víctima (y a otras personas) se elevan sobre disposiciones estatutarias y resoluciones jurisprudenciales. No pretendo ir muy lejos en el examen de este punto – que ya no será extraño para los tribunales domésticos –, pero debo observar que la jurisprudencia interamericana se ha desplegado ampliamente sobre él, hasta definir una doctrina pacíficamente aceptada, que se encuentra en vigor.

Es imputable al Estado la conducta de sus agentes u órganos formales, por acción u omisión, extremos separados por una frontera que en ocasiones resulta ambigua, elusiva, sobre todo cuando se aduce la figura de omisión. Tómese en cuenta el concepto de "Estado-garante", que deriva de los arts. 1 y 2 CADH: garante general de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, concepto que implica posibilidad de regulación o actuación eficaz, no necesariamente territorialidad (en este ámbito es interesante la decisión de la CorteIDH en el *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, del 22/09/2006, que abarcó autoridades persecutorias en varios Estados del Cono Sur del Continente); y garante especial: mayor acento en la misión garantizadora del Estado cuando la vida cotidiana del individuo se halla sujeta al control inmediato de la autoridad, como acontece en el supuesto de sujetos privados de libertad (en "instituciones totales").

También se imputa responsabilidad al Estado en el supuesto de delegación o subrogación de atenciones que regularmente brinda aquél en forma directa, según se resolvió en la importante sentencia del *caso Ximenes Lopes* vs. *Brasil*, del 4/07/2006. También aparece la responsabilidad internacional del Estado, a partir de conductas de particulares, en situaciones de conflicto interno de corte tradicional y en supuestos de grave inseguridad y riesgo.

Con respecto a aquellas situaciones y a sus actores particulares – pero que actúan con la participación, protección, tolerancia o indiferencia del Estado – la Corte recordó en la sentencia del *caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15/09/2005 – resolución que acoge una constante línea jurisprudencial –, que

las obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación

positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención.

La Corte se ha referido al supuesto en que los hechos sean obra de terceros, pero el Estado haya incurrido en falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. Hay ejemplos numerosos en la experiencia de la CorteIDH: casos de Guatemala por intervención de las llamadas "patrullas civiles"; casos de Colombia por actuación de grupos paramilitares ("autodefensas") en masacres; y algún caso de Brasil, en lo que respecta a prisiones: delitos cometidos en el interior o a partir del interior hacia el exterior de la cárcel.

En la sentencia correspondiente al *caso de la Masacre de Pueblo Bello* vs. *Colombia*, del 31/01/2006, se examinó el alcance de la responsabilidad estatal tomando en cuenta las condiciones en que ocurrieron los hechos; se requiere que el riesgo sea previsible y evitable. A este respecto, el voto particular del juez García Sayán señaló: "conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato", proyectada sobre "un individuo o grupo de individuos determinado", y existencia de "posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo".

También es muy importante la elaboración jurisprudencial interamericana en el notorio *caso González y otras (Campo Algodonero)* vs. *México*, del 16/11/2009: "los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres". En tales condiciones, se requiere: marco jurídico de protección, aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar eficazmente ante denuncias. Igualmente, "medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niños pueden ser víctimas de violencia".

6. El control de convencionalidad en la doctrina jurisprudencial de la CorteIDH

La aparición y el desarrollo de esta doctrina han sido examinados por tratadistas mexicanos y extranjeros. Ya mencioné varios en la *Advertencia* que figura en el inicio de este trabajo. Además de los ya citados, también se ha ocupado del tema Gumesindo García Morelos, entre los profesores mexicanos. Últimamente lo ha hecho, desde la perspectiva del Derecho constitucional, José María Serna de la Garza. Un valioso conjunto de trabajos de muy provechosa consulta en torno a esta cuestión, es la obra colectiva coordinada por Susana Albanese, bajo el título *El control de convencionalidad* (Argentina, 2008). El tratamiento doctrinal de la materia avanza con diligencia.

La primera vez que se aludió al control de convencionalidad en el marco de la Corte Interamericana, destacando la función de ésta en ese campo, fue en mi voto sobre el citado caso *Mack Chang* vs. *Guatemala*, del 25/11/2003. Posteriormente volví a examinar este asunto en el voto relativo al *caso Tibi*, también citado antes, del 7/7/2004. Hice ahí la comparación entre la CorteIDH y los tribunales constitucionales: control de convencionalidad y control de constitucionalidad, en sus respectivos casos. El cotejo es útil en muchos extremos, entre ellos para fijar la trascendencia – y la extraordinaria delicadeza – de los pronunciamientos de estos órganos con respecto al conjunto del orden jurídico y las decisiones judiciales que se pronuncian a su amparo.

Nuevamente me ocupé del tema en el voto emitido acerca de los casos *Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú (Aguado Alfaro y otros),* del 24/11/2006, y *Vargas Areco* vs. *Paraguay*, del 26 de septiembre de los mismos mes y año. En esta última fecha – la coincidencia no es casual – la Corte Interamericana asumió la doctrina del control de convencionalidad en el conocido *caso Almonacid Arellano* vs. *Chile,* que amplió y difundió, con efectos muy apreciables, el conocimiento de esta materia en las jurisdicciones nacionales. Reanudé mi examen del control de convencionalidad en mi voto sobre el *caso Valle Jaramillo*, del 27/11/2008.

En la sentencia de *Almonacid*, el tribunal postuló: tomando en cuenta que el Estado se halla obligado, en su conjunto, por el tratado internacional de protección de los derechos humanos, "el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

En la sentencia de *Trabajadores Cesados del Congreso,* la CorteIDH puntualizó acertadamente su criterio, con algunos elementos relevantes que informarían posteriores sentencias del tribunal interamericano. Así, manifestó que el control debe ejercerse *ex officio*, es decir, *motu proprio* por los juzgadores, como expresión del deber estatal que comparten éstos. Y añadió con razón que los tribunales internos deben despachar el control "*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*".

Otro agregado importante hecho por la Corte indica: la aplicación del control de convencionalidad "no puede 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". Es así que el tribunal interamericano advierte sobre la existencia y eficacia de presupuestos formales internos de admisibilidad y procedencia (como los hay, por cierto, en el ámbito internacional

y para los efectos de la apertura y desarrollo de la vía correspondientes, sea ante la Comisión Interamericana, sea ante la Corte).

Posteriormente, la Corte ha dictado varias sentencias sobre la misma materia y en el mismo sentido. Entre ellas figuran, de fechas muy recientes y con la mayor importancia por su proyección inmediata en nuestro país, varias atinentes a hechos que ocurrieron en México y con respecto a los cuales la jurisdicción interamericana dictó sendas condenas. Las mencioné anteriormente: *casos González y otras (Campo Algodonero)*, *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros*, *Rosendo Cantú y otra*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

7. Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (arts. 1 y 2 CADH)

Habida cuenta de la vinculación de los Estados a la CADH, en tanto partes del convenio, y en seguida a la competencia contenciosa de la Corte (relación, esta última, que no es indispensable para los fines del control que estamos analizando), es preciso destacar los deberes a cargo de los Estados en función de aquel instrumento – otros, de orden internacional, recogen obligaciones del mismo carácter – que se deducen de los arts. 1 y 2 CADH: en primer término, respeto y garantía, ya mencionados; en segundo, como manifestación de éstos, deber de adoptar medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía

La obligación de garantía – "escudo y espada" de la de respeto –, significa, desde la resolución del señero *caso Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras*, del 29/07/1988, "el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Es obvio, glosemos, que en los órganos jurisdiccionales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Esta obligación de garantía puede suponer la operación del art. 2, que es, en rigor, un "rostro" del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del *caso Servellón García vs. Honduras*, del 21/09/2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del *caso Campo Algodonero* vs. *México*, en tanto esos patrones propician agresión contra las mujeres.

En la sentencia correspondiente al *caso Cesti Hurtado* vs. *Perú*, del 29/09/1999, el tribunal interamericano hizo ver que los Estados no pueden

> dejar de tomar las medidas legislativas 'o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades', en los términos del art. 2 de la Convención. Estas medidas son las necesarias para 'garantizar (el) libre y pleno ejercicio de dichos derechos y libertades, en los términos del art. 1.1 de la misma.

En la sentencia del *caso Yatama* vs. *Nicaragua*, del 23/06/2005, la Corte mencionó que

> el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de (la CADH) para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el art. 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.

Los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen, sin duda, medidas contribuyentes – o no – a garantizar el respeto a los derechos humanos previstos en la CADH. De ahí resulta un argumento más a favor del control de convencionalidad, sin que el ejercicio de esta facultad – y deber – de los tribunales implique menoscabo para la adopción de disposiciones competenciales y procedimientos judiciales idóneos – lo ha señalado la propia jurispudencia de la CorteIDH – para alcanzar el gran objetivo perseguido por el régimen tutelar continental y por los instrumentos de los que éste se vale, entre ellos las sentencias nacionales.

8. Control interno de convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y de la "vocación" institucional de la CorteIDH

La jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los derechos humanos. Esto consta en los trabajos preparatorios de la Convención, entre ellos las deliberaciones en la Conferencia de 1969 celebrada en San José, y en la posición expresamente adoptada al término de ella por la delegación mexicana, que figura en el *Acta Final* del encuentro. Esa jurisdicción a cargo de la CorteIDH tiene carácter subsidiario o complementario. Tal es su naturaleza, de la que no se ha apartado ni podría hacerlo, jurídica y prácticamente.

Por ende, la justicia supranacional interviene en supuestos bien acotados: cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente la violación cometida; se solicita, a partir de aquella condición y una vez agotados los recursos internos para combatir el desvío o la inactividad del Estado, la apertura de la vía internacional ante la Comisión Interamericana y ésta resuelve de manera favorable – por acuerdo de

admisibilidad – la solicitud del interesado; y finalmente la propia Comisión lleva el litigio al conocimiento de la Corte.

El tribunal de San José ha deslindado dos momentos o situaciones con respeto a la responsabilidad del Estado reclamable ante los tribunales. El primer momento corresponde a la aparición de la responsabilidad internacional del Estado, que se plantea cuando éste incurre en un hecho internacionalmente ilícito (violación de la CADH y otros tratados del ámbito americano, a los que me he referido). El segundo momento corresponde a la actualización de la competencia de la CorteIDH para conocer de esa violación y resolver mediante sentencia, que proviene de un dato diferente y posterior al momento que enuncié en primer término: la inexistencia o inoperancia del recurso interno para la debida solución del agravio.

A fin de cuentas, todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin. Uno de ellos es la actividad jurisdiccional. Ésta no puede perder de vista el carácter ilícito del hecho aducido, desde la perspectiva internacional, además de la calificación que le corresponda desde la nacional. De ahí se sigue que la jurisdicción doméstica debe salir al paso de la ilicitud internacional y aplicar las normas que establecen la existencia de ésta, sus características y consecuencias. De nueva cuenta nos encontramos con un fundamento para la operación – ordenada y armoniosa – del control interno de convencionalidad.

En este campo de consideraciones, conviene tener en cuenta que la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos **omitida** por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la **practicada** por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional.

Bajo esta óptica conviene juzgar y entender el flujo de "casos mexicanos" a la Corte Interamericana, que ha sido inusualmente intenso: 6 litigios en poco más de tres años. No sobra mencionar que en ese conjunto figuran hechos y conceptos de violación reiterados. La situación es comparable – en términos de frecuencia de litigios – a la que se presentó hace algunos años en relación con Perú, donde prevalecían condiciones de manifiesto autoritarismo, situación diferente de la que se plantea en el caso de México.

9. Control interno de convencionalidad y debido proceso. El juez natural

El control judicial interno de convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso, concepto fundamental de los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. El juzgador es la pieza central del acceso a la justicia y el despacho de ésta a través del debido proceso. Las características y el

papel de éste frente al individuo que reclama su derecho – o pretende reclamarlo – se hallan en el art. 8 CADH.

En consecuencia de lo anterior, es preciso examinar el órgano investido de atribuciones jurisdiccionales, sea un ente formalmente judicial, sea uno de diverso carácter o denominación, pero dotado de atribuciones materialmente jurisdiccionales. Esto reviste interés específico en lo que respecta al eventual control por parte de órganos jurisdiccionales que actúan en su propio ámbito de competencia previsto por la normativa doméstica.

Aquí queda a la vista el doble papel del juzgador: por una parte, es el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligaciones de los contendientes; por la otra, es garante de los derechos humanos: protector de éstos en cuanto a las personas que participan – o lo pretenden – en el enjuiciamiento.

El debido proceso es un concepto dinámico, expansivo, que se proyecta sobre el control judicial de convencionalidad, como sobre cualquier contienda en la que interviene un órgano del Estado para conocer cargos penales o resolver derechos y deberes en otras materias, conforme al art. 8.1 CADH. Ese órgano debe satisfacer las condiciones del juez natural al amparo de esa misma norma. De él se reclaman, por lo tanto, independencia, imparcialidad y competencia.

El juez natural – ha dicho la CorteIDH – es un *presupuesto* del debido proceso, no sólo un elemento. En su ausencia, no existe verdadero proceso: decae el conjunto de formas practicadas – enjuiciamiento aparente – y carece de validez la supuesta sentencia, instalada en ese precario cimiento.

El punto se ha planteado a propósito de la jurisdicción militar, tema frecuentemente explorado por la CorteIDH y últimamente suscitado en casos concernientes a México. Un juez incompetente (militar) no puede ejercer, válidamente, el control de convencionalidad, salvo para declinar su competencia. El juez competente (ordinario) debería desechar inmediatamente la competencia del militar y, en general, de las autoridades de este fuero, para investigar y juzgar. Volveré sobre este punto al informar acerca de la posición de la Suprema Corte de Justicia con respecto a los deberes derivados de la sentencia interamericana en el *caso Radilla Pacheco*.

Un paso en falso de la jurisdicción interna en el terreno del debido proceso – precisamente a propósito de la figura del juez natural – comprometería o desacreditaría el control interno de convencionalidad: más aún, incrementaría los puntos cuestionables ante la justicia supranacional; primero, la confrontación entre el acto combatido y la norma internacional; y luego, la inoperancia del juzgador que se avino a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad cuyo primer tema es la incompetencia de quien preside la investigación y el proceso.

10. Métodos para el control interno: concentrado y difuso

Esta cuestión ha sido ampliamente abordada a propósito de la jurisdicción constitucional y representa uno de los temas clásicos del Derecho procesal constitucional. Es aquí – no en el Derecho internacional y su aplicación interna – donde tuvo desarrollo inicial, que ahora se ha proyectado al ámbito que examino en este artículo.

En esencia, existen dos posibilidades – con variantes o modalidades que no analizaré en este momento – para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo (que no formaría parte del aparato judicial tradicional, sino que desempeñaría su elevada misión por encima de los órganos clásicos de la división de poderes), y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional, llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar, y autorizados para "desaplicar" o invalidar, eventualmente, esas disposiciones cuando las consideran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse.

Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre norma internacional y norma interna. La existencia de una Corte Interamericana designada como intérprete de la Convención Americana y otros instrumentos, en los términos que ya expliqué, implica una expresión de control concentrado. Empero, ésta no es absoluta, porque la propia Corte ha reconocido a los tribunales nacionales – en la forma y términos que anteriormente recordé – la posibilidad de aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones, a los deberes internacionales del Estado contenidos en los arts. 1 y 2 del Pacto de San José.

Cuando aludí a esta cuestión como integrante de la Corte Interamericana, señalé – así, en el multicitado voto correspondiente al *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* – que el control de convencionalidad, "de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener – como ha sucedido en algunos países – carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos".

La adopción del sistema de control difuso – añadí en el mismo voto – "permitiría trazar un sistema de control extenso – vertical y general – en materia de juridicidad de los actos de autoridades – por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos –, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso – al que corresponde el "control de convencionalidad" – se halla entre las más

relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control, lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable – y en todo caso depende de las circunstancias nacionales – el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función jurisdiccional pública.

Nos hallamos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente, y que éstos debieran adoptar previo cuidadoso examen de sus condiciones específicas y de la forma que mejor se acomode a la obtención de los fines perseguidos mediante la figura del control. Otro tanto se podría decir, *mutatis mutandis*, con respecto al control de constitucionalidad, tema que no me corresponde examinar ahora.

Fundo mi parecer en las reiteradas – constantes, enfáticas y ciertamente deliberadas – expresiones de la Corte Interamericana a propósito del control de convencionalidad *conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para este efecto,* expresiones que antes cité literalmente. La alusión a competencias (al amparo del principio de legalidad, corresponde a la ley la asignación de competencia a los órganos judiciales) y a procedimientos (cuyo diseño y alcance incumben igualmente a la ley) no apareja por fuerza que todos los jueces sean competentes para aplicar, sin mayores exigencias internas, el control de convencionalidad. Es perfectamente posible, en mi concepto, que el ordenamiento interno establezca competencias específicas (que pudieran recogerse en "grados" de competencia) para el despacho del control y la fuerza de las decisiones judiciales domésticas a este respecto.

Se han expresado diversas opiniones en torno a la materia que ahora menciono, tanto en general como en lo que respecta a México. Algunos estimables tratadistas, como Ferrer Mac-Gregor – en su voto para el *caso Cabrera García y Montiel Flores* (2010) – como García Morelos, se inclinan hacia el régimen de control difuso. El primero de los mencionados examina ciertos rangos de "intensidad" en las facultades de control reconocidas a los juzgadores, que pudieran llegar a la inaplicación de normas inconvencionales, al planteamiento de una "duda de convencionalidad" ante órganos jurisdiccionales facultados para atenderla o, en el extremo, a "declarar su invalidez, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del control de convencionalidad".

En mi opinión, es preferible organizar el control de convencionalidad a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay "costumbre de control concentrado" y escaso manejo del Derecho internacional, además de "vientos de fronda" que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia.

Estas consultas operarían de manera similar a las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad, previstas en otros ordenamientos – de cuyo examen se ha ocupado, entre nosotros, el investigador Edgar Corzo –, que implican elevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento acerca de la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma, y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano. Ojalá que éste fuese el más alto tribunal, para asegurar la armonía de la jurisprudencia y su adecuada inscripción en el *jus commune* que se aspira a construir.

En sentido similar debo mencionar la posibilidad que apunta Ferrer Mac-Gregor en una parte del texto antes transcrito, y desde luego los pareceres de Sagües, expuesto en su artículo. "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", y Serna de la Garza – en el artículo que mencioné *supra* –, quien observa, con toda razón, que la formulación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana "ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga".

Establecido que el control se ejerce en el marco de ciertas competencias – que deberán quedar fijadas al amparo del principio de legalidad – y conforme a determinados procedimientos – que se hallarán previstos bajo ese mismo principio –, hay que recordar las otras expresiones de la Corte Interamericana en este campo. Si son determinantes los conceptos jurisprudenciales supranacionales que he mencionado hasta aquí, también lo son esos otros conceptos que la propia Corte Interamericana incluyó en su propia construcción del control interno de convencionalidad.

Me estoy refiriendo a la siguiente expresión empleada por la CorteIDH: la función de control de convencionalidad – se dijo en la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso* – "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 supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

El párrafo anterior, que forma parte del pronunciamiento de la Corte Interamericana para el diseño del control interno de convencionalidad, incluye de nueva cuenta elementos inamovibles y elementos sujetos a las determinaciones internas. Por lo que toca al primer supuesto – contenido en la porción inicial del párrafo transcrito –, el tribunal supranacional reitera que no es preciso que el presunto lesionado invoque la protección del órgano jurisdiccional que conoce las alegadas violaciones para que éste aplique sus poderes y declare la existencia de una violación y las consecuencias de ésta. Viene al caso una aplicación más del principio *jura novit curia*, ampliamente transitado por la jurisprudencia internacional e insistentemente recogido por la interamericana a partir de los primeros pronunciamientos en asuntos contenciosos. Puesto en otras palabras, el control se ejerce *ex officio*, con entera independencia de que lo invoquen o no los agraviados.

El segundo supuesto, incluido en la parte final del mismo párrafo transcrito, remite a la existencia de posibles presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. Sabemos, como antes manifesté, que la propia normativa internacional dispone ciertos presupuestos para la apertura y el desarrollo de la vía internacional de protección de los derechos humanos: condiciones materiales y formales (relacionados con la naturaleza de la cuestión, la oportunidad en la presentación del asunto, la competencia del órgano, por ejemplo), ante la Comisión y ante la Corte.

La exigencia de que se satisfagan estos presupuestos no implica de suyo, en el caso concreto en el que se plantean, apreciación sobre la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de quien deba enfrentarlas o la reparación pertinente. Sólo significa – pero esto no carece de importancia y trascendencia, casuísticamente, como es evidente – que el despliegue de la vía internacional, en su caso, y del control interno de convencionalidad, en el suyo, se hallan asociados a la observancia de esos presupuestos. Desde luego, la normativa interna puede ser – e incluso debe ser – muy favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y por ende puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, a fin de no oponer barreras innecesaria a la protección del indivíduo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional.

11. Posición de la Suprema Corte de Justicia de México

En la obra redactada conjuntamente por el autor de estas líneas y Mauricio del Toro, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y en la elaborada, también conjuntamente, con Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, ambas citadas en otra parte del presente estudio, se ofrece información y análisis inicial acerca de la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia de México en torno la materia que aquí examino y a otras, convergentes, relativas a la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En años recientes se reanimó el planteamiento constitucional de estos temas, tanto a partir de propuestas, que no prosperaron, para la revisión integral del régimen de los derechos humanos previsto en la Constitución de la República, como en torno a la incorporación de nuestro país en el sistema de justicia penal internacional, que determinó adiciones al art. 21 de la ley fundamental. He manifestado mis puntos de vista en torno a estas adiciones, muy defectuosas, en mi obra *La Corte Penal Internacional,* editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Lo que me interesa en este momento es mencionar que la iniciativa del Ejecutivo que finalmente condujo – en una versión totalmente distinta – a la modificación del art. 21, se refirió a las sentencias de tribunales internacionales cuya competencia hubiera aceptado México (a la sazón, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), e igualmente, aunque no fueron mencionados

en la iniciativa, otros órganos ("paneles", por ejemplo) con atribuciones jurisdiccionales y emplazamiento internacional).

Esa iniciativa, de 2001, pretendió establecer los efectos de dichas sentencias en el orden interno, pero no aludió de ninguna manera al control de convencionalidad en el sentido que examinamos ahora. Tampoco lo ha hecho – y debió hacerlo – la reforma constitucional que culminó en 2011. Mientras ésta se hallaba sujeta a estudio en el Congreso de la Unión y al cabo de su publicación en el *Diario Oficial,* ya habían surgido en el ámbito jurisdiccional interno algunas interrogantes que pudieron ser materia de la reforma constitucional y que últimamente la justicia mexicana afrontó y resolvió en el espacio de sus propias actuaciones. Cuando esto ocurrió, existía ya la inquietud por enfrentar en sentencias judiciales el tema del control interno de convencionalidad, como se vio a través de decisiones de tribunales colegiados, que recogemos en la citada obra sobre *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*[1].

Recordemos, en síntesis, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió resolver, al cabo de diversas vicisitudes que no describiré ahora, las derivaciones de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *caso Radilla Pacheco*. Así lo hizo, a través de intensas deliberaciones entre el 4 y el 14/07/2011, que pusieron de manifiesto diversos extremos de la recepción nacional y dieron como resultado las decisiones correspondientes al expediente *Varios 912/2010*. El texto del engrose respectivo fue aprobado el 20/09/2011, acompañado por votos emitidos por varios ministros, con alcance personal, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4/10/2011.

A mi juicio, la Suprema Corte dio pasos decisivos y acertados en el examen de esta cuestión. Lo reconozco y celebro, y desde luego comparto varias conclusiones centrales adoptadas por ese tribunal. Había que ir adelante en la reflexión sobre una materia cuyo examen ya resultaba apremiante, y era preciso llevar a cabo la reflexión – con vistas a soluciones integrales futuras – a falta de legislación (constitucional y secundaria) adecuada y suficiente.

De ahí que el alto tribunal fuese mucho más allá del planteamiento original que se hallaba sujeto a su consideración: en sustancia, las implicaciones de la sentencia interamericana para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado mexicano. La jurisprudencia inició, pues, la solución de problemas que pudo – y debió – anticipar

1. Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a aejercerlo. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, T. XXXI, mayo de 2010; y Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos. *Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta*, Novena Época, TCC, T. XXXI, Marzo de 2010, p. 2927. Serna de la Garza menciona y elogia una sentencia dictada por el magistrado estatal de Nuevo León, Carlos Arenas, después de la reforma constitucional y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, de 2011, que inaplicó un tipo penal contenido en el código de la materia de esa entidad federativa, por considerarlo contrario a la Constitución mexicana y a las normas internacionales sobre derechos humanos.

la norma constitucional, aun cuando es cierto – y lo destaco – que la reforma de 2011 a la ley suprema ofreció un marco muy favorable al oportuno debate en la Suprema Corte de la Nación.

Creo útil transcribir aquí – como anuncié al inicio de este trabajo – algunos criterios adoptados por la Suprema Corte en la decisión que concluye el examen del expediente *Varios 912/2010*. Hago notar que no se trata de una sentencia en amparo, en acción de inconstitucionalidad o en controversia constitucional. El pronunciamiento posee otra naturaleza jurídica, de la que derivan sus efectos. Se ha considerado que recoge decisiones orientadoras. Es, sin duda, fuente favorecedora o determinante para decisiones judiciales, administrativas y legislativas, que necesariamente habrán de instalarse sobre los criterios adoptados por el alto tribunal de la República.

Mencionaré las determinaciones de la Corte en el orden en que aparecen en el documento de engrose del 20/09/2011. No incluiré, por supuesto, las consideraciones respectivas ni referencias al debate; tampoco daré noticia de la votación específica en cada caso. Las determinaciones que transcribo, establecidas en la porción resolutiva del documento que las contiene, son las que merecieron mayoría o unanimidad de votos.

a. La Suprema Corte no es competente para revisar, ante las sentencias condenatorias emitidas por la CorteIDH, "si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló" al adherirse a la CADH o a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

b. Las sentencias condenatorias de la CorteIDH "son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos".

c. Los criterios interpretativos de la CorteIDH "son orientadores para el Poder Judicial de la Federación".

d. De conformidad con el párrafo 339 de la sentencia de la CorteIDH en el *caso Radilla Pacheco*, el "Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".

e. "El control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces del Estado Mexicano".

f. El modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse "es en el sentido de que: 1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia,

podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos".

g. "Los párrafos 337 a 342 de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* resultan obligatorios para los jueces del Estado mexicano, al ejercer el control de convencionalidad".

h. "Los jueces del Estado Mexicano deberán reiterar en los casos futuros el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia que emitió en el *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* y en aplicación del art. 1º constitucional".

i. La Suprema Corte de Justicia "deberá reasumir su competencia originaria para resolver los conflictos competenciales que se presenten entre la jurisdicción militar y la ordinaria".

j. El Poder Judicial de la Federación deberá establecer cursos de capacitación en diversos campos atinentes a la protección internacional de los derechos humanos --que la decisión de la Suprema Corte señala con detalle – destinados a jueces, magistrados y funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación.

k. "El Poder Judicial de la Federación debe garantizar que la averiguación previa (…) respecto al *caso Radilla Pacheco* se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra".

l. En virtud de que "todos los jueces del Estado Mexicano (…) están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos, resulta necesario que el Tribunal Pleno modifique la jurisprudencia P./J.. 74/1999"[2].

2. Esta jurisprudencia, que manifiesta la posición de la Suprema Corte de Justicia hasta antes de las decisiones de julio de 2011, y que estuvo precedida por definiciones del más alto tribunal en sentido diferente, se expresa en los siguientes términos: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN". El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que (…) En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta

m. "El Poder Judicial de la Federación adecuará sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, orientándose con los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

n. "De acuerdo con los párrafos 252 y 256 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos*, deberá garantizarse en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas".

ñ. "La Suprema Corte de Justicia deberá reasumir su competencia originaria o ejercer la facultad de atracción para conocer de conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la ordinaria, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, por tanto, deberá solicitar a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en el caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a (la) Suprema Corte para los efectos anteriores".

Ya he expresado mi parecer sobre varios temas abarcados por estas determinaciones de la Suprema Corte de Justicia, entre ellos los correspondientes a la *eficacia vinculante que poseen, en mi concepto, los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando actúa como intérprete de la Convención Americana* – que es, a su turno, una normativa vinculante para los Estados partes, entre ellos México –, independientemente de que se hallen depositados en una resolución concerniente a nuestro país o a otro Estado parte en el Sistema Interamericano.

También he señalado mi punto de vista acerca del control judicial interno de convencionalidad, para que éste satisfaga los fundamentos que lo sustentan y los objetivos a los que atiende, y se despliegue – como lo ha manifestado explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos a este respecto determinaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación – conforme a la *competencia que se asigne a los tribunales que ejerzan el control y a los procedimientos establecidos para ello*.

Concluiré esta revisión en torno al control judicial interno de convencionalidad con las palabras que figuran al final del libro *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:*

> Una vez cumplida la reflexión judicial sobre estos temas, conviene que en el futuro inmediato se produzca el debate legislativo y la aprobación de normas específicas que definan claramente los procedimientos para el cumplimiento, por parte de los diferentes órganos del Estado, de la CorteIDH y de otras instancias y tribunales internacionales,

Magna para ese efecto". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Vol. X, Agosto de 1999, p. 5.

así como el diseño que garantice en el marco del complejo sistema judicial mexicano, un adecuado control de convencionalidad, sin generar desequilibrios innecesarios en el moldelo de justicia interna.

Apremia, pues, el trabajo legislativo; sin éste, se mantendrá inconclusa la tarea emprendida por la Suprema Corte para recibir internamente el Derecho internacional de los derechos humanos, y tampoco ganará en homogeneidad y claridad el ingreso al orden jurídico mexicano de los derechos previstos en convenciones internacionales, como lo postula el nuevo texto del art. 1º constitucional.

Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos*

Víctor Bazán**

El recorrido propuesto. 1. Referencias contextuales. 2. Sobre el control de convencionalidad. 2.1. Acercamiento conceptual. 2.2. Evolución jurisprudencial del tema en la CorteIDH. 2.3. Fundamentos y objetivos. 2.4. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos. 2.5. Repaso ilustrativo de la percepción de ciertos órganos máximos de justicia constitucional latinoamericanos acerca del control de convencionalidad. 3. Aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. 3.1. Encuadre de la cuestión. 3.2. El constructo "margen de apreciación nacional". 3.3. De ciertos signos de apertura de la CorteIDH hacia los espacios internos de los Estados que integran el modelo interamericano. 4. Valoraciones finales.

* El presente trabajo reconoce como antecedente el ensayo del autor titulado "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63/104.

Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de diversas Universidades argentinas y del exterior. Autor, coautor y/o coordinador de alrededor de 70 libros y 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París); de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (del que forma parte de su Junta Directiva); de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (en la que integra su Comité Ejecutivo); de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (donde ha ocupado diversos cargos directivos, entre ellos el de Director de la Sección de Derechos Humanos en los períodos 2005/2007, 2007/2009 y 2009/2011 y actualmente es Miembro del Consejo Editorial del *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, publicado por dicha Asociación); Vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Grupo de Estudios sobre "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales" del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro del Grupo de Estudios por el "Pluralismo Jurídico en Latinoamérica" (Prujula) del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. Integrante de la Unidad de Investigación de la Universidad de Bolonia (Italia), en el ámbito del proyecto universitario "PRIN" sobre el tema "La doctrina en la jurisprudencia constitucional". Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha realizado numerosas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

El recorrido propuesto

Este aporte sólo aspira a ser un modesto medio de enlace entre las dos partes centrales que dan cuerpo al presente libro: diálogos entre jurisdicciones nacionales, regionales y globales y la necesidad de intensificar un nuevo paradigma jurídico sustentado en el control de convencionalidad, para fortalecer la protección de los derechos humanos.

La garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional como al sistema protectivo regional, encarnado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, respectivamente, Comisión IDH y CorteIDH). Partiendo de tal trascendente pauta jurídica y axiológica, comenzaremos nuestro recorrido ofreciendo algunas consideraciones para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales (y demás autoridades competentes) de llevar adelante una interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos (ap. II).

A continuación (capítulo 2) ingresaremos al "mundo" del control de convencionalidad, intentando responder – de modo sumario – algunos interrogantes a su respecto, tales como: ¿De qué hablamos cuando hablamos de control de convencionalidad?; ¿Cómo se ha venido construyendo progresivamente hasta el presente dicha fiscalización en el seno jurisprudencial de la CorteIDH?; ¿Cuáles son los fundamentos sobre los que se asienta y los objetivos que persigue ese tipo de contralor de compatibilidad convencional?; ¿De qué manera el mismo puede funcionar como una importante pieza del mecanismo de protección multinivel de los derechos humanos?; y ¿Cuánto ha impactado aquél en la visión de algunos órganos de cierre de la justicia constitucional en Latinoamérica?

Seguidamente (capítulo 3), nos enfocaremos en otro ítem de interés: la necesidad de incrementar cualitativamente un diálogo entre la CorteIDH y los órganos de clausura de la justicia constitucional en los Estados Partes del sistema interamericano (y de éstos entre sí), a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos. A su respecto, y después de formular ciertas consideraciones generales sobre el tópico, hilvanaremos algunas reflexiones sobre la doctrina del "margen de apreciación nacional" y enunciaremos determinadas señales de apertura de la CorteIDH hacia los Estados Partes del sistema interamericano.

El cierre de esta contribución (capítulo 4) traerá ciertas reflexiones finales encaminadas principalmente a insistir en la importancia del control de convencionalidad, a resaltar la perentoria necesidad de fortalecer el diálogo jurisdiccional como puente de vinculación e interacción de las instancias protectorias de los derechos esenciales y a destacar que de la vigencia efectiva de éstos depende ni más ni menos que la salvaguarda de la dignidad humana.

1. Referencias contextuales

Uno de los aspectos medulares de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.[1]

En particular respecto del derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos.

Tales postulados confirman que la vital problemática de los derechos humanos, es una incumbencia – y debe ser una preocupación – concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional. Ello sin olvidar, claro está, que esta última ostenta una naturaleza convencional **coadyuvante o complementaria** de las de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – CADH –, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos,[2] asociada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio en el marco transnacional que pudiera acarrearle responsabilidad internacional.

Por supuesto, no se nos escapa que la mentada subsidiariedad del sistema interamericano se circunscribe al ámbito jurisdiccional, y no opera respecto de otras áreas en las que la labor de los órganos de dicho modelo es principal, por ejemplo, realizar visitas *in loco*, dirigir recomendaciones a los Estados Partes, elaborar informes temáticos y/o por países sobre la situación de la protección de los derechos humanos en general o de alguno en particular.

Retomando la mencionada conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, no está de más evocar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto – en su caso – en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional[3] motivada en la imposibilidad de obtener solución satisfactoria mediante los remedios locales, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Así, y en general, es condición inexcusable para que – al menos *ab initio* – quede franqueado el acceso al sistema interamericano por conducto de la Comisión IDH, que se haya agotado previamente la vía interna y, de manera semejante,

1. Cfr. José A. Pastor Ridruejo. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 10. ed., Madrid: Tecnos, 2006, p. 165.
2. Sobre el punto, ver por ejemplo el art. 46.1.'*a*' de la CADH.
3. Cfr. art. 68 de la CADH.

luego de un pronunciamiento de la CorteIDH que declare la responsabilidad internacional de un Estado, y que éste se niegue a cumplir en tiempo y forma (o que no la abastezca totalmente), sobrevendrá para la **víctima y/o sus familiares**, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del Estado condenado renuente, sin olvidar que la CorteIDH se reserva las facultades de supervisión de su propio fallo.

En la lógica descrita, se impone como premisa irrecusable a los jueces y magistrados en la dimensión interna (y al resto de las autoridades competentes) acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales **de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos**, lo que necesariamente involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas.

Semejante mandato de **interpretación conforme** con aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas – *inter alia* – en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la CorteIDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: **la defensa y la realización de los derechos fundamentales, que son expresión directa de la dignidad humana**.

Abrimos un paréntesis para mencionar que, en palabras de Garzón Valdez, el concepto de dignidad humana puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad.[4] Semejante concepto, según aquel autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes.[5]

Pero además, siempre en prosa garzoniana, "el concepto de dignidad humana cumple una especie de función 'trascendental' en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*"[6] – énfasis agregado.

4. Ernesto Garzón Valdez. ¿Concepto de dignidad humana?", *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.
5. Ibidem, p. 101.
6. Ibidem, pp. 101/102.

2. Sobre el control de convencionalidad[7]

2.1. Acercamiento conceptual

Tal como la anticipáramos, la interrelación de los tribunales nacionales y la CorteIDH se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de vínculos no siempre pacíficos ni lineales. Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al **control de convencionalidad**, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

2.1.1. Ámbito internacional

Una de las modalidades se desarrolla en sede **internacional**, y se deposita en la CorteIDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como "control de convencionalidad".

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia – v.gr. – la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer tal finalidad.

2.1.2. Contexto interno

La restante modalidad se despliega en sede **nacional**, se encuentra a cargo de los jueces y magistrados locales, involucrando también a las demás autoridades públicas (en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes – como veremos ha advertido el Tribunal Interamericano) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los estándares interpretativos que la CorteIDH ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos fundamentales.

7. Para ampliar sobre el tema del control de convencionalidad, ver Bazán, Víctor, por ejemplo en "El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial", *La Ley. Actualidad,* Año LXXV, Nº 22, Buenos Aires, 1 de febrero de 2011, pp. 1/4.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris* básico en materia de derechos humanos respecto del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que, adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

2.2. Evolución jurisprudencial del tema en la CorteIDH

2.2.1. Antes del *Caso Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*

Todo lleva a presumir que fue el hoy ex Presidente de la CorteIDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el Caso *Myrna Mack Chang* vs. *Guatemala*,[8] quien en el seno de la CorteIDH utilizó por vez primera la expresión "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

No obstante ello, debe advertirse que – como se verá – el citado ex magistrado asigna a dicha locución un contenido semántico que supone visualizar a la CorteIDH como una especie de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Volviendo al hilo de la secuencia jurisprudencial en la utilización de dicha modalidad de contralor, con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el "Caso *Tibi* vs. *Ecuador*",[9] el nombrado jurista – luego de comparar la labor de la CorteIDH con la que despliegan los tribunales constitucionales – señaló que aquélla **analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos**, pretendiendo "conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía" (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el "Caso *López Álvarez* vs. *Honduras*",[10] y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la CorteIDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención – es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad" –, debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el "Caso *Vargas Areco* vs. *Paraguay*"[11] (resuelto el mismo día que el "Caso *Almonacid Arellano y otros* vs.

8. CorteIDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2003, Serie C, N° 101.
9. CorteIDH, "Caso Tibi *vs.* Ecuador", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7/7/2004, Serie C, N° 114.
10. CorteIDH, "Caso López Álvarez *vs.* Honduras", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1/2/2006, Serie C, N° 141.
11. CorteIDH, "Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 155.

Chile", del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces nombrado ex juez del Tribunal Interamericano precisó que éste "tiene a su cargo el 'control de convencionalidad' fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana" (párr. 6), pudiendo sólo "confrontar los hechos internos – leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo – con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza" (párr. 7).

Nótese por último que, por ejemplo, en su intervención como Presidente de la CorteIDH en la ceremonia de apertura del período extraordinario de Sesiones del Tribunal, el 28/03/2006, en Brasilia, García Ramírez ya expresaba:

> La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido – si se me permite emplear un símil – es *corte de convencionalidad*, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales.[12] [destacado nuestro].

2.2.2. La adopción plenaria de la expresión "control de convencionalidad" por la CorteIDH a partir del "Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*"

Los primeros fallos en los que el Tribunal Interamericano se refirió plenariamente al *control de convencionalidad*, fueron en línea cronológica: "*Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*",[13] "*Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú*"[14] y "*La Cantuta* vs. *Perú*".[15]

Por cierto, en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" empleó un mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad respecto de lo que verbalizara en el "Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*".

En efecto, mientras que en éste sostuvo un tanto genéricamente que el *Poder Judicial* debe ejercer una *especie de* "*control de convencionalidad*", en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" puntualizó que *los órganos del Poder Judicial* deben ejercer *no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad'*.

12. Cfr. *www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf*.
13. CorteIDH, "Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154, párr. 124.
14. CorteIDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, Serie C, N° 158, párr. 128.
15. CorteIDH, "Caso La Cantuta *vs*. Perú", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

Así, ya no se refirió laxamente a una "*especie* de control de convencionalidad", sino que aludió específicamente a la *obligación judicial* de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Es útil subrayar, a modo de síntesis, que en el caso citado en último término ("*Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú*"), la Corte avanza en la conformación de la doctrina del control de convencionalidad, decantándose por su viabilidad *incluso de oficio*, además de poner énfasis en la búsqueda del efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y en el necesario resguardo del objeto y el fin de los mismos (temas que retomaremos escuetamente).

Aunque tal vez sobreabundante (¿tautológico quizá?), recordamos que la tarea de desenvolvimiento del control de convencionalidad implica discernir si una norma o un acto internos *son o no convencionales*. Es que, como el Tribunal Interamericano advirtió en el "Caso *Boyce y otros* vs. *Barbados*", ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es "convencional", o sea, debe además el órgano competente en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.[16]

Puede señalarse que en el "Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*", de 26/11/2010, la CorteIDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: *"Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana,* evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"[17] – cursivas añadidas.

Al panorama someramente descrito se agrega otro ingrediente no precisamente menor. En efecto, en la sentencia dictada el 24/2/2011 en el "Caso *Gelman* vs. *Uruguay*", la CorteIDH ha expandido las fronteras de operatividad del control de convencionalidad, para entronizar a la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en tal ocasión que

> … particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad'* (…)*, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*"[18] [remarcado agregado].

16. CorteIDH, "Caso Boyce y otros *vs*. Barbados", Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, Serie C, N° 169, párr. 78.
17. CorteIDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 225.
18. CorteIDH, "Caso Gelman *vs*. Uruguay", Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239.

En breves palabras, la CorteIDH ha involucrado en la obligación de realizar control de convencionalidad a "*cualquier autoridad pública* y no sólo del Poder Judicial" –destacado agregado –, lo que supone un mandato con un nivel de generalidad tal que es posible intuir que generará dificultades operativas.

A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en el "Caso López Mendoza vs. Venezuela"[19] y el "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile"[20] que, **con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia**.

Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de **destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional**, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

i) *Poder Judicial* ("Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*").
ii) *Órganos del Poder Judicial* ("Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú*").
iii) *Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* ("Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*").
iv) *Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial* ("Caso *Gelman* vs. *Uruguay*").
v) *Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CorteIDH* ("Caso López Mendoza vs. Venezuela" y "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile").

2.3. Fundamentos y objetivos

Una de las ideas medulares que pretendemos rescatar aquí es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias de la CorteIDH tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales (y demás autoridades públicas).

Dicho de otro modo, debe hacerse foco en el impacto que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales.[21]

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del "control de convencionalidad"

19. CorteIDH, "Caso López Mendoza *vs.* Venezuela", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.
20. CorteIDH, "Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.
21. Cfr., *mutatis mutandi*, Jimena Quesada, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

La lógica del funcionamiento del mecanismo sería la siguiente: la CorteIDH fija un criterio o estándar (que es un umbral cuyo alcance puede ser ampliado por las jurisdicciones internas) y, control de convencionalidad mediante, los órganos competentes locales lo aplican (en la medida de lo aplicable) en los casos concretos que se presenten.

Así, se aligera prospectivamente la carga de trabajo del Tribunal Interamericano, relevándolo de un conjunto de casos que pueden y deben ser asumidos por magistrados y demás autoridades competentes en los órdenes internos, siempre dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones.

De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de *irradiación* de la jurisprudencia de la CorteIDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de tal Tribunal.

Al respecto, no puede soslayarse como material de análisis para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (premisa fundamental, de raigambre metajurídica,[22] del derecho de los tratados internacionales); cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional), e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones – según nuestro criterio) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales.[23] Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente correspondiente, con los arts. 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23/05/1969,[24] conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales

22. Al respecto, y en su voto disidente en el "Caso Caballero Delgado y Santana *vs*. Colombia" (Sentencia de Reparaciones y Costas, 29/01/1997, Serie C, N° 31, párr. 8), el ex magistrado Antônio A. Cançado Trindade dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, "al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales".

23. Sólo por traer aquí una cita ejemplificativa, evocamos que la CorteIDH ha sostenido: "Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (…). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969" (cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1 y 2]", 9/12/1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Comisión IDH], Serie A, N° 14, párr. 35).

24. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27/01/1980.

convencionales,[25] y una de las principales tramas normativas sobre las que se asienta la obligatoriedad del control de convencionalidad.

Tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la CorteIDH por parte de los Estados que, al haberse sometido voluntaria y soberanamente al radio de alcance competencial que aquélla ostenta, se encuentran integrados en el modelo de justicia internacional que dicho Tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar – de buena fe – en consecuencia.[26]

El actual Presidente de la CorteIDH, Diego García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el "Caso *Cepeda Vargas* vs. *Colombia*", ha precisado que

> …los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos" – subrayado nuestro (párr. 30).[27]

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps "… no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia".[28] Convergentemente, García Ramírez resalta que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional.[29]

25. Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, Ibidem, que al enunciado tradicional en punto a que "los pactos deben ser cumplidos", la disposición añade "de buena fe", que naturalmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado literalizadas también en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3º reza: "Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos". A su tiempo, entre los principios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), su Carta establece en el art. 2.2. lo siguiente: "Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*" – énfasis añadido. Sobre tales tópicos, ver para ampliar De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94/95.
26. Ver arts. 33, 62.3, 67, 68.1, y ccds. de la CADH.
27. CorteIDH, "Caso Cepeda Vargas *vs*. Colombia", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26/05/2010, Serie C, N° 213; voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 30.
28. Pérez Tremps, Pablo, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho,* N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.
29. CorteIDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

En línea con todo ello, vemos que de la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Partes de la misma 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; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.[30]

En tal contexto, la palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes:

> (i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y (ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[31]

El principio de **adecuación normativa** que aquí abordamos implica el deber general de cada Estado Parte de adaptar su ordenamiento interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ésta reconocidos.

Ello significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados y demás autoridades públicas locales asegurar el cumplimiento de aquel mandato por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

Presentada la idea en otras palabras (las de la CorteIDH), quien lleve adelante el control de convencionalidad en el ámbito local "debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos".[32]

30. Algunas referencias sobre el tema pueden verse en Bazán, Víctor, "En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2010, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pp. 151/177.

31. Cfr., *inter alia*, "Caso Castillo Petruzzi y otros *vs*. Perú", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y "Caso Salvador Chiriboga *vs*. Ecuador", Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr. 122.

32. Ver, v.gr., CorteIDH, "Caso Heliodoro Portugal *vs*. Panamá", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en el "Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile", cit., párr. 124; en el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso *vs*. Perú", cit., párr. 128, y en el "Caso Boyce y otros *vs*. Barbados", cit., párr. 113.

2.4. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos

Como insistentemente ha señalado el Tribunal Interamericano, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: **la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos**, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, **no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes**; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los indivíduos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.[33]

Se aprecia con nitidez que sólo sería una prédica discursiva o fraseológica vacua referirse a un modelo **multinivel** de protección de los derechos humanos (emergente de la supuesta combinación "tuitiva" de las dimensiones nacionales e internacional), si no se contara con genuinos y eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que puedan adquirir anclaje efectivo criterios hermenéuticos esenciales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas **pro persona y pro actione**, que puedan ser trasvasados –control de convencionalidad e interpretación conforme mediantes – al ámbito interno.

Es que, como afirma Cançado Trindade, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en los planos nacional e internacional, corresponde al "derecho a la realización de la justicia material".[34]

En el escenario descripto, el diálogo jurisdiccional puede visualizarse como ruta de interacción entre las diversas instancias de protección de los derechos humanos (internas e internacionales), que exhiben influencias y condicionamientos mutuos. Tal punto temático nos ligará, en su momento, con el tópico que abordaremos en el ap. IV de este ensayo.

33. Ver, por ejemplo, CorteIDH, Opinión Consultiva OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 2, párr. 29. Un acercamiento a tal opinión consultiva puede compulsarse en Bazán, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Bidart Campos, Germán J. *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Rep. Arg.), 2000, pp. 91/165.

34. Cançado Trindade, Antônio A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, T° II, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) – Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 214.

2.5. Repaso ilustrativo de la percepción de ciertos órganos máximos de justicia constitucional latinoamericanos acerca del control de convencionalidad

Naturalmente despojados de cualquier inalcanzable propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo "control de convencionalidad", las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que éste ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea, nos detendremos en los casos de la Corte Suprema de Justicia argentina, la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

2.5.1. Corte Suprema de Justicia Argentina

a) El caso "Mazzeo"

El Máximo Tribunal argentino ha sido pionero en Latinoamérica en receptar la doctrina del control de convencionalidad. De hecho, ya en "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad",[35] de 13/07/2007, por mayoría[36] aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

Para conformar tal matriz argumental receptó expresamente la pauta adoptada por la CorteIDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el "Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*", siendo al efecto particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que – añadimos por nuestra parte – significa discernir si una norma interna "*es o no convencional*", al modo como el Tribunal Interamericano advirtiera en el nombrado "Caso *Boyce y otros* vs. *Barbados*".[37]

b) Un paso adicional

El Alto Tribunal ha dado un paso más, cuando al resolver la causa "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación",[38] de 31/08/2010, se apoyó en la doctrina de la CorteIDH en el nombrado "Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú*", recordando que dicho Tribunal Interamericano "ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' ex officio* entre las normas internas y la Convención

35. *Fallos*, 330:3248.
36. Los alineamientos fueron: por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la jueza Argibay.
37. CorteIDH, "Caso Boyce y otros *vs*. Barbados", cit., párr. 78.
38. *Fallos*, 333:1657. Votaron de modo coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" – remarcado agregado (consid. 10).

c) Breve colofón

Lo sucintamente expuesto marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad, incluso de oficio, por parte de la Corte Suprema argentina; al tiempo que se hace perceptible el mensaje que ésta transmite a los órganos judiciarios inferiores (y – agregamos de nuestra cosecha – al resto de las autoridades públicas) para que se conduzcan en sentido consistente.

Ese elevado tenor de permeabilidad emerge principalmente de aquel tándem de sentencias. Así, en "Mazzeo" denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en "Videla" patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquél, como la referida al ejercicio *anche* '*ex officio*' de tal fiscalización convencional.

2.5.2. Corte Constitucional de Colombia

a) La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite

Nos concentraremos en un relativamente reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en cuanto a la magnitud que la Corte Constitucional (C.C.) asigna a los fallos de la CorteIDH.

En la Sentencia C-442[39] de 25/05/2011, la Sala Plena de la C.C. aludió expresamente al "control de convencionalidad".

En el caso, se había planteado una acción pública (art. 241 de la Constitución Política) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los arts. 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la Ley N° 599 de 2000 – por la cual se expide el Código Penal –, por vulnerar los arts. 20, 29 y 93 constitucionales y los arts. 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la C.C. evocó su posición – forjada en decisiones anteriores – en torno a que la jurisprudencia de la CorteIDH "es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad" (cfr. subap. II. "Consideraciones", pto. 7. "El precedente sentado en el Caso *Kimel* vs. *Argentina*").[40] En esa línea, y en idéntico subap. II.7., apuntó que "la jurisprudencia de la CorteIDH contiene la **interpretación**

39. Su texto puede verse en *http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm*. Fue Magistrado Ponente (M.P.) el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
40. CorteIDH, "Caso Kimel *vs*. Argentina", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2/05/2008, Serie C, N° 177.

auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad"[41] – énfasis del original.

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3/04/ 2002, la Sala Plena de la C.C. había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la CorteIDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del art. 137 de la Ley Nº 600 de 2000,[42] demandado en aquella ocasión (id. subap.).

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18/05/2006,[43] al analizar distintas disposiciones de la Ley Nº 975 de 2005[44] relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la C.C. reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CorteIDH, "… por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, …" (id. subap.).

En la nota Nº 54 de la citada Sentencia C-442, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la C.C. señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada "resulta concordante con la postura de la CorteIDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH"; lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el "Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*" (párr. 124) y en el "Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* vs. *Perú*" (párr. 128).

Ya refiriéndose al "Caso Kimel vs. Argentina"[45] de la CorteIDH, la C.C. indicó que, "aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un **control de convencionalidad** que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, …" – remarcado agregado (id. subap.).

En definitiva, y con salvamento de voto del entonces Presidente de la Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la C.C. declaró exequibles los citados arts. 220 a 228 de la nombrada Ley Nº 599 de 2000.

41. En este punto la C.C. cita las Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota 53 del fallo analizado).
42. Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
43. Actuaron como MM.PP. los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.
44. Ley por cuyo intermedio "se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios". Es comúnmente conocida como "Ley de Justicia y Paz".
45. Ya identificado en nota 42.

b) Recapitulación

Más allá de la decisión puntual adoptada por la C.C. en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar:

i) Pone de resalto su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la CorteIDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta "carácter vinculante".

ii) Utiliza explícitamente la expresión "control de convencionalidad".

iii) Cita, bien que en nota, los fallos de la CorteIDH recaídos en el "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (párr. 124) y en el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" (párr. 128), lo que – luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados – permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de fiscalización convencional, incluso ex officio.

2.5.3. Suprema Corte de Justicia de México

a) El "Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos" y su impacto sísmico en la Suprema Corte

Básicamente a partir del "Caso *Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos*",[46] el asunto del control de convencionalidad convulsionó a la Suprema Corte de Justicia de México (SCJM), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009/2010 de la CorteIDH referidas a la obligatoriedad del contralor de convencionalidad, las condenas contra México pronunciadas en el "Caso *Fernández Ortega y otros*",[47] el "Caso *Rosendo Cantú y otra*"[48] y el nombrado "Caso *Cabrera García y Montiel Flores*".[49]

Retomando el tema del "Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos" y sus implicancias, durante 2010 el entonces Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la CorteIDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

46. CorteIDH, "Caso Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2009, Serie C, N° 209.
47. CorteIDH, "Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/08/2010, Serie C, N° 215.
48. CorteIDH, "Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C, N° 216.
49. "Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México", cit. en nota 19.

Dicha desestimación generó el Expte. "Varios" 489/2010, del que fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal Pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del "engrose" de la decisión fue el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada síntesis, entre otras, en el Expte. "Varios" 912/2010 dentro del Expte. "Varios" 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

i) Las sentencias condenatorias de la CorteIDH en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.

ii) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

iii) Existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

iv) Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Debe además advertirse que se procedió a una reinterpretación del art. 133 de la Constitución Política[50] a la luz del vigente art. 1, ibidem, esto es, conforme la versión reformada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.[51]

Asimismo, la SCJM ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia si no se comienza desde un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los arts. 1 y 133 de la Constitución Federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación por los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

i) *Interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en

50. Dicho art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el art. VI de la Constitución de EE.UU., tal como sucede con el art. 31 de la Ley Fundamental argentina.

51. Una somera referencia a tal reforma constitucional puede verse en Bazán, Víctor, "Estado Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos", en López Ulla, Juan Manuel (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2011, en esp. pp. 95/96.

la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

ii) *Interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

iii) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.*

b) Control "difuso" de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el "Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos" en particular (aunque en realidad con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJM.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornare* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa. Todo ello, en un contexto impactado por la reciente (y citada) modificación constitucional que ha instilado una clara impronta, originando – *inter alia* – la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

3. Aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas[52]

3.1. Encuadre de la cuestión

A modo de breve preludio teórico, y en un ejercicio de máxima simplificación, se observa que entre las distintas variantes taxonómicas de "diálogo", pueden mencionarse la **vertical**, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema internacional; y la **horizontal**, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental.[53]

52. Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en Bazán, Víctor, "Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15/44.

53. Empleamos *mutatis mutandi* la presentación de De Vergottini, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

Esta segunda modalidad es muy importante, pues permite una suerte de intercambio de ideas y razonamientos – además de la extrapolación de estándares – en torno a temas comunes entre tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas entre sí. Por su parte, la primera de esas tipologías también es significativa desde que permite generar posibilidades de interlocución entre estos órganos y la CorteIDH, sin perjuicio de permitirnos plantear tangencialmente que esta variante de diálogo también debería involucrar a otros órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En definitiva, y aun cuando para algunos autores resulte difícil aceptar un enfoque en términos de "diálogo" (pues sostienen que éste no podría existir cuando media una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos **dialogantes**), enfocándonos directamente en aquella faceta vertical de interlocución, entendemos que debe intensificarse un **diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo**.

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

Trayendo *mutatis mutandi* a este marco de discusión las apreciaciones de Jimena Quesada, podría concluirse que el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que

> se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad.[54]

A su tiempo, y recurriendo a una síntesis extrema, consideramos que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la CorteIDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas, sino que corresponde hacer foco en una "construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias

54. Jimena Quesada, Luis, "El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 15, Primer Semestre 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41/74.

a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana".[55]

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de "fertilización cruzada" (*crossfertilization*)[56] de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

3.2. El constructo "margen de apreciación nacional"

Estimamos conveniente realizar siquiera una somera incursión en el tema que indica el epígrafe, para intentar dilucidar si recurrir a dicha doctrina en nuestro espacio regional puede o no operar como un elemento útil para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre las dimensiones jurisdiccionales internacional e interna.

En primer lugar, vale advertir que la citada tesis ha tenido (y sigue teniendo) una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido muy discreta.[57]

Desde la perspectiva que al respecto ofrece García Roca, aquélla responde a

> una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona.[58]

Por su parte, Sáiz-Arnáiz ha sintetizado su percepción sobre el tópico en cuestión en el contexto del TEDH, sosteniendo que tal doctrina es **necesaria** ante la gran diversidad cultural de los 47 Estados Partes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que empieza en las Islas Azores y termina en Vladivostok; aunque sostiene que **es un criterio muy difícil de objetivar** y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburguense en ocasiones lo ha aplicado de manera **caprichosa**. Al respecto, alega que el TEDH debería buscar un equilibrio por medio de la configuración de un **estándar común mínimo**.[59]

55. Góngora Mera, Manuel E., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en el libro colectivo citado en nota 36, p. 429.
56. Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo – adaptación mediante – de lo explicado por De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.* en nota 56, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.
57. Fue empleada por la CorteIDH en la Opinión Consultiva OC-4/84, de 19/01/1984, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización", solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N. 4, por ejemplo en los párrs. 58 y 62.
58. García Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.
59. Sáiz-Arnáiz, Alejandro, en su disertación de 18/11/2011 en el panel "Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales", en el marco del "XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados

Si por nuestra parte debiéramos describir en breves líneas el instituto en cuestión, podríamos decir que se trata de una doctrina compleja, con contornos imprecisos (¿impredecibles?), cuya utilización ha sido voluble, pero que está destinada a no desaparecer nunca del todo, pues usualmente al TEDH le resulta funcional y útil acudir a ella para construir las líneas argumentales de sus decisiones en casos con perfiles jurídica, política, institucional y/o socialmente dilemáticos.

Ciertamente, un eventual empleo más intenso de semejante "margen de apreciación nacional" en el ámbito interamericano habría de ser prudente y razonable para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

El tema no está exento de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y en su caso, debería exigirse a su respecto un empleo cauteloso para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de amparo real y concreto de éstos.

En ese sentido, dejar librado al "margen de apreciación nacional" conceptos tan complejamente difusos, sobre todo en materia de derechos humanos, como "orden público", "bien común", "seguridad nacional" etc.; fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren claudicantes y permeables a las presiones del poder político, **sería altamente riesgoso**.

Lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un **margen de apreciación y no un reservorio de arbitrariedad**.

Dicho de otra manera, sólo podría ser una herramienta útil – como actitud deferente hacia el Estado – en tanto sea empleada prudente y razonablemente. Al respecto, no puede ya discutirse que la pauta de "razonabilidad" *ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho* – Zagrebelsky[60] *dixit*.

3.3. De ciertos signos de apertura de la CorteIDH hacia los espacios internos de los Estados que integran el modelo interamericano

3.3.1. Itinerancia del Tribunal

Dentro del marco meramente ejemplificativo de este acercamiento, consideramos que un elemento positivo y de apertura hacia la sociedad civil es la descentralización de las sesiones extraordinarias que la CorteIDH realiza en distintos países del arco americano.

Tal temperamento aperturista ha permitido **tangibilizar y humanizar** la existencia del Tribunal, y ser conocido un poco más de "cerca" por operadores jurídicos y

de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina", Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19/11/2011.

60. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (trad.), 3. ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 147.

políticos, ONGs, estudiantes, académicos y ciudadanos de distintos Estados, quienes pueden presenciar a la "Corte en acción".

Este acercamiento con los actores nacionales ha sido fecundo, por medio de la itinerancia en el desarrollo de tales sesiones extraordinarias y audiencias públicas, permitiendo difundir el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano, su funcionamiento y alcance y la faena que el Tribunal Interamericano lleva adelante.

Asimismo, y como lo mencionan Saavedra Alessandri y Pacheco, las sesiones itinerantes "otorgan una posibilidad única de asistir y participar en diversos seminarios organizados por la Corte en coordinación con universidades o instituciones estatales e impartidos por los propios jueces y abogados de la Corte Interamericana".[61] Esa constatación les lleva a asegurar que "[l]a posibilidad de complementar todas esas acciones fue esencial para lograr un mayor acercamiento con los miembros de la sociedad civil y empoderarlos en el conocimiento y reclamo de sus derechos".[62]

Pero además de la provechosa faena de difusión desplegada, y en lo que nos parece un dato no menor, tales sesiones descentralizadas acuerdan a los propios magistrados de la CorteIDH la posibilidad de interiorizarse *in situ* y de primera mano sobre distintos aspectos de la situación institucional, política, social y cultural de los países visitados, y mejorar las condiciones en que se encuentra el Tribunal al momento de dictar sentencias que involucren a tales Estados.

En algún punto, la actitud *ambulatoria* de la CorteIDH le permite matizar la riesgosa insularidad que supondría un encapsulamiento exclusivo de su actividad jurisdiccional desde su sede costarricense.

3.3.2. La referencia a precedentes de tribunales, cortes o constitucionales y cortes supremas de justicia

Otro elemento que puede aportar al diálogo interjurisdiccional y dotar de una mayor dosis de legitimidad a las sentencias de la CorteIDH,[63] es la referencia y la utilización de precedentes de los órganos de clausura del sistema de justicia constitucional de los Estados Partes del esquema interamericano.

Así, en el citado fallo recaído en el "Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*" se preocupó por puntualizar expresamente que "tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana" (párr. 226).

61. Pablo Saavedra Alessandri; Gabriela Pacheco Arias. *Las sesiones 'itinerantes' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: un largo y fecundo caminar por América. Biblioteca Jurídica Virtual, IIJ – UNAM, p. 72 (disponible para lectura en *www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/8.pdf*).
62. Idem.
63. Ello, de acuerdo con la visión del Presidente de la CorteIDH, Diego García-Sayán, expuesta en su disertación de 18/11/2011 en el panel "Tareas compartidas", en el contexto del Encuentro identificado *supra* en la nota 62.

En tal sentido, citó a:

- la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, que sostuvo que "debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada"[64] (id. párr.);
- el (ex) *Tribunal Constitucional de Bolivia*, que afirmó que "el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional 'sistémico', debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad". Añadió: "Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos"[65] (párr. 227);
- la *Suprema Corte de Justicia de República Dominicana*, que estableció que: "… es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el art. 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes"[66] (párr. 228);
- el *Tribunal Constitucional del Perú*, cuando afirmó que: "La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya

64. Sentencia de 9/05/1995, Acción Inconstitucional, Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), consid. VII.
65. Sentencia de 10/05/2010, Expediente N° 2006-13381-27-RAC, ap. III.3. sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".
66. Resolución N° 1920-2003, de 13/11/2003.

sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el art. 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal[67] (párr. 229). Asimismo, cuando el órgano de cierre de la justicia constitucional peruana puntualizó que se desprende su vinculación directa con la CorteIDH, "vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano"[68] (párr. 230);

- la *Corte Suprema de Justicia de Argentina*, cuando señala que las decisiones de la CorteIDH "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual ha determinado que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"[69] (párr. 231). Igualmente, al señalar "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ya que se "trata de 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"[70] (id. párr.); y
- la *Corte Constitucional de Colombia*, que ha expresado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"[71] (párr. 232).

67. Sentencia de 21/07/2006, Expediente N° 2730-2006-PA/TC, fund. 12.
68. Sentencia 00007-2007-PI/TC, de 19/06/2007, Pleno del Tribunal Constitucional ("Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República"), fund. 26.
69. Sentencia de 23/12/2004, Expte. 224.XXXIX, "Espósito, Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", consid. 6° (de la mayoría); registrado en *Fallos*, 327:5668.
70. Sentencia de 13/07/2007, Expte. M. 2333.XLII, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad", consid. 20 (de la mayoría); precedente que consta en *Fallos*, 330:3248.
71. Sentencia C-010/00, de 19/01/2000, párr. 6.

Previo a pasar a las apreciaciones finales de este trabajo, vale advertir que lo apuntado hasta aquí implica al menos un gesto de apertura y deferencia de la CorteIDH hacia las jurisdicciones constitucionales nacionales, aun cuando indudablemente falta todavía recorrer un largo camino para construir lazos dialógicos más sólidos y profundos en la línea de la deseada protección multinivel de los derechos fundamentales.

4. Valoraciones finales

Más allá de algunas conclusiones intercaladas en el nudo del trabajo, aportamos las siguientes observaciones de cierre del mismo:

1. La interrelación de los tribunales nacionales y la CorteIDH se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

2. Uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que transita por dos vertientes:

- Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en el Tribunal Interamericano que ha venido desplegándola desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente la ha denominado "control de convencionalidad".
- La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas (todos vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber que sobre ellos pesa en cuanto a constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos respecto de los cuales la CorteIDH ejerce competencia *ratione materiae*, además de los patrones hermenéuticos que ésta ha elaborado en su faena jurisprudencial.

3. Debe resaltarse la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias del Tribunal Interamericano tenga eco en los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales. En otros términos, es preciso enfocar el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales.[72]

4. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Partes de la misma 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; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

72. Cfr., *mutatis mutandi*, Jimena Quesada, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", cit. en nota 23, pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

Conectado con ello, la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad en el marco interno de los Estados Partes reposa en buena medida e *inter alia*, en principios generales del derecho tales como las premisas *pacta sunt servanda*, cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones de cuño internacional (cfr. arts. 26, 31.1 y 27, respectivamente, de la CVDT).

5. El control de convencionalidad y sus "circunstancias" no deberían pensarse ni desarrollarse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la CorteIDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar "diálogos jurisprudenciales críticos" de los tribunales nacionales entre sí y de ellos con la CorteIDH.

6. La defensa multinivel de los derechos básicos impone que se respete el importante emplazamiento institucional del nombrado Tribunal Interamericano y el valor de los estándares que diseña, pero simultáneamente exige que éste no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional y que esté abierto a "escuchar" las observaciones que desde los marcos domésticos pudieran dirigírsele.

Se ha llamado la atención sobre dicho punto, afirmando que "la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la CorteIDH. (…) Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[l] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*"[73] – remarcado agregado.

7. La necesidad de edificar paulatinamente una razonable sinergia interjurisdiccional se plantea partiendo de la premisa de que no existe una relación jerárquica formal entre aquellas instancias jurisdiccionales, sino una deseable convivencia en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la línea de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ellas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos, lo que supondrá optimizar la salvaguarda de la dignidad humana*.

73. Fernando Basch. "Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios", borrador del trabajo presentado a las Jornadas 'Una Constitución para el Nuevo Siglo', 18 y 19/05/2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (*http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc*).

22

Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la "constitución convencionalizada"

Néstor Pedro Sagüés*

Introducción. 1. El control de constitucionalidad. 2. El control de convencionalidad. 3. Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Reflexiones en torno de la constitución nacional "convencionalizada". 4. Consideraciones finales.

Introducción[1]

El propósito de esta nota es determinar las conexiones entre el "control de constitucionalidad" y el "control de convencionalidad" auspiciado (y exigido) este último por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del marco regional derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), también llamada Pacto de San José de Costa Rica.[2]

Frente a la postura más corriente, que distingue ambas revisiones y las conecta sucesivamente, comenzando con el control de constitucionalidad y prosiguiendo con el de convencionalidad (lo que llamaremos la "tesis de los dos eslabones consecutivos"), el presente artigo intentará sostener la tesis de la simbiosis entre los dos controles, en torno a la noción de la *constitución convencionalizada*. Naturalmente, esta propuesta es necesariamente polémica.

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

1. El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

2. Sobre el control de convencionalidad, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de in ius commune interamericano", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un* ius constitutionale commune e*n América Latina?*, México 2010, UNAM – Max Planck Institut, t. II pp. 449 y siguintes.

1. El control de constitucionalidad

Por supuesto, el control judicial de constitucionalidad está mucho más desarrollado que el control de convencionalidad: tiene cierta respetable antigüedad, cuenta con un buen desarrollo doctrinario, constitucional y legislativo, muchas veces formal, pero otras provenientes del derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional.

Desde luego, el control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso). Asume dos papeles principales:

a) un *rol saneador, o exclutorio,* preventivo o reparador según los diferentes sistemas,[3] tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional nacional al que hagamos referencia, a *inaprobar, inaplicar o abolir* al proyecto de norma o a la norma subconstitucional violatoria de la constitución. Este trabajo se consuma por todos los jueces (en los regímenes *difusos* o desconcentrados) o solamente por algunos (en los dispositivos de *control especializado*, o concentrado, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema).

b) Un *rol constructivo,* o *positivo,* con diversos niveles, igualmente según sea el derecho constitucional del país concreto al que hagamos referencia, pero que en todo caso procura un "reciclaje" del derecho subconstitucional, para tornarlo compatible con la constitución: (i) mediante, v. gr., la doctrina de la "interpretación conforme" de dicho derecho infraconstitucional, *"de acuerdo"* o *"de conformidad"* con la constitución (ello obliga, cuando se analiza al derecho subconstitucional, a descartar las interpretaciones posibles de una regla, opuestas a la constitución) y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con la constitución;[4] (ii) a realizar esfuerzos interpretativos del derecho subconstitucional (algunos los llaman *sobreinterpretaciones),* para tornarlo compatible con la constitución. Tal idea de "rescate" anima a las "sentencias modulatorias" o "atípicas" (también llamadas "manipulativas"), merced a las cuales el operador judicial *agrega* (sentencia aditiva), *quita* (sentencia sustractiva) o *quita y agrega* algo (sentencia sustitutiva) al contenido del texto subconstitucional (repetimos: ley, decreto, reglamento, etc.), para adaptarlo con la constitución; (iii) a repensar, o si se

3. Nos remitimos también a Néstor Pedro Sagüés, El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina, México 2004, ed. Porrúa, pp. 27 y siguintes; Teoría de la Constitución, primera reimpresión, Buenos Aires 2004, Astrea, pp. 442 y siguintes.

4. Respecto de la "interpretación conforme" de l ley con la constitución y la producción, algunas veces nomogenética en tal quehacer, de los tribunales constitucionales, cfr. F. Javier Díaz Revorio, La intepretación constitucional de la ley. Las sentencias interpetativas del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra, 2003, pp. 31 y siguintes.

prefiere, recrear, el entendimiento de las normas subconstitucionales, *desde la constitución.* Ello implica que un precepto del código civil, por ejemplo, no puede entenderse o hacerse funcionar exclusivamente desde una perspectiva (en el caso) "civilista", sino que se lo debe aplicar con un ritmo *constitucional-civilista.* Lo dicho empalma con la noción de la "constitución invasora", o la constitución "que está en todas partes".[5]

La dimensión "constructiva" del control de constitucionalidad acarrea una consecuencia importante: en rigor de verdad, en este trabajo, *todos los jueces son jueces constitucionales.* Conviene aclarar esta afirmación: ningún juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional, prescindiendo del *enfoque constitucionalista* de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla, según la Constitución. Claro está que si advierte – a través de dicho "enfoque constitucionalista" – que tal tarea es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla o abolirla, si está habilitado para ello, o derivarla al tribunal autorizado para así hacerlo.

La dimensión "constructiva" del control de constitucionalidad ha cobrado un auge singular con motivo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, no siempre aceptada por todos los países aunque con cada vez mayor difusión, conforme con la cual el juez (i) *auspicia* o *promueve* la sanción de normas que deben dictar, según la constitución, los otros órganos del Estado (caso de la mora o inercia legislativa, v. gr.), y (ii) ocasionalmente, puede él mismo dictar de modo transitorio a dichas reglas, si los órganos intimados a hacerlo incumplen tal requerimiento. Un Tribunal Constitucional, de tal modo, puede actuar como *legislador suplente y precario,* aprobando normas bajo condición resolutoria (rigen hasta que el órgano pertinente, según la constitución, cumpla con su deber y las sancione). En cualquiera de estos supuestos, son evidentes los *roles nomogenéticos* que asume el viejo control de constitucionalidad, superando los cauces tradicionales diseñados, por ejemplo, en Estados Unidos por *Marbury vs. Madison,* o incluso por Hans Kelsen al diseñar los tribunales constitucionales al estilo europeo.[6]

Agreguemos, finalmente, que con la doctrina de las "sentencias exhortativas", el juez constitucional apura sus funciones nomogenéticas, invitando (o

5. Sobre la "constitución invasora", ver Paolo Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico", en Miguel Carbonell (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Ed. Trotta, Madrid 2005, p. 83. Respecto de las sentencias atípicas, derivamos a Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Buenos Aires, ed. Ad-Hoc, 2006, pp. 73 y siguintes.

6. Ver Néstor Pedro Sagüés, "La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", en Víctor Bazán (Coordinador), Derecho Procesal Constitucional americano y europeo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I pp. 573 y siguintes.

intimando) al legislador, o en su caso, al Poder Ejecutivo (alguna vez, por cierto raramente, al poder constituyente), a sancionar ciertas normas, habitualmente subconstitucionales, con un contenido compatible con la constitución, o con principios constitucionales.[7] Es un trabajo de purificación constitucional del derecho vigente, a fin de corregir ciertas reglas subconstitucionales en trance de colisionar con la constitución, o ante el vacío por la declaración de inconstitucionalidad de leyes inconstitucionales. También, llegado el caso, para atender algunas situaciones de inconstitucionalidad por omisión; y en otros, como anticipamos, pero raramente, para revisar el texto de la constitución.

2. El control de convencionalidad

Tiene por meta afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derechos humanos. Expresa o implícitamente, parte del presupuesto de que ellos tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales, siempre, desde luego, que sean más favorables para la persona.

Hasta el año 2006, en el ámbito interamericano, lo practicaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos por sí misma, incluso sobre reglas constitucionales (el caso paradigmático es *La última tentación de Cristo,* donde aquel Tribunal, no obstante la presencia de reglas de la Constitución de Chile que autorizaban la censura televisiva, entendió que ellas violaban el Pacto de San José de Costa Rica, en materia de libertad de expresión, levantó una censura y requirió de ese país la modificación de su constitución).

A partir del caso *Almonacid Arellano,* en 2006, pronto reforzado por *Trabajadores Cesados del Congreso,* del mismo año, la Corte Interamericana modificó su tesis clásica y requirió que los jueces nacionales también realizaran, por sí mismos, control de convencionalidad. Estos jueces se convirtieron, de tal modo, y de manera nítida, en jueces del sistema interamericano de derechos humanos. En 2009, en *Radilla Pacheco,* amplió el radio de acción del instituto, incorporando su dimensión "constructiva". En una docena de casos, lo ha reafirmado explícitamente. La Corte actuó *per se,* sin requerir la voluntad de los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, decisión que ha despertado profundas críticas.[8]

La Corte fundamentó su aptitud jurídica para exigir tal control de convencionalidad a los jueces domésticos, en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda,* de la *bona fide* y del "efecto útil" de los tratados (este último, prescripto por el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, que tiende a dar eficacia a los

7. Sobre las sentencias exhortativas, y en particular dirigidas al poder constituyente (caso del Perú), nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, ob. cit., pp. 77 y siguintes.
8. Ver por ejemplo Ximena Fuentes Torrijo, El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja, hppt://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes.spanish_pdf (acceso en 23/09/2010).

compromisos internacionales contraídos). La argumentación es laboriosa, pero no supera lo siguiente: el Pacto de San José (art. 68), no obliga a los estados a cumplir sentencias en los que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron parte pudieron ser oídos.

En verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, se justifica por razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados. El día en que el derecho consuetudinario procesal constitucional y el derecho procesal transnacional asuman al control de convencionalidad, éste habrá logrado una inserción jurídica plena, como en el caso de tantas otras operaciones mutativas aditivas (piénsese, v. gr., en el sistema judicial estadounidense de control de constitucionalidad, y de los efectos expansivos de las sentencias de su Corte Suprema mediante la doctrina del *stare decisis,* o del valor del precedente, que no figuran en su constitución).[9]

Cabe reconocer que el control de convencionalidad parte tácitamente de la tesis de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos incluso sobre la constitución nacional, de haber conflicto entre aquéllos y ésta, pero respetando el principio de la norma más favorable a la persona, sea doméstica o internacional. Ello es factible, por ejemplo, en el marco del art. 424 de la constitución de Ecuador. También es de aceptación posible en países que confieren a ciertos instrumentos, como el Pacto de San José de Costa Rica, rango constitucional (art. 75 inciso 22 de la Constitución Argentina, v. gr.). Pero el problema se agrava en estados que no adoptan alguno de estos mecanismos, o que directamente declaran a su constitución como norma suprema, por sobre las reglas provenientes del derecho internacional. En estas hipótesis, la asimilación del control de convencionalidad va a requerir probablemente una interpretación mutativa de la constitución, que en virtud de la prevalencia de ciertos principios (así, del bien común internacional como valor prioritario sobre el bien común nacional), justifique el control que aludimos.

Veamos, en concreto, los papeles del control de convencionalidad, que guardan paralelismos con el control de constitucionalidad.

9. Sobre la creación del sistema norteamericano de la judicial review y los efectos expansivos de las sentencias de la Corte Suprema, ver María Sofía Sagüés, "Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México: Porrúa, 2004, n. 1 pp. 200 y siguintes.

a) *rol exclutorio*. En este ámbito, la Corte Interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvencionales, es decir, que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes *y normas internas* (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los derechos del hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal quehacer debe realizarse a pedido de parte o de oficio (*Trabajadores cesados del Congreso)*. La doctrina discute si esta tarea de exclusión de normas nacionales inconvencionales la deben realizar todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.
b) *Rol constructivo, o positivo.* El control de convencionalidad demanda aquí, conforme los lineamientos del ya citado caso *Radilla Pacheco,* que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la misma Corte Ineramricana. De hecho, tal función (que llamamos "constructiva") del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás, esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismos control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar al derecho doméstico ignorando al Pacto de San José de Costa Rica y a la referida jurisprudencia de la Corte.

Este rol constructivo impone un serio trabajo de adaptación, reciclaje, ensamble y amalgamiento respecto de las normas locales, en cuanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Algunas veces demandará esfuerzos hercúleos, en tren de, parafraseando a Benjamín Cardozo, "compatibilizar lo incompatibilizable". Exigirá, de vez en cuando, interpretaciones quizá mutativas, aditivas o correctoras, para salvar en lo posible, por medio de ese acoplamiento, a las reglas domésticas.

3. Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Reflexiones en torno de la constitución nacional "convencionalizada"

En cuanto se vinculen ambos controles, surgen consecuencias de importancia:

a) **Sobre las potencias interpretativas del juez local**. Si se compaginan ambos institutos, lo primero que puede advertirse es que el juez nacional que practica control de constitucionalidad, tiene en alguna medida (que en ciertas hipótesis es muy significativa) **recortada su aptitud interpretativa** por las pautas fijadas por el Pacto de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, cuando el Pacto o la jurisprudencia mencionada

se expiden en algún tema, construyen una suerte de *jus commune* latinoamericano, y el juez local no podrá hacer funcionar el derecho doméstico de modo libre: tendrá que hacerlo respetando ambas directrices. Por ello, deberá excluir la aplicación de determinadas normas nacionales (constitucionales y subconstitucionales) opuestas a tales parámetros, y adaptar la interpretación de las restantes a lo que diga el Pacto de San José de Costa Rica o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Desde otra perspectiva, sin embargo, el juez local tiene sugestivas ampliaciones en sus potencias interpretativas, cuando no media jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal supuesto, al poner en marcha el derecho doméstico, debe aclimatarlo al Pacto de San José de Costa Rica, con lo que puede realizar por sí mismo provechosas modulaciones, muchas veces innovativas, de aquel derecho, a las reglas del Pacto.[10]

b) **El acoplamiento del control de constitucionalidad con el de convencionalidad**. En este punto parece regir la doctrina que llamamos "de las dos etapas", o "de los dos eslabones consecutivos". El primer segmento sería el del control de constitucionalidad. El segundo, el de convencionalidad. Una norma nacional, para poder aplicarse, debería superar, consecutivamente, los dos tests. Algunas frases de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en *Trabajadores cesados del Congreso,* avalarían esta tesis: "*… En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad… evidentemente dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*".

Si bien hemos adherido anteriormente a tal postura, un reexamen del asunto parece aconsejar, con preferencia, otra visión. En efecto: si el juez local debe realizar una interpretación de su constitución "conforme" al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de constitucionalidad, que también debe practicar, tiene que partir de una Constitución **convencionalizada**, vale decir, (i) de una Constitución nacional ***depurada*** de sus elementos inconvencionales, y (ii) además, **conformada** o reciclada según el Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicho de otra manera, el "control de convencionalidad" de una Constitución, debe conceptualmente preceder al "control de constitucionalidad" de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución **convencionalizada**.

Es interesante apuntar que la constitución nacional "convencionalizada" puede ser – en algún aspecto – más reducida que la constitución nacional a secas,

10. Cfr. Frédéric Sudre, "A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité", en Autores Varios, Études en honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle, Paris, ed. Pedone, 2004, pp. 209 y siguintes.

cuando ciertos trozos de ella colisionan con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y por ende, cabe inaplicarlos (recuérdese el caso de la censura televisiva, en Chile). Pero también puede ser más extensa, si al texto original hay que agregarle, por ejemplo y por vía de interpretación mutativa por adición, conceptos básicos vertidos por la Corte Interamericana que complementan los derechos enunciados en la Constitución, o que despliegan sus cláusulas de un modo determinado.[11]

c) **En cuanto los sujetos que realizan los controles de constitucionalidad y convencionalidad**. Sabido es que los entes habilitados para ejercitar el control judicial de constitucionalidad (en su rol exclutorio de normas inconstitucionales) es variado, y que actualmente los modelos más comunes giran entre el "difuso" (al estilo norteamericano), el "concentrado" (sea en cortes o salas constitucionales especializadas), y el "dual" (que algunos prefieren llamar mixto o híbrido), donde los jueces ordinarios y los especializados comparten tareas. Respecto del control "constructivo", según explicamos, entendemos que todos los jueces están comprometidos en tal función.

Pues bien: en materia de control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana encomendó el mismo, inicialmente, a los *jueces* (hemos anticipado que no queda claro si a todos ellos, o solamente a los que ejercen control de constitucionalidad: véase *supra,* 2). Pero más tarde amplió tal listado mencionando, por ejemplo en el caso *Gelman,* del 24/02/2011, a cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (considerando 240), o a "los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, (que) deben ejercer de oficio un control de convencionalidad, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes" (considerando 193).

11. Un ejemplo de ampliación del texto constitucional, para el caso argentino, es la prescripción del art. 115 de la ley suprema, que declara "irrecurrible" al fallo destitutorio de un juez, pronunciado por el Jurado de Enjuiciamiento previsto por el mismo precepto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras razones, entendió que tal irrecurribilidad no podía impedir el cuestionamiento de la sentencia de remoción del Jurado, ante el Poder Judicial, atento el recurso contemplado por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica (caso "Brussa", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 326:4816). En otras palabras, ahora hay que entender como recurrible (judicialmente), lo que la constitución declara irrecurrible.A la inversa, un caso de reducción del texto constitucional, puede encontrarse en las cláusulas constitucionales que (aunque con distintos alcances), permiten a los poderes públicos emitir amnistías o indultos. Según la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales competencias no pueden practicarse en materia de delitos de lesa humanidad, ya que violarían al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, ver los casos "Barrios Altos", "Gelman", "Ibsen Cárdenas", "Almonacid Arellano" y "Radilla Pacheco", entre otros; y para el caso argentino, ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Simón", Jurisprudencia Argentina, 2005-IV-377, y Fallos, 328:2056; caso "Mazzeo", Fallos, 330:3248). Las reglas constitucionales admisorias de los indultos y amnistías, deben entonces leerse con las excepciones que mencionamos.

Ello lleva a preguntarse si en un país determinado, como Argentina, que reserva el control de constitucionalidad a los jueces, y se lo impide al Poder Ejecutivo,[12] podría – o debería – un ministro, o el Procurador General o el Defensor del Pueblo, declarar inconvencionales a ciertas normas que sin embargo, no puede declarar inconstitucionales, y todo ello con un efecto parecido al de la declaración de inconstitucionalidad (no aplicarlas).

El punto no está suficientemente aclarado por la Corte Interamericana: por su importancia, merece una pronta y rotunda aclaración. El control de convencionalidad, que tiene aristas muy positivas y útiles, ha sido creado por dicha Corte, y pesa sobre ella el deber de explicitar con absoluta nitidez esta cuestión, sin emplear fórmulas lingüísticas imprecisas.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicita que los órganos que operan el control de convencionalidad deben hacerlo "en el marco de sus respectivas competencias", y que, normalmente, un órgano del Poder Ejecutivo no cuenta con competencia para inaplicar leyes, so pretexto de resultar inconstitucionales, con lo que, *mutatis mutandi,* tampoco estaría autorizado para inaplicarlas por devenir inconvencionales. No obstante, esta posible conclusión tendría que explicarse contundentemente por la Corte Interamericana, por razones de seguridad jurídica y para evitar algún posible desmadre en la materia.

Lo dicho no impide, desde luego, que el órgano del Poder Ejecutivo del caso haga siempre control de convencionalidad "constructivo", vale decir, que haga funcionar el derecho doméstico, en la esfera de sus competencias, según la letra del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: en tal supuesto, no está inaplicando a la norma local, sino haciéndola funcionar conforme a tales pautas.

En definitiva, quienes adherimos a la doctrina del control de convencionalidad y a su concepción como herramienta para construir un *ius constitutionale commune* en América, debemos velar por una clara e incuestionable enunciado, intelección y aplicación de dicha tesis. Tal trabajo compete, fundamentalmente, a la Corte Interamericana.

4. Consideraciones finales

Los operadores jurídicos nacionales deben tratar con cuidado las relaciones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. No se trata de teorías, sino de instrumentos vivos y además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas, y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El tema,

12. Ver Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional*. Recurso Extraordinario, 4.ed., Buenos Aires: Astrea, 2002, t. 1 p. 233.

paralelamente, tampoco es asunto de "derecho comparado", sino de derecho en el que se involucra el propio Estado, cuando se ha insertado en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y mientras permanezca en él.

En concreto, lo que aquí se postula es que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución "convencionalizada", vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución **depurada** de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución **conformada y completada** con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la **constitución convencionalizada** es una constitución opuesta a la **constitución autista** que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan.

Dejamos para otro momento un tema de honda gravitación, como es la eventual elaboración, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de pautas o líneas jurisprudenciales que pueden colisionar, paradojalmente, con principios básicos que hagan al núcleo esencial de los derechos humanos fundamentales, y que aún así, a tenor de la doctrina del control de convencionalidad, deberían aplicar los jueces nacionales. Que ello sea infrecuente no desluce la importancia del asunto, que se encuentra latente, además, con cualquier tribunal supranacional de derechos humanos.[13]

13. Uno de los puntos más preocupantes es la posibilidad de reabrir procesos judiciales finiquitados con una absolución, por ejemplo, ante la aparición de nuevas pruebas incriminatorias, violando la tesis del idem. Ver sobre el tema y otros aspectos del problema, Ezequiel Malarino, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (Editores), Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Universidad Jorge-Augusto de Göttingen y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pp. 25 y siguintes.

23

Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR**

A la memoria del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, en su primer aniversario luctuoso

Exordio. 1. La internacionalización del derecho constitucional. 1.1. Sistema universal. 1.2. Sistemas regionales de protección de derechos humanos. 1.3. Derecho comunitario. 2. La constitucionalización del derecho internacional. 3. La cláusula de interpretación conforme en el derecho comparado. 4. La nueva cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) en México. 5. El "control concentrado de convencionalidad" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 6. El "control difuso de convencionalidad" por el juez nacional en América Latina: hacia una teoría general. 6.1. Nacimiento de la nueva doctrina jurisprudencial. 6.2. Evolución y reiteración. 6.3. Principales características a la luz de su desarrollo jurisprudencial. 6.4. Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 7. La recepción del "control difuso de convencionalidad" en México. 7.1. Aplicabilidad de la doctrina general. 7.2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del Caso Radilla y su discusión en la Suprema Corte. 7.3. Sobre los otros tres casos de condena al Estado mexicano sobre fuero militar. 7.4. Aplicabilidad de los criterios de la CorteIDH por tribunales federales y locales. 8. El control convencional del "control difuso de convencionalidad". 9. El "diálogo jurisprudencial": hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina.

* El presente texto parte del "voto razonado" que emití en calidad de juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Ahora lo complemento con algunas reflexiones adicionales derivadas de las trascendentales implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, así como de lo decidido por la Suprema Corte de Justicia en el expediente Varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, cuya discusión pública tuvo lugar los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011 (pendiente de engrose al momento de redactar el presente ensayo). Publicado originalmente en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional",* México, UNAM, 2011, pp. 339-429.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Juez electo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Exordio

El "control difuso de convencionalidad" constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), único órgano jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de San José.

Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.

En otras palabras, el "parámetro" del "control difuso de convencionalidad" (que como mínimo comprende la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la CorteIDH), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. Lo anterior, incluso, lo permite el art. 29.b) de la CADH al establecer que ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretado en el sentido de que "limite 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"; la propia jurisprudencia de la CorteIDH así lo ha reconocido en la Opinión Consultiva 5/85 (relativa a la colegiación obligatoria de periodistas), precisamente al interpretar dicho dispositivo convencional: "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable" (párr. 52). En este sentido, la circunstancia de no aplicar el "estándar mínimo" creado por la CorteIDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea de fuente nacional o internacional), implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano.

La "obligatoriedad" en nuestro país de este nuevo "control difuso de convencionalidad" se debe: (i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009--2010) donde expresamente refieren a este "deber" por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo;[1] (ii) a

1. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párr. 339; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 234;

lo dispuesto en los arts. 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24/03/1981.[2] (iii) a lo dispuesto en los arts. 26 (*Pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27/01/1980; (iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11/06/2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el art. 1º constitucional;[3] y (v) a la aceptación "expresa" de este tipo de "control" por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la CorteIDH en el Caso *Radilla Pacheco*, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14/07/2011; lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el "control difuso de constitucionalidad", al realizar una nueva interpretación del art. 133 constitucional a la luz del vigente art. 1º del mismo texto fundamental.[4]

La Suprema Corte de Justicia utiliza como uno de sus argumentos torales el contenido normativo del reformado art. 1º constitucional, cuestión que estimamos fue determinante si consideramos la primera ocasión que discutieron los ministros dicho asunto en septiembre de 2010[5] y la manera en que resolvieron el amparo en

Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 219; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26/11/2010, párr. 225. En este último asunto se precisa que dicha obligación recae no sólo en los "jueces", sino en general en todos los "órganos vinculados a la administración de justicia" de "todos los niveles" (sean locales o federales).

2. Véase *infra,* apartado "VI.4: Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados".

3. Para los efectos que aquí interesan, resultan especialmente relevantes los tres primeros párrafos:"Artículo 1. En los Estados Unidos **Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte**, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajos las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a derechos humanos **se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades**, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, **proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad**. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley" (énfasis añadido).

4. Véase *infra* "VIII. La recepción del "control difuso de convencionalidad" en México", especialmente el apartado "2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte".

5. Cfr. la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010 El interesante proyecto fue elaborado por el ministro José Ramón Cossío y fue "rechazado" por "exceder" los términos de la consulta planteada (lo que originó el expediente Varios 912/2010). El debate se realizó los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. Un análisis de este debate y de lo resuelto ante la CorteIDH, así como del impacto en el orden jurídico mexicano de dicha sentencia, pueden verse en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El* Caso Radilla *ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* pról. de Diego García Sayán, México, Porrúa-UNAM, 2011.

revisión 989/2009 (fuero militar),[6] en agosto de 2009 (además de haber influido, seguramente, los otros tres casos posteriores de condena al Estado mexicano por parte de la CorteIDH sobre el mismo tópico).[7]

De ahí la importancia de realizar una primera aproximación a este nuevo "control" que deben emprender todos los jueces y órganos de administración de justicia mexicanos, a la luz de la reciente reforma constitucional.

El objetivo que pretendemos en este modesto trabajo es doble. Por una parte, establecer los vínculos estrechos entre la técnica de la "interpretación conforme" y el "control difuso de convencionalidad", en términos generales y sin referencia a un país determinado, toda vez que la CorteIDH no lo ha realizado de manera expresa; de ahí que pensemos, como lo sostuvimos en su momento en nuestro "voto razonado" en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26/11/2010, que existen diversos grados de "intensidad" y "realización" del "control difuso de convencionalidad", según las competencias de cada juez y del particular sistema de control constitucionalidad previsto en cada Estado. Sobre esto último, conviene precisar, desde ahora, que el "control difuso de convencionalidad" que adopta la CorteIDH en su jurisprudencia a partir del año 2006 (con precisiones y desarrollos posteriores), no implica, necesariamente, que los países que han aceptado su jurisdicción deban "adaptar" sus sistemas de control constitucional a uno de tipo "difuso", sino que apliquen ese tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas existentes (concentrado, difuso o mixto).

En realidad, lo que implica dicho "control" es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La CorteIDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que "defina" o "imponga" los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.

6. Promovido por Reynalda Morales Rodríguez, en el cual se impugnaba la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Este caso fue resuelto, por mayoría de seis votos contra cinco, en el sentido de que la víctima del proceso penal carece de "interés jurídico" para promover juicio de amparo de conformidad con la Ley de Amparo. Así, la Suprema Corte de Justicia dejó pasar una oportunidad para pronunciarse sobre el fuero militar, previo a la condena del *Caso Radilla Pacheco* y resulta lamentable que sea la CorteIDH la que tuviera que establecer la inconvencionalidad de dicho precepto, cuando pudo haberlo realizado la Suprema Corte a la luz del artículo 13 constitucional y de los estándares internacionales en la materia. Sobre la evolución jurisprudencial de la CorteIDH en la temática de jurisdicción militar, véase el "prólogo" de Diego García Sayán, actual presidente de dicho Tribunal internacional, a nuestro libro *Jurisdicción militar y derechos humanos,* ibidem, pp. XIX-XXXIV.

7. Es decir, los casos *Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215; *Rosendo Cantú y Otra* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216; y *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26/11/2010.

Lo que pretendemos en este trabajo, en consecuencia, es tratar de aproximarnos hacia una "teoría general" sobre la aplicabilidad por parte de los jueces nacionales del "control difuso de convencionalidad" (que preferimos denominarlo así para diferenciarlo del "control de convencionalidad" que realiza la CorteIDH en sede internacional).

Este análisis es válido si comprendemos que dicho "control" es aplicable a cualquier tipo de sistema de control constitucional existente en América Latina, sin que se dirija exclusivamente a los "jueces constitucionales". Lo anterior debido, como lo trataremos de evidenciar, a que el "control difuso de constitucionalidad" no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al "parámetro" de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de "armonizar" la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una "interpretación conforme" de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencial convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas "interpretaciones" contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un "control" de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la "inaplicación" o "declaración de invalidez" de la norma inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello.

En el caso mexicano, la intensidad del "control difuso de convencionalidad" aumentó, al haber aceptado recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación el "control difuso de constitucionalidad" (por la "nueva" interpretación que se hace del art. 133, en relación con el vigente art. 1º constitucional); apartándose de su tradicional jurisprudencia que venía reiterando desde la década de los años cuarenta del siglo pasado;[8] es decir, ahora tienen los jueces locales dentro de su competencia la posibilidad de "inaplicar" la norma inconstitucional/inconvencional al caso particular, lo que les permite ejercer, de oficio, el "control difuso de convencionalidad" con una intensidad fuerte.

Lo anterior requerirá de reformas legislativas que permitan realizar con "efectividad" este control, a luz de lo resuelto por la Suprema Corte y de los nuevos paradigmas del art. 1º constitucional, en relación, fundamentalmente, con los arts. 99, 103, 105, 107 y 133 constitucionales (sin que sea obstáculo la falta de reglamentación para que desde ahora puedan válidamente realizar dicho control); teniendo también presente la "articulación" que necesariamente debe existir con el "derecho procesal constitucional local", es decir, con los subsistemas previstos en las entidades federativas que

8. Cfr. *las discusiones* del Tribunal Pleno al pronunciarse en el expediente Varios 912/2010 (pendiente de engrose), especialmente los días 11 y 12/07/2011.

prevén garantías y jurisdicciones para la protección de los derechos humanos.[9] Esto implicará, también, una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la CorteIDH, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional); criterio hermenéutico, por cierto, "no disponible" por el intérprete; es decir, no es "optativo" para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos.

En segundo lugar, nuestro análisis pretende dejar abierto un camino por recorrer en los próximos años por nuestros jueces al interpretar los derechos humanos. Pretendemos visualizar cómo el nuevo canon interpretativo para las normas de derechos humanos previsto en el párrafo segundo del art. 1º constitucional, se convertirá en la principal herramienta para lograr la apertura del derecho nacional al derecho internacional de los derechos humanos; en una "llave de acceso" a un territorio novedoso y de amplio espectro (más allá de lo regional), incluso al derecho internacional en general, toda vez que el párrafo 1º de ese mismo precepto otorga rango constitucional a los derechos humanos previstos en cualquier tratado internacional, sea cual sea su denominación y especificidad (bloque constitucional).

Esta apertura, evidentemente, amplía el parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad"; es decir, se extiende más allá del *corpus iuris* interamericano y de su jurisprudencia, para comprender ahora a todos los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (en general) y los criterios interpretativos que emitan los órganos que conforme al mismo tratado se encuentren legitimados para interpretarlos, especialmente los tribunales internacionales (como pueden ser los emitidos por el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Internacional del Mar), dado que, eventualmente, pueden producir criterios en materia de derechos humanos.[10] Así, mientras el primer párrafo establece un "bloque constitucional" (normas que integran el texto constitucional), el segundo párrafo refiere a una "pauta" o "criterio hermenéutico" de las normas de derechos humanos (con independencia de su rango o jerarquía), que será el instrumento fundamental que utilicen los jueces en esa materia.

9. C*fr.* González Oropeza, Manuel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006.

10. Como sucedió con el famoso *Caso Avena y Otros* ante la Corte Internacional de Justicia. Sobre este emblemático caso, véase Méndez-Silva, Ricardo, "El Caso Avena y Otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho,* México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, t. I.: "Derechos humanos y tribunales internacionales", pp. 969-1013.

Ante esta dimensión que afrontarán los jueces y el peligro de la "fragmentación" que pudiera existir del derecho internacional, los principios de "armonización" y "pro persona" (contenidos en la cláusula de interpretación conforme del segundo párrafo del art. 1º constitucional), se convierten, además de una guía o pauta interpretativa, en la "clave" para lograr la máxima efectividad de los derechos humanos.

1. La internacionalización del derecho constitucional

Los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la segunda guerra mundial.[11]

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de **internacionalización del derecho constitucional** *(***de los derechos humanos***)*. El derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los indivíduos, inicia una transformación importante. Surge así el **derecho internacional de los derechos humanos**, donde la interacción entre los derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de "soberanía" y de los Estados nacionales.

La existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltipes, caracterizado por interrelaciones y jerarquías complejas, ha dado lugar al **transconstitucionalismo** (en sus distintas formas),[12] que implica en realidad un **pluralismo constitucional**,[13] generando lo que algún autor ha denominado como **constitución red**.[14] En este proceso de integración y para los efectos que nos interesan, nos centraremos en tres dimensiones, que reflejan la tendencia de este constitucionalismo universal.[15]

11. En general, sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional a partir de 1945 y especialmente del derecho internacional de los derechos humanos, véanse Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI,* México, FCE-UNAM, 1995; Ayala Corao, Carlos, "La mundialización de los derechos humanos", en Häberle, Peter, y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés,* México, UNAM, 2011, tomo I, pp. 59-85; Fernández de Casadevante Romani, Carlos (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos,* 3ra. ed., Madrid, Dilex, 2007; Bou Franch, Valentín, y Castillo Daudí, Mireya, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos,* 2.ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
12. Véase el interesante libro de Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo,* São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.
13. Cfr. Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial,* México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 52, 2011 (en prensa).
14. Cfr. Rafael Bustos Gisbert, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución,* Oñate, OVAP, 2005; de este mismo autor,
15. Cfr. De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos,* Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

1.1. Sistema universal

La Carta de Naciones Unidas (1945), firmada por 51 países (actualmente son 192 los estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones.[16] En su "preámbulo" se refiere a la necesidad de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas". Los derechos y libertades deben además tener «efectividad» como lo expresa el art. 56, inciso c) de dicho instrumento fundacional.

La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta declaración compuesta de tan sólo 30 arts., constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la *Declaración Universal* se convirtió en el eje o piedra angular del **derecho internacional de los derechos humanos**.

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, algunos de ellos, por su importancia y a manera de textos básicos, se le han denominado en su conjunto como la *Carta Internacional de los Derechos Humanos.*[17] Debe también destacarse que al lado de esta regulación convencional de derechos, se han creado Comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios,[18] así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales.[19]

16. El antecedente e la ONU es la fallida Sociedad de Naciones, que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y formalmente desaparece en 1946.
17. Así se le conoce al conjunto de instrumentos internacionales básicos para la protección de los derechos humanos, que se compone por la propia *Declaración Universal* (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos aprobados en 1966 y entrando en vigor una década después). Asimismo, también se contemplan en estos instrumentos básicos, el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), donde se establece la posibilidad de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, y el *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* destinado a abolir la pena de muerte (1989).
18. Comités de Derechos Humanos; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para la eliminación de la discriminación racial; de los derechos del Niño; contra la Tortura; para la eliminación de la discriminación contra la mujer; y de los Derechos de los Trabajadores Migratorios.
19. La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la Carta constitutiva de 1945. Posteriormente se han creado otros tribunales especializados como el Tribunal del Mar (1982). En materia penal destacan los tribunales ad-hoc: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además, se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un significado avance al constituir un sistema permanente penal internacional.

1.2. Sistemas regionales de protección de derechos humanos

Paralelamente al sistema universal, se han creado hasta el momento tres sistemas regionales en la protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano.[20]

1.2.1. Sistema europeo

Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa,[21] del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950 y vigente en 1953).[22] Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 (1998) de dicho Convenio, existían tres órganos de control: La Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión,[23] lo que propició un aumento impresionante en el número de asuntos. Sólo en el 2009 dicho Tribunal recibió 57.100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los asuntos que resolvió en sus primeros 40 años de funcionamiento, que fue de 45.000 asuntos (1959-2008). Así, el rezago ascendió a 119.300 casos pendientes al 1/01/2010, de los cuales más del 50% se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania.[24]

En 2010 se recibieron 61.300 asuntos, lo que representó un aumento del 7% con respecto al año 2009.[25] De esta forma, el número total de asuntos pendientes de resolver se elevó en 2010 en un 17%, esto es, de 119.300 del año 2009, a 139.650 para el año 2010.[26] Las cifras continúan en aumento en el presente 2011 en un 21% con respecto al año anterior.[27]

20. Aunque se ve distante, sería deseable que en el futuro se incrementen los sistemas regionales, que pudieran impulsar las organizaciones de Estados, como la Liga de Estados Árabes o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.
21. El Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres (1949) fue firmado por 10 estados (actualmente son 47 estados europeos y cinco observadores: Estados Unidos, Canadá, Japón y México, además de la Santa Sede).
22. También se aprobó en 1961 la *Carta Social Europea,* si bien no son objeto de control jurisdiccional y sólo cuentan con el control de los informes que deben rendir los Estados, sujetas a revisión por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que puede emitir recomendaciones; lo que ha propiciado un desequilibrio en la protección de estos derechos económicos y sociales, con respecto a los civiles y políticos previsto en la Convención de Roma, que tienen la vía abierta ante el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este instrumento internacional, véase Quesada, Luis Jimena, "La Carta Social Europea y la Unión Europea", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* núm. 13, primer semestre de 2009, pp. 389-407.
23. En realidad la Comisión continuó sus funciones un año después, hasta el 31 de octubre de 1999, para desahogar los casos que había declarado admisibles con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Protocolo.
24. Más del 90% de las demandas no son admitidas, por lo que en realidad se han dictado cerca de 12,000 sentencias durante más de medio siglo de historia. Cf*r. 50 years of activity: European Court of Human Rights. Some facts and Figues,* Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.
25. Informe anual de la Corte Europea de Derechos Humanos, correspondiente al año 2010.
26. Idem.
27. Véase el informe estadístico en la página de la Corte Europea de Derechos Humanos, correspondiente a julio de 2011 (http://www.echr.coe.int).

El Tribunal de Estrasburgo se integra por 47 jueces (uno por cada Estado integrante del Consejo de Europa), nombrados por un único periodo de nueve años (a partir del Protocolo 14). En general tiene competencias **consultivas**, para la interpretación y aplicación de la Convención; y **contenciosas**, para conocer de (a) **demandas interestatales** (a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos) entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio; o (b) **demandas individuales**, donde cualquier persona o grupo puede plantear la demanda. En la actualidad son 800 millones de personas pertenecientes a los 47 Estados miembros los que pueden tener acceso a esta jurisdicción internacional.[28]

El 1/06/2010 entró en vigor el Protocolo núm. 14 del Convenio, debido a la ratificación de Rusia, que era el único de los 47 Estados que faltaba por ratificarlo y que durante varios años se rehusó. Este ansiado instrumento supone reformas sustanciales en la tramitación y efectividad del Tribunal,[29] así como una importante vinculación con la Unión Europea debido al Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1/12/2009.[30] Las reformas propuestas, sin embargo, parecen insuficientes. Representantes de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa se reunieron el 18 y 19/02/2010 en Suiza, para reflexionar sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que dio lugar a la "Declaración de Interlaken", estableciendo un plan de acción a mediano y largo plazo, que será evaluado en 2011, 2012, 2015 y 2019.[31]

1.2.2. Sistema interamericano

En 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos por 21 países (actualmente son 35 miembros),[32] en el seno de la IX Conferencia

28. En general, sobre el funcionamiento y futuro de la Corte Europea, vénase las interesantes reflexiones de Fix-Zamudio, Héctor, "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo,* México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 1105-1155.

29. Las reformas más significativas del Protocolo 14 son: a) nombramiento de los jueces por un único periodo de nueve años (en lugar de seis años con posibilidad de reelección); b) competencia de jueces individuales o únicos para poder desechar demandas (antes un comité de tres jueces o una Sala de siete jueces lo hacía), sin que exista recurso alguno; en caso de duda, este juez remitirá el asunto a un comité de jueces o a la Sala; y no podrá el juez individual conocer de un asunto en contra del Estado que lo propuso; c) criterios de admisibilidad más rigurosos, que implican la gravedad de la violación novedad y no asuntos reiterativos; d) competencia de los Comités de tres jueces para resolver determinados asuntos (antes era competencia de las Salas); e) las decisiones de admisibilidad y de fondo respecto de demandas individuales se harán de manera conjunta, como de hecho se venía realizando, pudiendo en determinados casos separarlas; f) la creación de un recurso por incumplimiento de las sentencia, cuya competencia es del Comité de Ministros (conformado por representantes permanentes de los Estados); y g) la posibilidad de que la Unión Europea sea parte del Convenio, de conformidad con el Tratado de Lisboa. Un análisis crítico a este Protocolo, puede verse en Pastor Ridruego, José Antonio, "El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?", en *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 141-150.

30. Sobre los contenidos y repercusiones del Tratado de Lisboa, véase González Martín, Nuria, "La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, UNAM, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 343-354.

31. Véase la Declaración: *High Level Conference on the Future of the Euopean Court of Human Rights. Interlaken Declaration* (19/02/2010).

32. Cuba se reincorpora a la OEA en 2009, al dejarse sin efectos una resolución de 1963 que se excluyó al gobierno de dicho país en el sistema interamericano. Asimismo, debe considerarse que Honduras fue

Interamericana celebrada en Bogotá. En esa misma reunión se aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la *Declaración Universal*.

La *Convención Americana de Derechos Humanos* (en adelante CADH) fue suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, entrando en vigor en 1978; instrumento que debe complementarse con sus protocolos adicionales.[33] El sistema se integra por la *Comisión Interamericana*, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente; y la *Corte Interamericana*, radicada en San José, Costa Rica, comenzando sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH (con la denuncia de Trinidad y Tobago, una infructuosa separación del Perú, y una recomendación de denuncia por la Sala Constitucional de Venezuela);[34] mientras 21 países han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, lo que representa que más de 500 millones de personas están bajo su jurisdicción. Esta dimensión supranacional configura una especie de "amparo internacional".[35]

Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión. A partir de la opinión consultiva 20/09 solicitada por la República Argentina, resuelta en septiembre de 2009, la Corte interpretó los arts. 44 y 45 del Pacto de San José, limitando la figura de juez *ad hoc* para que integre la Corte cuando en la misma no hubiere un juez de su nacionalidad, sólo en los casos contenciosos originados en

suspendido del derecho de participación en 2009, derivado del golpe de estado, si bien se ha reincorporado en junio de 2011.

33. Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo, debe tenerse presente otros instrumentos internacionales, entre los más importantes destacan: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), entre otros.

34. Sólo Trinidad y Tobago se ha separado por la denuncia a la Convención en 1998, que entró en vigor en 1999. El Perú, en la época de Fujimori, pretendió infructuosamente separarse del sistema; y Venezuela recientemente, en la sentencia núm.1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró "inejecutable" la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, que versaba sobre la destitución arbitraria de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitó al Presidente de la República que denunciara la Convención Americana, lo cual no ha sucedido. Sobre esta delicada sentencia, véase el libro de Ayala Corao, Carlos, *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009,* Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009; en general, sobre la actuación de la Sala Constitucional de ese país, véase Brewer Carías, Allan R., *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

35. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho de amparo,* México, Porrúa-UNAM, 2011, particularmente, el capítulo decimonoveno: "Amparo Internacional", pp. 267-286.

comunicaciones interestatales (hasta la fecha no se han presentado), excluyendo esa posibilidad en casos originados en peticiones individuales, como se venía realizando; señalando además que el juez nacional del Estado demandado no podrá participar en los casos contenciosos originados en peticiones individuales; lo anterior se ha incorporado en las reformas al Reglamento de la Corte Interamericana, en vigor desde el 1/01/2010.[36]

Estas reformas resultan trascendentales, en la medida en que se otorgan más facultades a las presuntas víctimas y sus representantes, como la posibilidad de presentar directamente la demanda, que antes realizaba la Comisión,[37] lo que pudiera representar el camino para que en el futuro se aceptara el acceso directo del indivíduo como sucedió en Europa,[38] lo cual ha significado para el sistema europeo un rezago considerable como lo demuestran las estadísticas que hemos señalado.

Debe destacarse que el 1/06/2010 entró en vigor el Reglamento de la CorteIDH sobre el Funcionamiento del Fondo sobre Asistencia Legal de Víctimas, que tiene como objetivo el apoyo a las personas que carecen de recursos económicos; así como el Acuerdo de Entendimiento con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, que brinda asistencia legal gratuita a las presuntas víctimas que carecen de recursos económicos o de representación legal ante dicho Tribunal internacional.

La Corte tiene básicamente dos atribuciones: la **consultiva**, con 20 solicitudes atendidas hasta la fecha; y la **contenciosa**, con 151 demandas recibidas hasta diciembre de 2010, originados de peticiones individuales (cerca de 100 fueron resueltos entre 2003 a 2010). Asimismo, su labor se complementa con resoluciones que dicta tratándose de **medidas provisionales** (88 resoluciones, hasta finales de 2010) y de **supervisión de cumplimento de sentencias** (hasta diciembre de 2010, 111 casos se encuentran en este estado).[39]

De acuerdo con el último informe del presidente de la CorteIDH correspondiente al año 2010, el promedio de duración del procedimiento de un caso contencioso es

36. El primer Reglamento data de 1980; el segundo de 1991; el tercero de 1996; el cuarto de 2000, con reformas en 2003 y 2009 (vigente a partir del 1/01/2010). En realidad, esta última reforma constituye un nuevo Reglamento, por la cantidad y trascendencia de sus reformas.
37. Con la reforma, el procedimiento ante la Corte se inicia con la presentación del informe al que se refiere el art. 50 de la Convención (informe de fondo) y no con la presentación de la demanda por la Comisión, dejando a las víctimas o a sus representantes dentro de los dos meses siguientes la posibilidad de presentar dicha demanda de manera autónoma ante la Corte (escrito de solicitudes, argumentos y pruebas). La Comisión no puede ahora ofrecer testigos y declaraciones de las víctimas y sólo en algunos casos podrá ofrecer peritos; se crea la figura del Defensor Interamericano en aquellos casos en que las víctimas no cuenten con representación legal (antes lo representaba la Comisión); se incorpora lo resuelto en la opinión consultiva 20/09, relativa a que los jueces no pueden participar de las demandas individuales cuando el Estado demandado sea el de su nacionalidad y la figura del juez *ad hoc* se restringe exclusivamente para comunicaciones interestatales; se autoriza el uso de nuevas tecnologías, por ejemplo, notificaciones por medios electrónicos, declaraciones vía audiovisual etc.; rectificación de las sentencias, de oficio o a petición de parte, por errores notorios, entre otros aspectos relevantes que fueron motivo de esta reforma al Reglamento.
38. Sobre esta eventual reforma, véase la obra Cançado Trindade, Antonio Augusto, y Ventura Robles, Manuel E. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2.ed., San José, CIDH-UNHCR, 2004.
39. Cfr. Informe Anual 2010, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de 17,4 meses (considerando los años 2006 a 2010); promedio que se considera desde la fecha del sometimiento del caso ante la CorteIDH, hasta el dictado de la sentencia de reparaciones. Por último, debe destacarse que el número de asuntos ha aumentado en un 500% en la última década.[40]

1.2.3. Sistema africano

Es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación. La *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos,* también conocida como *Carta de Banjul* (1981 y vigente en 1986), fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana. Una de las principales características de esta Carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, además destacan los derechos colectivos y del desarrollo de los pueblos.

La Carta prevé una *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, que se integra por once personalidades africanas de prestigio. Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Asimismo, existe una *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, creada a través de un protocolo posterior a la Carta en Uagadugú, Burkina Faso, en 1998 (entrando en vigor en 2004), si bien la propuesta de su existencia fue realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria.

La Corte se integra por once juristas. En 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Addis Abba, Etiopía, en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Hasta la fecha sólo 25 países han aceptado su jurisdicción,[41] de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul. Tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*, y el primer fallo de la Corte fue emitido el 15/12/2009, en el caso *Michelot Yogogombaye v. República de Senegal*.[42] En junio del presente año de 2011 se resolvieron otros dos casos, *Daniel Amare and Mulugeta*

40. C*fr.* discurso pronunciado por el presidente de la CorteIDH, Dr. Diego García Sayán, ante la XLI Asamblea General de la OEA (San Salvador, El Salvador, 7/06/2011).

41. Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

42. C*fr.,* las páginas http://www.africancourtcoalition.org, http://www.achpr.org y www.african-court.org; así como los trabajos de Odimba, Jean Cadet, "Protección de los derechos fundamentales en África", en *El derecho de amparo en el mundo, op. cit. supra* nota 28, pp. 945-984; Saavedra Álvarez, Yuria, "El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* México, UNAM, n. 8, 2008, pp. 671-712; Harrington, Julia, "The African Court on Humans and Peoples' Rights" en Evans, Malcom, y Murray, Rachel (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples's Rights: The system in practice 1986-2000,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 305-334; Saccucci, Andrea, "Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali", *Rivista di Diritto Internatiozale,* núm. 4, 2004, pp. 1036-1065.

Amare v. República de Mozambique & Mozambique Airlines, y *Soufiane Ababou v. República de Argelia;* y el 25/03/2011 se dictó una medida provisional contra Libia.

1.3. Derecho comunitario

Además de los tres sistemas regionales brevemente señalados, debe advertirse que también en ciertos sistemas de integración comunitaria se advierte la internacionalización de instituciones de derecho constitucional. Si bien estas integraciones nacen con fines esencialmente económicos, progresivamente se ha extendido a otras áreas, incluso a los derechos humanos.

Este "derecho internacional de la integración",[43] se aprecia claramente con el largo y sorprendente proceso evolutivo de la hoy Unión Europea (1993),[44] que iniciara en 1951 con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con seis miembros (actualmente con 27); hasta llegar al trascendental Tratado de Lisboa,[45] que entró en vigor el 1/12/2009, a manera de un paso más en la integración comunitaria.

En realidad este tratado retoma parte del fallido Tratado constitucional de 2004 (Constitución Europea). Entre sus múltiples aspectos relevantes, cabe destacar que de conformidad con el art. 6.2 la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que implicará la vinculación jurídica de dicho tratado. Esta dimensión traerá una nueva relación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Luxemburgo, que en principio obedecían a dos órdenes jurídicos distintos y ahora en materia de derechos humanos aplicarán el mismo instrumento, produciendo un orden jurídico constitucional complejo.[46]

2. La constitucionalización del derecho internacional

La progresiva aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional.[47]

43. Cfr. Ayala Corao, Carlos, "La mundialización de los derechos humanos", *op. cit. supra* nota 11, pp. 68-69.
44. Véase el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1/11/1993. Sus instituciones son: el Consejo Europeo, el Parlamento y el Consejo, la Comisión (Colegio de Comisarios), el Banco Central, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas.
45. Denominado en realidad "Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea", suscrito el 13/12/2007 y vigente a partir del 1/12/2009.
46. Sobre estas complejas relaciones, véanse García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Madrid, Civitas, 2010; y Aparicio Wilhelmi, Marco, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y constitución en el Estado español como Estado autonómico e integrado en la Unión Europea,* México, UNAM, 2009.
47. Una situación actual de esta dimensión, puede verse en los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva García Ramírez, Sergio, y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana,* México, UNAM, 2009; especialmente sobre el caso mexicano, véase el ensayo de Carmona Tinoco, Jorge, "La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26/01/2010. Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado" (art. 74.3) También debe destacarse el caso de México, que a partir de junio de 2011, adquieren rango constitucional los derechos humanos previstos en tratados internacionales (art. 1º).

Incluso, determinados ordenamientos constitucionales otorgan jerarquía supraconstitucional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (art. 256.1), Ecuador (art. 424), Venezuela (art. 23) o a través del dinamismo jurisprudencial en Costa Rica.[48]

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, puede constituir parte de un "bloque de constitucionalidad",[49] sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos. Este "bloque" también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial, como recientemente pareciera reconocer la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en 2009.[50]

caso de México", pp. 245-290. Asimismo, véase la obra colectiva Becerra, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento,* México, UNAM, 2007.

48. La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales "priman sobre la Constitución" en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías. Véase la muy conocida sentencia 3435, de 11/11/1992, relativa al beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, lo que implica una desigualdad por razones de género, aplicándose diversos tratados internacionales.

49. Como es bien conocido, la expresión se utiliza por vez primera por Louis Favoreu al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio, incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; bloque que se ha venido ampliando en Francia y en los países donde se ha aceptado tiene contenidos distintos, como sucede en España y en varios países de Latinoamérica. En general sobre la temática, véase Favoreu, Louis, Rubio Llorente, Francisco, y Pérez Royo, Javier, *El bloque de la constitucionalidad,* Madrid, Civitas, 1991.

50. Tradicionalmente los tratados internacionales tenían rango de ley. Sin embargo, un nuevo criterio pareciera abrir la ventana hacia esta dimensión, en la sentencia 365, del 19/10/2009. Sobre esta sentencia, véase Risso Ferrand, Martín, "El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* núm. 14, julio-diciembre de 2010.

El bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando. Además de los derechos previstos en los tratados internacionales, también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha reconocido por la Corte Constitucional de Colombia,[51] la Sala Constitucional de Costa Rica,[52] el Tribunal Constitucional del Perú[53] la Corte Suprema de Argentina,[54] o la Corte Suprema de República Dominicana.[55] Lo anterior es un paso significativo hacia un "bloque de convencionalidad" o, si se prefiere, de un "bloque de constitucionalidad" al estar aquel incorporado en el parámetro de constitucionalidad, como veremos más adelante.

Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos a través de principios o criterios hermenéuticos. Así se han constitucionalizado los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el art. 29 del Pacto de San José; o bien se ha venido empleando por las jurisdicciones nacionales.[56] También se advierte la tendencia de incorporar "cláusulas abiertas" de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades "de conformidad" con los instrumentos internacionales en la materia,[57] como recientemente sucedió en México al preverse en el párrafo segundo del reformado art. 1º constitucional.

3. La cláusula de interpretación conforme en el derecho comparado

Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional, es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así

51. A partir de la sentencia 225/95 de 18 de mayo de 1995, relativa a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su incorporación al bloque de constitucionalidad. También véanse las sentencias C-578/95 y C-258/97, entre otras.
52. A partir de la sentencia 3550-92, antes referida. Sobre esta sentencia y en general su rol en el sistema de Costa Rica, véase Rubén Herández Valle. *Derecho procesal constitucional*. 3. ed., San José: Juricentro, 2009.
53. Véase la sentencia 7/2007, de 19/06/2007.
54. Sobre los diversas sentencias de la Corte Suprema argentina y su tendencial aceptación sobre el particular, véase Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.
55. Véase la sentencia 1990-2003, de 13/11/2003; c*fr.* "El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso" en *Dialogo Jurisprudencial*, número 3, julio-diciembre 2007, México: UNAM, pp. 27-50.
56. A nivel constitucional se regula en Bolivia, Colombia, Perú, República Dominicana y recientemente en México, por ejemplo. Además, un buen número de jurisdicciones constitucionales han utilizado el principio *pro homine*, pro *persona* o *in bonum* en sus fallos.
57. Sobre la temática, véase el documentado libro de José Luis Caballero. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España.* México: Porrúa, 2009.

como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.

Entre los países de nuestra región que expresamente adoptan este canon interpretativo explícito en norma constitucional se encuentran Bolivia,[58] Colombia,[59] Perú,[60] y, recientemente, México,[61] con independencia de que varios tribunales y cortes latinoamericanas lo aplican en su jurisprudencia.

Estos países han seguido claramente el influjo de la *cláusula de interpretación conforme,* contenida en el art. 10.2 de la Constitución democrática española de 1978, que a la letra dispone: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Precepto que fue recogido por la Constitución de Portugal (1976) en su art. 16.2: "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos".

No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio pro persona y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales. En palabras de Queralt Jiménez:[62]

> en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH

58. La nueva Constitución de 1988, en su art. 13.IV, establece: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se *interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos* ratificados por Bolivia" (énfasis añadido).
59. El art. 93 de la actual Constitución de 1991: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".
60. La "cuarta" disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 señala: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".
61. Art. 1, párrafo segundo: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".
62. Queralt Jiménez, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional,* Madrid: UNED, núm. 20, 2007, pp. 435-470, en p. 439. Sobre la temática, véase también su libro *La interpretación de los derechos:* del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Madrid, CEPC, 2008.

como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo. Este sería el caso de España donde el art. 10.2 de la Constitución Española claramente establece la obligación de interpretación conforme y que supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al derecho internacional. En otros casos, en cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del art. 1 CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH.

En este sentido, el canon hermenéutico no resulta **neutro**, pues como lo explica Caballero Ochoa al estudiar el caso español, en

> este tipo de interacción entre catálogos mínimos de derechos cobran relevancia las construcciones argumentativas que apuestan por un despliegue proporcional de los ordenamientos y que se sustentan plausiblemente en una disposición como la del art. 10.2 CE (…) al tratarse de ordenamientos mínimos, se aplica el TEDH cuando la protección es mayor y el ámbito constitucional cuando éste deviniese en más protector, incluso por reenvío del derecho fundamental por medio del art. 10.2 CE al art. 53 CEDH que impide la interpretación del Convenio más restrictiva, siempre que esa protección no implique una lesión del contenido esencial del derecho menos protegido en caso de colisión normativa, lo que se resuelve mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.[63]

En realidad la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional, implica la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha enseñando Fix-Zamudio desde hace décadas.[64] Esto implica, como ha sucedido en España, construir el contenido esencial de los derechos fundamentales a través de catálogos mínimos que deben armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un "***bloque de constitucionalidad***" (no de manera expresa, al no seguirse en España un criterio de jerarquía normativa, sino de distribución de competencias); de tal manera que a través de la interpretación constitucional se ha venido ampliando y reforzando el contenido y alcance de los derechos y libertades fundamentales por la vía de la interpretación conforme. En definitiva "el parámetro de mínimos fijado desde Estrasburgo podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados".[65]

63. Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España,* México, Porrúa, 2009, p. 340.
64. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, 2da. ed., *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos,* México, CNDH, 1999; así como *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional,* Lima, Grijley-UNAM--IMDPC, 2009.
65. Queralt Jiménez, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *op. cit. supra* nota 62, p. 438.

La doctrina española es coincidente en afirmar que dicha cláusula fue una "disposición acertada" del constituyente de 1978[66] y que ha sido fundamental para lograr la "apertura" al derecho internacional. El Tribunal Constitucional español ha extendido el canon hermenéutico más allá de lo previsto expresamente en la norma constitucional, al ampliarlo a los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; a los convenios de la OIT; a los informes del Comité de Libertad Sindical; a las recomendaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (que desapareció a partir de la entrada en vigor del Protocolo número 11);[67] o incluso a textos carentes de efectividad formal como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000).[68]

Sin embargo, en diversos análisis empíricos de las sentencias del Tribunal Constitucional, se advierte que resulta desigual en intensidad y cantidad las referencias internacionales. En la etapa de 1981 y 1997, sólo en un 10% del total de sentencias citaban de manera expresa fuentes internacionales (13% en recursos de amparo), incluido el derecho comunitario y las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo; situación que aumentó casi al doble (19%) en la etapa de 1999 a 2004 (21% en recursos de amparo).[69] En este último periodo, se ha propuesto una categorización de los usos interpretativos del canon europeo empleado por el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración la gradación en su intensidad: (i) como argumento de autoridad *ad abundantiam*; (ii) como argumento de autoridad complementario; (iii) como incorporación de pautas interpretativas y de incorporación de contenidos; y (iv) como desarrollo de un incipiente *ius commune* europeo en materia de derechos y libertades.[70]

Lo anterior significa que no es suficiente, por si misma, que se tenga a nivel constitucional una cláusula de interpretación conforme a los tratados internacionales para que los intérpretes la apliquen de manera sistemática y adecuada; se requiere, sobretodo, que los jueces nacionales la conviertan en una práctica cotidiana de la hermenéutica en materia de derechos humanos. Esto debe servir como una "alerta" para los jueces e intérpretes mexicanos, para que "siempre" acudan a la interpretación

66. Fernánez de Casadevante Romaní, Carlos, y Jiménez García, Francisco, *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional,* Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 34 a 37.
67. Véase *supra* II.2.A: "Sistema Europeo".
68. Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española,* Madrid, CGPJ, 1999; así como, recientemente, "La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", en Casas Baamonde María Elena y Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. XXX Aniversario,* Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-209.
69. Cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española,* Ibidem, pp. 206-207; y Queralt Jiménez, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *op. cit. supra* nota 62, pp. 441-443.
70. Cfr. Queralt Jiménez, Argelia, ibidem, pp. 448-462.

conforme debido al nuevo mandato constitucional del art. 1º que se dirige a todos los intérpretes de normas en materia de derechos humanos, como a continuación pasamos a analizar.

4.La nueva cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) en México

El segundo párrafo del art. 1º constitucional prevé un mandato interpretativo en materia de derechos humanos.[71] Se trata de la constitucionalización de un criterio o principio hermenéutico específico de los derechos fundamentales, que de manera poco clara y aislada venía realizando la Suprema Corte en los últimos años.[72] Pauta interpretativa que se suma a la prevista por el propio texto fundamental en el párrafo cuarto del art. 14 constitucional para los "juicios del orden civil",[73] así como a los criterios de interpretación aceptados por nuestro más alto tribunal vía jurisprudencial.

Debe reconocerse, como ha sucedido en otras materias, que las entidades federativas han establecido principios interpretativos de avanzada en materia de protección de derechos humanos, como sucedió en 2008 con la reforma a la Constitución del Estado de Sinaloa,[74] que han seguido otras entidades federativas, como el Estado

71. Véase su texto *supra*, nota 3.

72. En muy pocos casos se puede advertir una clara interpretación conforme a los tratados internacionales como argumentación principal. Si bien es cierto que en los últimos años se aprecia un mayor número de sentencias donde se invocan estos instrumentos y la jurisprudencia de la CorteIDH o incluso de otros tribunales internacionales, así como otro tipo de fuentes internacionales, la mayoría de las veces no se aprecia con claridad el objeto de su invocación, al no ser un argumento sustancial para la decisión y la cita es más bien como un criterio "a mayor abundamiento". De utilidad resulta la reciente recopilación sistematizada de los principales criterios de la Suprema Corte de Justicia donde se invocan referencias internacionales, que realizó la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* México, SCJN-Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2 ts., 2010.

73. Este párrafo expresa: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

74. Art. 4.Bis-C.: Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios: I. Los derechos humanos deben interpretarse evitando la contradicción con el texto constitucional y propiciando el sentido que le sea más favorable. II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad. IV. Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente. V. Se deberá optar por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad. VI. El interés superior del niño deberá tener consideración primordial por parte de los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, así como en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social. Dicho deber implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. VII. Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución.

de Tlaxcala.[75] Incluso, cabe destacar también algunas leyes específicas, como la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que también prevén el criterio hermenéutico en materia de derechos fundamentales de la interpretación conforme a tratados internacionales y el principio pro persona.[76]

Sin ningún tipo de exhaustividad y como primera aproximación, a continuación señalaremos algunas características y consecuencias que se desprenden del criterio hermenéutico contenido en el párrafo segundo del art. primero constitucional:

1) **Los destinatarios** de esta cláusula constitucional son todos los intérpretes de las normas en materia de derechos humanos, sean autoridades o particulares. Todas las autoridades del Estado mexicano, dentro de sus competencias, tienen que seguir este criterio interpretativo. Esto implica que los **jueces** deben acudir a esta técnica de interpretación en todo caso relacionado con normas de derechos humanos en los asuntos de su competencia; los **legisladores** tendrán que adecuar la normativa existente utilizando este criterio y aplicarlo como parte de la técnica legislativa al emitir la norma; y todos los órganos de la **administración pública** deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, especialmente cuando se trate de restricción de los mismos.
2) **Resulta obligatoria en todo** caso que involucre normas de derechos humanos, lo que implica que es un mandato constitucional "no disponible" por el intérprete. Lo anterior resulta relevante para crear una práctica sistemática y constante de dicha pauta interpretativa en todos los niveles, evitando su utilización "esporádica", en detrimento de la efectividad y cultura de los derechos humanos. Constituye un "deber" y no puede nunca ser "optativo" o "facultativo" para el intérprete de la norma en materia de derechos humanos.
3) El **objeto** materia de la interpretación conforme no se restringe:
   (a) exclusivamente a los derechos humanos de rango constitucional (sea de fuente constitucional o internacional), sino también comprende a los derechos infra constitucionales, toda vez que este criterio interpretativo se aplica con independencia del rango o jerarquía que tenga la norma en cuestión; de tal manera que las normas que los contengan, deberán interpretarse de conformidad con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales; se trata, en este sentido, de una interpretación "desde" el texto fundamental hacia abajo.

75. El art. 16.B, de manera similar al anterior precepto de Sinaloa.
76. Los arts. 6 y 7, respectivamente establecen: "Art. 6.- La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable."Art. 7.- Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias".

(b) a los previstos en el capítulo I del Título Primero de la Constitución federal, sino a todos los derechos humanos sea cual sea su ubicación en el texto fundamental (como sucede con los derechos humanos de tipo laboral previstos en el art. 123, por ejemplo);
(c) a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos en dicha materia, sino también a aquellos derechos humanos previstos en "cualquier" tratado internacional, sea cual sea su denominación o la materia que regule; por ejemplo, los derechos humanos contenidos en los tratados en materia de derecho internacional humanitario o de derecho internacional en general; y
(d) a normas de tipo "sustantivas", sino también a las de carácter "adjetivas" relativas a derechos humanos. Así, la norma para interpretar derechos humanos puede ser objeto, a su vez, de interpretación conforme.

4) La expresión **tratados internacionales** contenida en dicha cláusula comprende la connotación "amplia" del término que le otorga el art. 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en México a partir del 27 de enero de 1980.[77]
5) La expresión **tratados internacionales** debe comprender también la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación (órganos de supervisión, cumplimiento e interpretación, como comités, comisiones, tribunales, etc.); con mayor intensidad si existen órganos jurisdiccionales cuya misión es la aplicación e interpretación del tratado; como por ejemplo, la CorteIDH, que "tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones" del Pacto de San José.[78]
6) De ahí que la norma interpretada por dicho Tribunal adquiere el mismo grado de eficacia que el texto convencional, como veremos más adelante al analizar las características del "control difuso de convencionalidad", especialmente por tratarse del único órgano jurisdiccional previsto en el Sistema Interamericano, con competencia última y definitiva en la interpretación de la CADH (y sus protocolos adicionales), de donde deriva la obligatoriedad de sus interpretaciones. Este criterio constituye un estándar mínimo establecido jurisprudencialmente por la propia CorteIDH al definir el parámetro del "control difuso de convencionalidad", sin que ello sea obstáculo para que el intérprete pueda ampliar dicho estándar y así considerar, por ejemplo, informes, declaraciones,

77. Dicho precepto señala: "Art. 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos *y cualquiera que sea su denominación particular*" (énfasis añadido).
78. Artículo 62.3 de la CADH.

observaciones generales y demás fuentes internacionales, siempre y cuando pudieran favorecer la "protección más amplia" en términos de la última parte del párrafo segundo del art. 1º constitucional que analizamos. De esta forma, esta cláusula permitirá ir ampliando el "bloque de convencionalidad" creado como estándar mínimo por la propia CorteIDH.

7) La cláusula contiene un "principio de armonización" entre la Constitución y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita "armonizar" la "norma nacional y la internacional". No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. Cuando la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán "de conformidad con" "esta Constitución *y* con los tratados internacionales…", la conjunción "y" gramaticalmente constituye una "conjunción copulativa" que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adición. De ahí que esta cláusula cumple con una "función hermenéutica" de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca "a las personas la protección más amplia" como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece; de ahí que podría prevalecer la norma nacional en términos del art. 29.b) de la CADH.
8) Constituye, en palabras de Bidart Campos, una "interpretación conciliadora" en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación "de" la constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y "desde" la constitución hacia abajo (con la norma subconstitucional cuya interpretación debe ser conforme a la constitución y a los tratados internacionales).[79]

El "principio de armonización" en materia internacional, ha sido establecido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al estudiar la problemática de la "fragmentación" del derecho internacional, consiste en que al existir varias normas que tratan de la misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.[80]

9) El criterio hermenéutico incorpora el principio "pro persona". Esto implica favorecer "en todo tiempo a las personas la protección más amplia"; lo que

79. C*f*r. Bidart Campos, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa,* México, Ediar-UNAM, 2003, p. 388.
80. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, correspondiente a la 58ª sesión, 1 mayo-9 junio y 3 de julio-11 agosto de 2006; Asamblea General de, Naciones Unidas. Documentos oficiales, 61ª sesión, Suplemento nº 10 (A/61/10), p. 424.

significa interpretación más estricta cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades. En realidad, este principio goza de rango constitucional por lo dispuesto en el primer párrafo del mismo art. 1º constitucional, toda vez que se encuentra previsto en el art. 29 del Pacto de San José. De ahí que los parámetros interpretativos de dicho precepto deben considerarse en la cláusula de interpretación conforme regulado en el segundo párrafo aludido. Así, lo previsto en el numeral 29 de la CADH relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno" o "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" o "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad", deben considerarse en la "interpretación conforme" que se realice en términos del art. 1º constitucional.

10) Esta pauta interpretativa debe complementarse, necesariamente, con lo previsto en el párrafo tercero del propio art. 1º constitucional, de tal manera que la interpretación que se realice debe ser "de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad". Cada uno de estos principios debe ser considerado en la interpretación conforme que se efectúe para favorecer "en todo tiempo a las personas la protección más amplia", que establece la última parte de la cláusula constitucional que analizamos.
No debe pasar inadvertido, que el referido tercer párrafo del art. 1 constitucional, parte de la premisa de la "obligación" de "todas las autoridades" para "promover, respetar, proteger y garantizar" los derechos humanos (de fuente nacional e internacional), por lo que la "interpretación conforme" que se realice debe, asimismo, considerar esta previsión para "optimizar" en todo momento "la protección más amplia".
11) Este canon interpretativo tiene una estrecha relación con los diversos párrafos del propio art. 1º constitucional, que en su conjunto guardan relación con otros preceptos constitucionales; por ejemplo, la interpretación sistemática de los arts. 1º, 99, 103, 105, 107 y 133 constitucionales, llevan a la configuración del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad", es decir, el parámetro para ejercer el control "difuso", "concentrado" o "semi concentrado" de constitucionalidad/convencionalidad, según las competencias de cada órgano jurisdiccional y el tipo de proceso de que se trate, lo cual no hay que confundir con el "bloque constitucional/convencional" (normas de rango constitucional).[81]

81. La distinción entre "bloque constitucional" y "bloque de convencionalidad" puede llevarnos a una funcionalidad interpretativa de los art. 1º y 133 constitucionales, especialmente para entender el significado y alcances de la "Ley Suprema de la Unión" que tantos problemas ha ocasionado a nuestros jueces constitucionales. Sobre estos conceptos, véase Carpio Marcos, Edgar, "Bloque de constitucionalidad y proceso

12) La cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) que prevé el art. 1º constitucional, guarda una estrecha relación con el "control difuso de convencionalidad" que recientemente ha sido aceptado por la Suprema Corte de Justicia al cumplimentar (parcialmente) la sentencia del *Caso Radilla*, como veremos más adelante. Esto es así, ya que para ejercer ese tipo de control por cualquier juez mexicano, debe, previamente, realizarse una interpretación conforme en términos del mandato constitucional, para realizar "control" sobre aquella interpretación incompatible con los parámetros constitucionales/convencionales; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta donde no pueda realizarse ningún tipo de interpretación conforme posible, el "control" consistirá en dejar de aplicar la norma o declarar la invalidez de la misma, según la competencia de cada juez y el tipo de proceso de que se trate.

5. El "control concentrado de convencionalidad" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter "difusa" por los jueces nacionales, en sede interna.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control "concentrado" de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de "garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y "reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"; todo lo cual, cuando "decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención" (art. 63, CADH), teniendo dicho fallo carácter "definitivo e inapelable" (art. 67, CADH); por lo que los Estados "se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes" (art. 68.1, CADH).[82]

de inconstitucionalidad de leyes" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 79-114, en pp. 97-103; este autor sigue el trabajo de Requejo Rodríguez, Paloma, "Bloque constitucional y comunidad autónoma", ahí citado; de especial utilidad, resulta el libro de esta autora, precisamente con el título *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad,* Oviedo, Ediuno, 1997.

82. Si bien la Comisión Interamericana tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, en estricto rigor no realiza un "control de convencionalidad" por no tener propiamente funciones jurisdiccionales. Las principales funciones de la Comisión se encuentran previstas en el art. 41 de la CADH. Lo anterior no significa que sus "recomendaciones" carezcan de eficacia jurídica en el ámbito interno y, además, los criterios interpretativos que emita de la CADH puede válidamente convertirse en "parámetro" para ejercer el "control difuso de convencionalidad" por los jueces nacionales, como veremos más adelante. En general, véase, Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *op. cit. supra* nota 54.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adiciones). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes. De esta manera, como lo ha sostenido García Ramírez en un importante voto concurrente:

> Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. [83]

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural competencia que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien es en ese voto concurrente (2003) cuando por primera vez se utiliza la expresión. La tarea de la Corte, continúa reflexionando García Ramírez, en otro voto concurrente:

> …se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.[84]

Años después, vuelve García Ramírez a utilizar la expresión "control de convencionalidad" en el mismo sentido, "*fundado en la confrontación entre el hecho*

83. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.
84. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7/09/2004, párrafo 3.

realizado y las normas de la Convención Americana",[85] en el voto razonado emitido en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay,* de 26/09/2006; mismo día en que se decidió el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por vez primera la expresión "control de convencionalidad", si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter "difuso", a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia y dirigido hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción, como a continuación pasamos a analizar.

6. El "control difuso de convencionalidad" por el juez nacional en América Latina: hacia una teoría general

Además del control "concentrado" de convencionalidad que realiza la CorteIDH como parte de su competencia,[86] existe otro tipo de control de carácter "difuso", que debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la CorteIDH.[87]

Este control es una nueva manifestación de la "constitucionalización" o "nacionalización" del derecho internacional. El "control difuso de convencionalidad" consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la CorteIDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento, como veremos más adelante, en la propia CADH, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente

85. De tal suerte, dice García Ramírez, que derivado a ese "control de convencionalidad", "*no puede, ni pretende – jamás lo ha hecho –, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno*". Párr. 6 del referido voto razonado.

86. Véanse los art. 62.3 y 63.1 de la CHDH; 31, 32, 42, 65 y 67 del vigente Reglamento de la CorteIDH, así como 1º y 2º del Estatuto de la CorteIDH.

87. Sobre la temática, véanse: Sagüés, Néstor, "El "control de convencionalidad", como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un* Ius constitutionale Commune *en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, tomo II, pp. 449--468; Salgado Pesantes, Hernán, "Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad *vs*. Control de convencionalidad", en op. últ. cit., pp. 469-495; Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, Universidad de Talca, v. 7, n. 2, 2009, pp. 109-128; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos,* México, Porrúa-IMDPC, n. 26, 2008; Albanese, Susana, *El control de convencionalidad* (coord.), Buenos Aires, Ediar, 2008; Castilla, Karlos, "El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del Caso Radilla Pacheco", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* v. XI, 2011, pp. 593-624; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios,* México, UbiJus, 2010; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coord.), *Formación y perspectivas del Estado en México,* México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 155-188.

desarrollado por la jurisprudencia de la CorteIDH dentro de su competencia, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete "último" y "definitivo" del Pacto de San José.

6.1. Nacimiento de la nueva doctrina jurisprudencial

Fue establecida por primera vez en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile,* resuelto el 26/09/2006.[88] Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la CorteIDH en casos de leyes de auto amnistía. Se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la CADH careciendo de "efectos jurídicos" a la luz de dicho tratado.

Sin embargo, en el fallo también se "avanza" hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado. Se establece que la obligación legislativa en sede interna, relativa a adoptar disposiciones de conformidad con la CADH alcanza una obligación hacia el Poder Judicial:

> de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.[89]

Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una "interpretación convencional", verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan "compatibles" con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al art. 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.[90]

Así, los jueces nacionales se convierten en "guardianes" de la convencionalidad. La doctrina del "control difuso de convencionalidad"[91] queda reflejada en los párrafos 123 a 125 de dicha sentencia, en los siguientes términos:

88. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.
89. Párrafo 123 de la sentencia.
90. Esto aplica en general para cualquier órgano del estado que aplique una ley inconvencional. La parte relativa del párrafo 123 de dicha sentencia señala: *"El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".*
91. Con anterioridad, tal y como lo expusimos, existen referencias al "control de convencionalidad" en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. sus votos en los Casos *Myrna Mack Chang*

123. La descrita 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 cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1.1 de la Convención Americana.[92]

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**. (énfasis añadido).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno".[93] Esta regla ha sido codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Si observamos con atención los alcances del "control difuso de convencionalidad", podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de "bloque de constitucionalidad" derivado de una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, sea por las reformas que las propias constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. Es una práctica que ya venían realizando algunos

vs. Guatemala, resuelto el 25/11/2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador,* de 7/09/2004, párr. 3; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay.* Reparaciones y Costas, de 26/09/2006. Serie C No. 155, párrs. 6 y 12.

92. Cfr. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4/07/2006. Serie C No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6/04/2006. Serie C No. 147, párr. 140.

93. Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9/12/1994, Serie A No. 14, párr. 35.

tribunales, cortes y salas constitucionales en América Latina, incluso con anterioridad al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, como se advierte de los ejemplos de algunas sentencias dictadas por esas altas jurisdicciones y que se reproducen en los párrs. 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.[94] La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la CorteIDH como un "deber" hacia todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de "bloque de convencionalidad" mínimo para considerar la aplicabilidad del *corpus iuris* interamericano y con ello establecer un "estándar" en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho Tribunal internacional.

6.2. Evolución y reiteración

El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.[95] En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el "control de convencionalidad" y lo "precisa" en tres aspectos: (i) elimina la expresión "como una especie" de control de convencionalidad; (ii) procede "de oficio" sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (iii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006);[96] *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);[97] *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);[98] *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);[99] *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*

94. Véase *infra,* epígrafe VI.3.A: Carácter "difuso": todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo.

95. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158, párr. 128: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, **evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones** (énfasis añadido).

96. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29/11/2006. Serie C No. 162, párr. 173.

97. *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20/11/2007. Serie C No. 169, párr. 79.

98. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12/08/2008. Serie C No. 186, párr. 180.

99. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párr. 339.

(2010);[100] *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);[101] *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);[102] *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);[103] *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010);[104] *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);[105] *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010),[106] *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010);[107] y *Gelman vs. Uruguay.*[108]

Además, la doctrina jurisprudencial también se aplicó en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes,* así como en la solicitud de "ampliación de medidas provisionales" de *Raxcacó Reyes y Otros,* todos *vs. Guatemala*.[109] Y también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte de algunos de los jueces de la CorteIDH al emitir sus votos razonados, como los ex presidentes García Ramírez,[110] y Cançado Trindade,[111] así como de los jueces *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas,[112] y el que escribe,[113] votos a los que nos referiremos más adelante.

Debe destacarse que la CorteIDH realiza una precisión de relevancia en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. En dicha sentencia se reitera la esencia de la doctrina del "control de convencionalidad" en los siguientes términos:

100. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26/05/2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.
101. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24/08/2010. Serie C No. 214, párr. 311.
102. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 234.
103. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 219.
104. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1/11/ 2010. Serie C No. 217, párr. 202.
105. *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 21/11/2010. Serie C No. 218, párr. 287.
106. *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24/11/2010. Serie C No. 219, párr. 106.
107. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220, párr. 225.
108. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24/2/2011. Serie C No. 221, párr. 193.
109. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9/05/2008, párr. 63.
110. Además de los votos razonados referidos *supra* nota 91, véanse sus votos posteriores al *leading case Almonacid Arellano*, que emitió reflexionando sobre el "control de convencionalidad": *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrs. 1 a 13 del voto razonado; y *Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27/11/ 2008. Serie C No. 192, párr. 3 del voto razonado.
111. Cfr. sus votos razonados en los *Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,* Ibidem, especialmente los párrs. 2 y 3 de su voto; así como en la solicitud de interpretación de sentencia derivada de dicho caso, de 30/11/2007, especialmente los párrs. 5 a 12, 45 y 49, de su voto disidente.
112. Cfr. su voto razonado y concurrente en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24/11/2010. Serie C No. 219, párrs. 4 y 5.
113. Cfr. nuestro voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220.

> 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos, incluidos sus jueces,** también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. **Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles** están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia** deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (énfasis añadido).

Como puede apreciarse, la CorteIDH aclara su doctrina sobre el "control de convencionalidad", al sustituir las expresiones relativas al "Poder Judicial" que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que "todos sus órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces", deben velar por el efecto útil del Pacto, y que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad"; criterio que luego reiteró en el *Caso Gelman vs. Uruguay,* del presente año.

La intencionalidad de la CorteIDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

Así, no existe duda de que el "control de convencionalidad" debe realizarse **por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales**, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH,[114] o por lo menos de los veintiún Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH,[115] de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

6.3. Principales características a la luz de su desarrollo jurisprudencial

6.3.1. Carácter "difuso": todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo

114. Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la CADH.
115. Los Estados citados en la nota anterior, con excepción de Dominicana y Jamaica (que hasta la fecha no han aceptado dicha jurisdicción) y Trinidad y Tobago (por denuncia en 1999).

Se trata, en realidad, de un "control difuso de convencionalidad", debido a que **debe ejercerse por todos los jueces nacionales**. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

Una de las manifestaciones de este proceso de "internacionalización" de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del "control difuso de constitucionalidad" en contraposición con el "control concentrado" que se realiza en los Estados constitucionales por las altas "jurisdicciones constitucionales", teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la CorteIDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba, en esencia, la CorteIDH. Ahora se ha extendido dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno (de ahí su carácter "difuso"), si bien conserva la CorteIDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.[116]

Se trata de un "sistema de control extenso (vertical y general)" como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano Sergio García Ramírez. Al respecto, resultan ilustrativas sus reflexiones vertidas en el voto razonado que formuló con motivo de la sentencia emitida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* vs. *Perú:*[117]

4. En otras ocasiones **he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas**. Estas tienen a su

116. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano,* México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

117. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *(Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158, párrs. 4, 12 y 13 del voto razonado.

cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores – principios y valores del sistema democrático – que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, **el control de constitucionalidad**, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado **(control concentrado)** o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias **(control difuso).**

12. Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías**, puede tener – como ha sucedido en algunos países – carácter difuso**, es decir, quedar en manos de **todos los tribunales** cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un **sistema de control extenso – vertical y general** – en materia de juridicidad de los actos de autoridades – por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos –, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. **Me parece que ese control extenso – al que corresponde el "control de convencionalidad" – se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos** (énfasis añadido).

El "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CHDH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la CorteIDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la "misión" que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo "control".

Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de

la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos,[118] o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables;[119] el reconocimiento de su especificidad en esta materia;[120] la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales;[121] en la incorporación de "cláusulas abiertas" de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional;[122] o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades "conforme" a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,[123] entre otros supuestos.[124] De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.[125] Se forma un auténtico "bloque de constitucionalidad", que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la CorteIDH. Así, en algunas ocasiones el "bloque de convencionalidad" queda subsumido en el "bloque de constitucionalidad", por lo que al realizar el "control de constitucionalidad" también se efectúa "control de convencionalidad".

Precisamente la CorteIDH en los párrs. 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales

118. De manera explícita, por ejemplo, en Argentina (art. 73) y República Dominicana (art. 74.3, de la nueva Constitución proclamada en enero de 2010). El rango constitucional de los derechos humanos previstos en tratados internacionales se desprende en México, debido a la reciente reforma constitucional al art. 1º, que ha llevado a la Suprema Corte a una nueva interpretación del art. 133 constitucional.
119. Bolivia (art. 256); Ecuador (art. 424); y Venezuela (art. 23).
120. Con independencia de la jerarquía normativa que le otorguen, un número importante de textos constitucionales reconocen algún tipo de especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Además, en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa y Tlaxcala.
121. Por ejemplo, en el Perú (art. Transitorio Cuarto); Ecuador (art. 417); en la nueva Constitución de la República Dominicana, de enero de 2010 (art. 74.4); y recientemente en México (art. 1, párrafo segundo).
122. Por ejemplo, Brasil (art. 5.LXXVII.2), Bolivia (art. 13.II), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 417), Panamá (art. 17), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 74.1) y Uruguay (art. 72).
123. Por ejemplo, Bolivia (art. 13.IV), Colombia (art. 93), Haití (art. 19); y en México, a nivel federal (art. 1, párrafo segundo) y en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa (4º Bis C) y Tlaxcala (artículo 16 B).
124. Sobre la "interpretación conforme" con los pactos internacionales, véase Caballero, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España,* México, Porrúa, 2009.
125. Dos de las jurisdicciones constitucionales más representativos que desde principios de la década de los noventa han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supra constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del "bloque de constitucionalidad" a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.

de la "más alta jerarquía" han aplicado y aceptado el "control de convencionalidad" considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante proceso de "recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos" y sin lugar a dudas "constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar".[126]

En dicha sentencia se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; del Tribunal Constitucional de Bolivia; de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana; del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; y de la Corte Constitucional de Colombia. Son algunos ejemplos que permiten comprender esta dinámica de recepción jurisdiccional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia convencional. A continuación se reproducen, por la importancia que tiene para evidenciar la aceptación y práctica del "control difuso de convencionalidad" en América Latina:

> 226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:
>
> debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada
> (Sentencia de 9/05/1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII).
> Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:
> En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.
> Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

126. Párr. 9 del voto razonado emitido por el juez Sergio García Ramírez, con motivo de la sentencia referida al *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158.

(Sentencia emitida el 10/05/2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

> en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el art. 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

(Resolución No. 1920-2003 emitida el 13/11/2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana)

De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

> La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el art. 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

(Sentencia emitida el 21/07/2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12).

---

227. Dicho Tribunal también ha establecido que:

> se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano
>
> (Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19/06/2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26).

228. 231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que

> "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional
> (Sentencia emitida el 23/12/2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", considerando 6).
> Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ya que se "trata de 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"..
> (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13/07/2007, párr. 20)
> 232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales".
> (Sentencia C-010/00 emitida el 19/01/2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6)

Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del "control de convencionalidad" en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la CorteIDH crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" advirtiendo la tendencia de la "constitucionalización" o, si se prefiere, "nacionalización"[127] del "derecho internacional de los derechos humanos" y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento "hermenéutico" y de "control" de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la CorteIDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad".

A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del "control difuso de convencionalidad" debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la CorteIDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006.

127. Cfr. García-Sayán, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (Caso "Mazzeo"),[128] donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el "control de convencionalidad", reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En efecto, en el párr. 21 del referido fallo de la Corte Suprema de Argentina se dice textualmente:

> 21. Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana – CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26/09/2006, parágraf. 124.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia mexicana, al conocer de las implicaciones para el Poder Judicial de la Federación relativas al cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* aceptó el "control difuso de convencionalidad" y lo llevó, incluso, a nuevas interpretaciones constitucionales para aceptar también el "control difuso de constitucionalidad", como veremos más adelante.[129]

Se produce un interesante influjo entre la CorteIDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el "diálogo jurisprudencial".[130] Diálogo que incide en la debida articula-

128. *Caso "Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*, de 13/07/2007. Sobre este importante fallo y en general sobre el carácter evolutivo de recepción del derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase Bazán, Víctor, "El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos", en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario),* Buenos Aires, Agosto de 2010, pp. 1-17, especialmente sobre el caso "Mazzeo" véase pp. 10, 11 y 16; asimismo, Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de onvencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)" en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, N. 2, 2009, pp. 109-128; y Loiano, Adelina, "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008.

129. Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011. Pendiente de "engrose", es decir, de la redacción final de la resolución. Véase *infra* "VIII. La recepción del "control difuso de convencionalidad" en México", especialmente el apartado "2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte".

130. Precisamente *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los

ción y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

En este sentido, cobra relevancia las consideraciones del ex presidente de la CorteIDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia), al reflexionar sobre el "control de convencionalidad" en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú:*[131]

> 3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana **deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*,** tomados en conjunto, **por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción** en el presente dominio de protección de la persona humana. (énfasis añadido).

La doctrina del "control difuso de convencionalidad" establecida por la CorteIDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho "control" con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.

6.3.2. Intensidad del "control difuso de convencionalidad": de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general

Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material "deben" ejercer el "control de convencionalidad". Es el mensaje claro que la CorteIDH envía en la sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar "control de constitucionalidad".

En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar "de oficio" el control de convencionalidad "*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*",[132] no puede

fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la CorteIDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

131. Párr. 3 del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançade Trindade.

132. Precisión que fue realizada a partir del Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*

interpretarse como limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad", sino como una manera de "graduar" la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la norma nacional.

Así, en los llamados sistemas "difusos" de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de "control de convencionalidad" resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional (como recientemente se ha aceptado en México). Este supuesto es un grado intermedio de "control", que operará sólo si no existe una posible "interpretación conforme" de la normatividad nacional con el Pacto de San José (de sus protocolos adicionales o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta "interpretación conforme" se salva la "convencionalidad" de la norma interna. El grado de intensidad máximo del "control de convencionalidad" se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional.

En cambio, el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el "control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto (como sucedía con anterioridad en México debido a una inadecuada interpretación al art. 133 constitucional). En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el "control difuso de convencionalidad" con menor intensidad, **sin que ello signifique que no puedan realizarlo** "en el marco de sus respectivas competencias". Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una "interpretación convencional" de la misma, es decir, efectuar una "interpretación conforme", no sólo de la Constitución nacional, sino también de la CADH y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

En efecto, al realizarse el "examen de compatibilidad convencional", el juez nacional debe siempre aplicar el principio pro homine (previsto en el art. 29 del Pacto

Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

de San José), que implica, inter alia, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales;[133] pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos. Así lo ha interpretado la propia CorteIDH, al señalar que:[134]

> 51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:
>
> > De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. **Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal**. (énfasis añadido).
>
> En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.
>
> 52. La anterior conclusión se deduce claramente del art. 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:
>
> > 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.

133. Este precepto señala: "Art. 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".

134. *Opinión Consultiva OC-5/85*. 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, relativa a *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 51 y 52.

> En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, podrá plantear (si tiene esa competencia) "la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad, y si no tuviera esa competencia, estimamos que cuando menos debería "señalar" en su argumentación la inconvencionalidad de la norma que aplica. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional, según la competencia de cada juez o tribunal.

Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la CorteIDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el "control difuso de convencionalidad" con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los arts. 1 y 2 de la CADH, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Como lo ha señalado la propia CorteIDH, este último dispositivo tiene también "la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular"[135] en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la CorteIDH, precisamente en el *Caso Almonacid Arellano* que da origen a la doctrina del "control difuso de convencionalidad", es enfática al establecer en su párr. 123 que:

> cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, **el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella**. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención **produce responsabilidad internacional del Estado**, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera

135. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, párr. 123.

de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1.1 de la Convención Americana.[136] (énfasis añadido).

Así, el "control difuso de convencionalidad" si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con "*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*". En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una "interpretación" de la norma nacional a la luz de la CADH, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la CorteIDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el art. 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán (controlarán) aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la "interpretación conforme" con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el "control difuso de convencionalidad" debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de acuerdo con las respectivas competencias de cada juez nacional.

6.3.3. Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las partes

Esta característica del "control difuso de convencionalidad" constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,[137] dos meses después del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,* y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la CorteIDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter "difuso" de dicho control. Si en la anterior característica del "control difuso de convencionalidad" se establecía la intencionalidad de la CorteIDH de que se "debe" ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un "control difuso"), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce "de oficio", lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya

136. Cfr. *Caso Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6/04/2006. Serie C No. 147, párr. 140.
137. Idem.

que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".[138]

Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del "control difuso de convencionalidad" por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia (***el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional***)*.

6.3.4. Parámetro del "control difuso de convencionalidad": el "Bloque de Convencionalidad"

a) **Contenido del "bloque de convencionalidad**". En principio, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé:

> "En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia **deben tener en cuenta no solamente el tratado** [**Pacto de San José**]**, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.[139] (énfasis añadido).

No obstante, la propia "jurisprudencia" de la CorteIDH ha ido ampliando el *corpus juris* interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir "en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los arts. 76 y 77", lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos "adicionales" (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede 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".[140]

Sobre el particular, resultan ilustrativas las reflexiones del juez García Ramírez, en su voto razonado emitido con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*

138. Párr. 128, *in fine*, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, nota 15.
139. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 227.
140. Artículo 29, inciso d). Véase *supra* nota 133.

(*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú,* precisamente al analizar el parámetro del "control de convencionalidad":[141]

> En la especie, al referirse a un "**control de convencionalidad**" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, **la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional** de los derechos humanos de los que es parte el Estado: **Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.** De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. (énfasis añadido).

Lo anterior refleja que, en realidad, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" no sólo comprende la CADH, sino también los "Protocolos" adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la CorteIDH. El objeto de su mandato – dice el propio Tribunal interamericano en un fallo reciente – "es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia"[142] y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

b) *La jurisprudencia convencional*. Para efectos del parámetro del "control difuso de convencionalidad", por "jurisprudencia" debe comprenderse toda interpretación que la CorteIDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal interamericano. Se trata, por supuesto, de una interpretación constante sobre la interpretación del *corpus iuris* interamericano.

No debe perderse de vista que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".[143] Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", la CorteIDH estableció que:[144]

141. Párr. 3 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006.
142. Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 199.
143. *OC-16/99* de 1/10/1999, párr. 114.
144. Ibidem, párr. 115.

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos **está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones**). **Su evolución dinámica** ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte **debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo**. (énfasis añadido).

Las "interpretaciones" a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita.[145] Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre "medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de solicitud de "interpretación de la sentencia" en términos del art. 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el art. 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos".[146]

Se forma de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" como parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque" como un estándar mínimo, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la CorteIDH y propicia una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última establecer estándares en nuestra región a manera a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la CorteIDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad

145. En términos del art. 29 del Reglamento de la Corte Interamericana, vigente a partir del 1/1/2010, que establece: "Art. 31. Resoluciones. 1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. 2. Las demás resoluciones serán dictadas por la corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte. 3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación."

146. C*fr. Opinión Consultiva OC-1/82.* 24/09/1982. Serie A No. 1, relativa a "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

y efectividad.[147] Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del "control difuso de convencionalidad", pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido "parte material" (como lo ha establecido por mayoría de votos la Suprema Corte de Justicia mexicana al analizar el cumplimiento del *Caso Radilla*), equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

En efecto, la "fuerza normativa" de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la CorteIDH, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete "último" y "definitivo" de dicho Pacto. La interpretación emprendida por el Tribunal interamericano a las disposiciones convencionales **adquiere la misma eficacia que poseen éstas**, ya que en realidad las "normas convencionales" constituyen el resultado de la "interpretación convencional" que emprende la CorteIDH como órgano "judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e **interpretación**"[148] del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, "constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional".[149]

6.3.5. Efectos del "control difuso de convencionalidad": retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad

Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del "control difuso de convencionalidad", el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el "bloque de convencionalidad", consiste en dejar "sin efectos jurídicos" aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en "dejar sin efectos jurídicos" la norma nacional, ya sea en el caso particular o

147. De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la CorteIDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.
148. Artículo 1 del Estatuto de la CorteIDH, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).
149. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, "Homicidios de mujeres por razón de género. El *Caso Campo Algodonero*", en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, tomo II, pp. 259-333, en pp. 296-297.

con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la CorteIDH en el momento en que se crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos "desde un inicio";[150] precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en asuntos relacionados con leyes de autoamnistía[151] o en otros supuestos.[152] Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la CorteIDH y depende del caso concreto.[153]

Estimamos que la CorteIDH tendrá, en el futuro, que definir con mayor precisión este delicado aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara. No debe soslayarse que, por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo.

Lo anterior se fundamenta en el art. 63.1 de la Convención Americana, al establecer que:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá **que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad**

150. Cf*r. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, párr. 124.

151. Por ejemplo, en el *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29/11/ 2006. Serie C No. 162, párr. 174: "En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma "constituye *per se* una violación de la Convención" por ser "una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte" en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el *caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención". Asimismo, en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24/11/2010. Serie C No. 219, párr. 106.

152. Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párr. 339; así como en el reciente *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1/09/2010. Serie C No. 217, párr. 202.

153. Cf*r.,* por ejemplo, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24/08/2010. Serie C No. 214, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 234; *Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 234; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23/11/2010. Serie C No. 218, párr. 287.

> **conculcados.** Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, **que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos** y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (énfasis añadido).

Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la CorteIDH, *mutatis mutandi,* debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el "control difuso de convencionalidad" (norma convencional que ahora en el sistema mexicano goza de rango constitucional conforme el primer párrafo del art. 1º del texto fundamental). Y ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo "sin efectos" dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma.

En otras palabras, dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la CorteIDH al interpretar el citado art. 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo "adecuadamente";[154] lo cual constituye "uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".[155]

6.4. Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,*[156] se estableció:

> 124. (…) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar **porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (…)**

154. C*fr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, párr. 25; *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25/05/2010. Serie C No. 212 párr. 227; y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26/05/2010. Serie C No. 213, párr. 211.
155. C*fr. Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27/11/1998. Serie C No. 43, párr. 43; *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25/5/2010. Serie C No. 212, párr. 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26/5/2010. Serie C No. 213, párr. 211.
156. Párr. 125. Almonacid

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de **buena fe** y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en **el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** de 1969." (énfasis añadido).

Los principios de derecho internacional relativos a la *Buena Fe* y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda,* constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la CorteIDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9/12/1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias del Pacto de San José,[157] los alcances interpretativos de los arts. 1[158] y 2[159] de la CADH. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconvencional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de "buena fe" y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los arts. 26[160] y 27[161] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde enero de 1980.

La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y

157. C*fr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9/12/1994, Serie A No. 14.

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

159. "Art. 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el 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".

160. "Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

161. "Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46".

adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado García Ramírez:

> 27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, **el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno**. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – **y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad»** que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional".[162] (énfasis añadido).

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la CADH también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del "control difuso de convencionalidad" les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano a través de una interpretación conforme armónica; incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido "bloque de convencionalidad", para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

El "control difuso de convencionalidad", además, tiene fundamento en el art. 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados),[163] lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la CorteIDH.

No pasa inadvertido que el art. 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José "**se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes**" (énfasis añadido). Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la CorteIDH adquiera "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte

162. C*fr.* párr. 27 de su voto razonado con motivo del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala,* véase *supra* nota 83.
163. Véase *supra* VII.3.D: "Parámetro del "control difuso de convencionalidad": El "Bloque de Convencionalidad".

material", ya que al ser la CorteIDH el único órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como de otros instrumentos internacionales derivada de su propia competencia).

Las interpretaciones que realiza la CorteIDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular **con efectos subjetivos**, y (ii) en establecer la eficacia general **con efectos de norma interpretada**. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser "transmitido a los Estados parte de la Convención",[164] para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la CorteIDH, en su calidad de "intérprete última" y "definitiva" del *corpus juris* interamericano.

7. La recepción del "control difuso de convencionalidad" en México

7.1. Aplicabilidad de la doctrina general

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del "control difuso de convencionalidad" aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);[165] *Fernández Ortega y Otros* vs. *México* (2010);[166] *Rosendo Cantú y Otra* vs. *México* (2010);[167] y *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México* (2010).[168]

Al haber ratificado nuestro país la CADH (1981)[169] y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH (1998),[170] estas sentencias internacionales deben

164. Art. 69 de la CADH.
165. Parrs. 338 a 342.
166. Párrs. 233 a 238.
167. Párrs. 218 a 223.
168. Párrs. 225 a 235.
169. La CADH fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22/11/1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entrando en vigor el 18/07/1978, conforme el art. 74.2 de la propia Convención. La vinculación de México es a partir del 24/03/1981. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de mayo de ese mismo año.
170. El instrumento de aceptación expresa de la competencia contenciosa de la CorteIDH por parte del Estado mexicano, fue depositado ante el Secretario General de la OEA el 16/12/1998 (de conformidad con el art. 61.2 de la CADH). El decreto promulgatorio apareció en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de febrero de 1999 (con fe de erratas al día siguiente). La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó la declaración de la competencia contenciosa de dicho Tribunal interamericano el 1 de diciembre de 1998, de conformidad con el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de ese mismo año.

ser cumplidas,[171] y las mismas adquieren carácter "definitivo e inapelable";[172] sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los arts. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[173] suscrito también por el Estado mexicano y vigente desde enero de 1980.

De esta manera, el "control difuso de convencionalidad" implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles,* pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, con la CADH, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la CorteIDH, formándose un "bloque de convencionalidad" en los términos analizados con antelación.[174] Lo anterior debido a que:[175]

> (…) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el art. 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. **En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas *o su interpretación*, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención.**[176] En términos prácticos, **la interpretación del art. 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia**, contenidos en el art. 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana (énfasis añadidos).

171. Art. 68.1 de la CADH: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes".
172. Art. 67 de la CADH: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable […]". Dentro de los 90 días siguientes a partir de la fecha de la notificación de la resolución, pueden las partes solicitar a la CorteIDH la interpretación del mismo, sin que ello implique modificar el sentido del fallo, de conformidad con la segunda parte del referido precepto del Pacto de San José.
173. Véanse estos preceptos *supra* notas 160 y 161.
174. Véase *supra* VII.3.D: "Parámetro del "control difuso de convencionalidad": El "Bloque de Convencionalidad".
175. Caso *Rosendo Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, nota 19, párr. 338; Caso *Fernández Ortega y Otros* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010.Serie C No. 215, párr. 233; y Caso *Rosendo Cantú y Otra* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 218.
176. Cf*r. Caso Castillo Petruzzi y otros* vs. *Perú*, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27/11/1998. Serie C No. 43, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4/07/2006. Serie C No. 149, párr. 83, y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, párr. 118.

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el "control difuso de convencionalidad" para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su art. 133 vigente, que a la letra dispone:[177]

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y **todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma**, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán **la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado** se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, **a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados** (énfasis añadido).

Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán "la Ley Suprema de toda la Unión" (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha "Ley Suprema"; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese "bloque de constitucionalidad". En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el "control difuso de constitucionalidad" y, por tanto, la CADH válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia CorteIDH, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia "en todos los niveles" están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.[178]

La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad", toda vez que los jueces deben ejercerlo "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Como lo hemos analizado con antelación, todos los jueces deben

177. Este artículo sólo ha sufrido una reforma desde el texto original de 1917, en el año de 1934, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de enero de ese año. El precepto ha sido interpretado de diferentes maneras por parte de los tribunales y la doctrina mexicana a lo largo de su vigencia, incluso en las Constituciones anteriores a la actual de 1917. Sobre las diferentes posturas interpretativas, véase Jorge Carpizo. La interpretación del artículo 133 constitucional. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, IIJ-UNAM, n. 4, 1969, pp. 3-32.

178. Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/11/2010, párr. 225.

realizar dicho "control" y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la "interpretación" de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación armónica más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el art. 29 del Pacto de San José y ahora también en el segundo párrafo del art. 1º constitucional, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, *contrario sensu*, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán **desaplicar** la norma nacional o **declarar su invalidez**, según la competencia que la Constitución y las leyes nacionales otorguen a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del "control difuso de convencionalidad".

7.2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del Caso Radilla y su discusión en la Suprema Corte

La Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del Caso *Radilla Pacheco* el 14/07/2011[179] y que el propio presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto "histórico",[180] realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente art. 1º constitucional.[181] Los criterios principales que derivan de dicho asunto son los siguientes:

a) Obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la CorteIDH en los asuntos donde el Estado mexicano es parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la Suprema Corte, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.
b) Obligaciones específicas a los jueces mexicanos (como parte del Estado mexicano) derivadas del cumplimiento de dichas sentencias; por lo que existen, en la sentencia del Caso Radilla, obligaciones para el Poder Judicial de la Federación y los jueces mexicanos, particularmente para la Suprema Corte,

179. Expediente Varios 912/10, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010, cuyo proyecto redactado por el ministro José Ramón Cossío fue "rechazado" por exceder la consulta formulada. Véase *supra*, nota 5.
180. Así lo expresó el ministro presidente Juan N. Silva Meza, al clausurar el primer periodo de sesiones del pleno de la SCJN el 14/07/2011, día en que se decidió sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla.
181. Véase *supra*, nota 3.

con independencia de las obligaciones a otros poderes y órganos del Estado mexicano.

c) El deber de todos los jueces del Estado mexicano de ejercer un control difuso de convencionalidad, *ex officio,* entre las normas internas y la CADH, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes. Sobre el particular, llama la atención que en los debates no se mencionaran los criterios emitidos por algunos jueces federales en los años previos (2009-2010), que incluso quedaron plasmados en forma de "tesis" en el *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta;* criterios que precisamente se refieren al deber de los jueces de realizar el "control de convencionalidad" en sede interna.[182]
Ante la multiplicidad de intérpretes de los derechos humanos (de fuente nacional e internacional) que existen a partir de la reciente reforma constitucional y la aceptación de los controles difuso de "constitucionalidad" y "convencionalidad", creemos que la Suprema Corte debería "abrirse" al "diálogo jurisprudencial" con los demás órganos de impartición de justicia mexicanos; sin que ello signifique, lógicamente, que deje de tener la última palabra en el sistema nacional y ser el intérprete último del texto fundamental, de la misma manera en que ahora la Suprema Corte lo tendrá que realizar también con la CorteIDH.
Es decir, derivado de los nuevos contenidos normativos del art. 1º constitucional y de la aceptación del control difuso de "constitucionalidad/convencionalidad", debería la Suprema Corte asumir un nuevo rol de diálogo (vertical y horizontal) con la CorteIDH y con todos los jueces nacionales, especialmente los que establecen jurisprudencia obligatoria. Lo anterior ayudaría a legitimar sus propias sentencias.

d) A la luz de una nueva interpretación del art. 133 constitucional (que se realizó de manera armónica con los contenidos normativos del reformado art. 1º constitucional), posibilita a los jueces locales realizar un "control difuso de constitucionalidad"; lo que les permite desaplicar al caso concreto la norma inconstitucional, sin realizar una declaración de invalidez, la cual está reservada a los tribunales federales. Esto implica que coexista el control "difuso" y el control "concentrado" de constitucionalidad, dependiendo del órgano de control y el tipo de proceso de que trate y en términos de las competencias conferidas a cada uno de los jueces y órganos jurisdiccionales.[183]

182. Véase *infra*, apartado VIII.4: "Aplicabilidad de los criterios interpretativos de la CorteIDH por tribunales federales y locales".
183. Se aprobó un sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo a tres diversos niveles, según la propuesta del ministro José Ramón Cossío y las precisiones sobre el particular del ministro Arturo Zaldívar; *cfr.* la sesión pública del 11/07/2011.

e) Establecer que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la CorteIDH resultan "orientadores" y no "obligatorios" en los asuntos donde el Estado mexicano no sea parte.

Sobre el particular consideramos, como lo expresamos con anterioridad,[184] que la jurisprudencia de la CorteIDH resulta "obligatoria", entendida dicha obligatoriedad como un "estándar mínimo" que los jueces nacionales deben seguir a manera de "regla general"; y que eventualmente pueden apartarse cuando sea aplicado otro parámetro de mayor protección al creado como mínimo por la CorteIDH.

En otras palabras, el estándar de la CorteIDH para ejercer el "control difuso de convencionalidad" (corpus iuris interamericano y su jurisprudencia que la interpreta), puede ser ampliado, si consideramos los alcances del nuevo art. 1º constitucional y especialmente el párrafo segundo que incorpora el principio pro persona, que también se desprende vía párrafo primero, al contenerse en el art. 29 del Pacto de San José.[185] De esta forma, la obligatoriedad de los criterios interpretativos de la CorteIDH en los asuntos donde no sea parte el Estado mexicano, se entienden como un "mínimo" de obligatoriedad que deben seguir los jueces mexicanos; y eventualmente pueden dejarse de aplicar, por existir una disposición (nacional o internacional) de mayores alcances para la protección del derecho humano. Lo cual es congruente con el segundo párrafo del art. 1º constitucional, que establece la cláusula de interpretación conforme, cuya parte final establece: "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia", así como por lo dispuesto en el referido art. 29 de la CADH que adquiere la calidad de norma constitucional en términos del primer párrafo del art. 1º constitucional.

En efecto, no debe pasar desapercibido que la propia CADH establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretado en el sentido de que limite 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 (art. 29.b); precepto que la propia jurisprudencia de la CorteIDH ha interpretado que si a una misma situación son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; de ahí que si el propio Pacto de San José prevé que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales (o normas nacionales sobre derechos y

184. Véase *supra*, epígrafe "IV. El control difuso de convencionalidad por el juez nacional en América Latina". Y en específico, la última parte del apartado "4. Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados".
185. Véase *supra*, epígrafe "V. La nueva cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) en México", especialmente el apartado 5.

libertades), menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos (o normas nacionales), pero no en la CADH, "para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce".[186]

En este sentido, es válido que un juez nacional decida apartarse del criterio interpretativo de la CorteIDH, siempre y cuando "exprese las razones" por las cuales considera que el estándar interpretativo creado en la jurisprudencia convencional es menor al que aplicará en el caso particular. Lo anterior no puede entenderse como argumento para no considerar la obligatoriedad del estándar mínimo, toda vez que ese parámetro sirve, en si mismo, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de forma "sistemática" y como parámetro mínimo para ejercer el "control difuso de convencionalidad". En todo caso, no deber perderse de vista que, agotadas las instancias nacionales, eventualmente el no seguimiento por el juez nacional del parámetro establecido en la jurisprudencia convencional, podría ser analizado en última instancia por la CorteIDH y producir una responsabilidad internacional del Estado mexicano si el estándar previsto por dicho Tribunal internacional no fuera respetado y el aplicado a nivel nacional sea de menor alcance que aquél.

De ahí que no compartimos el criterio adoptado por la Suprema Corte de considerar a la jurisprudencia de la CorteIDH como "orientadora", al llevar implícita la idea de ser "facultativa" para el juez; cuestión que estimamos debería meditarse en el futuro por el propio pleno de nuestro máximo tribunal. Este criterio fue establecido por una mayoría de seis votos contra cinco, por lo que puede sufrir mutaciones a corto plazo, especialmente cuando afronten el cumplimiento de las otras tres sentencias condenatorias al Estado mexicano que involucra también obligaciones a los jueces mexicanos, es decir, los casos de *Fernández Ortega y Otros* vs. *México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra* vs. *México* (2010); y *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México* (2010).[187]

Por otra parte, pareciera que existe una incongruencia interna en lo resuelto por la Suprema Corte. Por una parte, estableció que las resoluciones de la CorteIDH no pueden ser sujetas a revisión y, por otra, aceptó el "control difuso de convencionalidad" como un deber de todos los jueces mexicanos; de ahí que no resulta lógico que ante los pronunciamientos anteriores, limite el estándar "mínimo" creado por la jurisprudencia de la CorteIDH para el "control difuso de convencionalidad", siendo que precisamente el fallo del Caso Radilla Pacheco (cuyo cumplimiento considera obligatorio por ser una condena específica al Estado mexicano y, por ende, no sujeta a revisión) prevé

186. C*fr.* Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH), de 13/11/1985. Serie A No. 5, especialmente párrs. 51 y 52.

187. Sobre los dos primeros casos, existen sendas resoluciones de "supervisión de cumplimiento de sentencia" dictadas por la CorteIDH.

el parámetro creado, que comprende el deber de aplicar la CADH y la interpretación que de la misma realiza la CorteIDH, como intérprete final del Pacto de San José; por lo que, en realidad, la Suprema Corte mexicana al "modificar" lo establecido por el Tribunal internacional, está realizando una "revisión" dicho fallo, cuando había establecido que no podía hacerlo. Cabe destacar que las obligaciones derivadas del Caso Radilla hacia los jueces mexicanos son reiteradas en los tres casos posteriores referidos de condena al propio Estado mexicano, cuyas consecuencias analizaremos más adelante.

f) Los jueces del Estado mexicano deberán "replicar" en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla y en aplicación del nuevo art. 1º constitucional; y
g) G. La Suprema Corte de Justicia, para la efectividad del cumplimiento de dicha sentencia y en aplicación del art. 1º constitucional, reasume su competencia originaria respecto de los conflictos competenciales entre la jurisdicción civil y la militar.

Sobre los dos últimos aspectos, consideramos que la manera más adecuada para compatibilizar la jurisprudencia constitucional con la jurisprudencia convencional, es el mecanismo de la "solicitud de modificación de jurisprudencia" establecida en el último párrafo del art. 197 de la Ley de Amparo vigente,[188] como lo propusimos en otro lugar.[189] Asimismo, si bien es plausible la sensibilidad de la Suprema Corte para reasumir competencia originaria, creemos que podría producir un mensaje equivocado (por lo menos mientras resuelve dichos casos), en la medida en que los fallos de la CorteIDH son de cumplimiento "directo" por todas las autoridades en el ámbito de su propia competencia. De ahí que en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (párrafo 223) se establece que "corresponde a las autoridades judiciales, con base en el **control de convencionalidad**, disponer **inmediatamente** y **de oficio** el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario" (énfasis añadido). De ahí que los jueces mexicanos (locales o federales) pueden válidamente, dentro de sus

188. "Art. 197. (…) Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195."
189. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria al Estado mexicano,* pról. de Carlos Ayala Corao, México, Porrúa-UNAM, 2009. Especialmente véase el capítulo tercero, epígrafe "2. La solicitud de modificación de jurisprudencia constitucional: ¿en cumplimiento de una sentencia internacional?"

competencias, seguir el criterio de la CorteIDH, como algunos tribunales federales y locales, en efecto, así lo han entendido, como veremos más adelante.

h) Implementación de cursos y programas permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación; respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; así como en la formación de los temas del delito de desaparición forzada para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de ese ilícito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, teniendo en consideración que el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Lo anterior, teniendo en consideración los párrafos 345 a 348 de la sentencia condenatoria. Cuestión que resulta de vital importancia si se considera, además, los nuevos contenidos normativos del art. 1º constitucional; por lo que ahora debe preverse una "disposición presupuestaria" específica para dichos cursos y programas.

A reserva de analizar el "engrose" de resolución respectivo, la Suprema Corte de Justicia "abrió" sus criterios al derecho internacional de los derechos humanos agregar copia lo contrasta notablemente con la manera tradicional en que venía afrontando la relación del derecho nacional y el derecho internacional; por ejemplo, cuando efectuó la discusión sobre el mismo asunto del cumplimiento de la sentencia del Caso *Radilla Pacheco*, en el expediente Varios 489/2010, que fue "rechazado" por exceder la consulta formulada en septiembre de 2010;[190] así como al discutir y resolver el amparo en revisión 989/2009 (Caso *Reynalda Morales*) precisamente sobre el planteamiento de la inconstitucionalidad del art. 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar (resuelto en agosto de 2009, meses antes de la sentencia del Caso *Radilla,* de noviembre de ese mismo año); donde sin entrar al fondo se negó la legitimación de la promovente al interpretar de manera restrictiva el art. 10 de la Ley de Amparo, criterio que hoy, con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y las relativas al amparo, resultan insostenibles.

190. C*fr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derecho humanos. El* Caso Radilla *ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit. supra,* nota 5.

Por último, la intervención de la Suprema Corte de Justicia para el cumplimiento del Caso *Radilla*, nos lleva a la reflexión que habíamos advertido en otro lugar,[191] sobre la posibilidad de que el juicio de amparo pueda convertirse en un mecanismo efectivo para hacer frente a las omisiones de los poderes públicos de acatar las sentencias de la CorteIDH. A este recurso se le conoce como el "procedimiento en vía de regreso" y está "latente" si se considera que no tenemos una legislación específica sobre tal situación y sólo existen cumplimientos parciales a las seis sentencias que se han dictado en contra del Estado mexicano hasta la fecha. Lo anterior pone en evidencia la necesidad de una **ley de cumplimiento de resoluciones internacionales**;[192] toda vez que sólo contamos con una disposición aislada e insuficiente, prevista en el art. 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, vigente desde el 1º de enero de 2005, al establecer que las disposiciones sobre las indemnizaciones serán aplicables en lo conducente para cumplimentar los fallos de la CorteIDH, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando estas últimas sean aceptadas por el Estado mexicano.

7.3. Sobre los otros tres casos de condena al Estado mexicano sobre fuero militar

No debe soslayarse que existen otros tres fallos de condena al Estado mexicano sobre la misma materia, donde se especifica que las normas nacionales requieren ser "interpretadas" teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el art. 2 de la CADH, es decir, para "hacer efectivos" los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que "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". De ahí que la expresión "o de otro carácter" comprendan también "interpretaciones constitucionales" que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el art. 29 del propio Pacto de San José, principio convencional contenido en el primer párrafo del art. 1º constitucional y reforzado en la cláusula de interpretación conforme del segundo párrafo del mismo precepto.

El principio *pro homine* ha sido considerado por algún tribunal federal mexicano (antes de la reforma constitucional de junio pasado) de "aplicación obligatoria", debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la "Ley Suprema de la Unión" en términos del art. 133 de la Constitución federal. Así se estableció por

191. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso* Campo Algodonero. *La segunda sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano,* pról. de Cecilia Medina Quiroga, estudio preliminar de Rosa María Álvarez González, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 67-71.
192. Ibidem, pp. 79-81.

el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20/10/ 2004, formándose la tesis I.4º.A.464 A, cuyo rubro y texto son:[193]

> **PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA**
>
> El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los arts. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al art. 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. (énfasis añadido).

Las interpretaciones "constitucionales" y "legales" que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos *en todos los niveles*, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la CorteIDH. Lo último debido a que constituye el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la CADH; este órgano, en realidad, determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano y haberse reconocido además la competencia contenciosa de la CorteIDH. Como se estableció en la sentencia del Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México* (que aplica a los otros tres casos de condena referidos sobre el mismo tópico):

> "De tal manera, como se indicó en los *Casos Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, es necesario que **las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal** que han sido reiterados en el presente caso[194] **y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas**. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar,

193. Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXI, febrero de 2005, p. 1744.

194. Cfr. Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párr. 340; Caso *Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 237, y Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 220.

> en el presente caso **corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio** el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.[195] (énfasis añadido).

La intencionalidad de la CorteIDH al referirse a las expresiones "inmediatamente"[196] y "de oficio",[197] denotan una actuación "directa" de todos los jueces mexicanos para ejercer el "control difuso de convencionalidad" sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano y con independencia de que lo invoquen las partes. Aquí cobra importancia el criterio del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas:[198]

> 5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma **Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos**. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, **bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar** (énfasis añadido).

Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales/convencionales y legales que permitan a

> las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. **La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario;**[199]

por lo que "esta conclusión **aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos**"[200] (énfasis añadido).

195. Cfr. Caso *Fernández Ortega y otros.* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 237, y Caso *Rosendo Cantú y otra* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 220.
196. "Sin interposición de otra cosa" y "Ahora, al punto, al instante" (*Real Academia de la Lengua Española,* 22. edición).
197. "Por imposición a la iniciativa privada, dícese de la acción o injerencia espontánea que cumple el juez en el proceso, sin necesidad de requerimiento o petición de parte, o iniciativa del magistrado, sin instancia de parte". Cfr. Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán,* 4ta. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Montevideo, Julio César Faira-Editor, 2010, p. 534.
198. Párr. 4 del voto razonado y concurrente que formuló con motivo de la sentencia relativa al Caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia)* vs. *Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24/11/2010. Serie C No. 219.
199. Caso *Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párr. 275.
200. Párr. 198 de la sentencia del Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220.

De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta "inmediata" y con "independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptar" (reforma al art. 57 del Código de Justicia Militar)". Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del art. 13 de la Constitución federal mexicana,[201] precepto que estimó implícitamente convencional la CorteIDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional, con la normatividad interamericana y la propia jurisprudencia de la CorteIDH:

> En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del art. 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el art. 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.[202]

Por otra parte, también implica una obligación de los jueces mexicanos de realizar siempre el "control difuso de convencionalidad" y no sólo por lo que hace a la determinación en los casos concretos sobre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar referidos en las sentencias pronunciadas por la CorteIDH, sino en general en todos los asuntos de su competencia donde el Tribunal interamericano realice interpretaciones al *corpus ju*ris interamericano, al ser ese órgano jurisdiccional el último y definitivo intérprete del Pacto de San José (dimensión objetiva de norma interpretada).

En efecto, como lo señalamos en su momento, la jurisprudencia de la CorteIDH adquiere "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material". Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce "efectos expansivos" de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora,[203] sino resulta obligatoria para los jueces

201. En la parte respectiva, este precepto señala: "Art. 13. (…) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".
202. Caso *Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párr. 338; Caso *Fernández Ortega y Otros* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 235; Caso *Rosendo Cantú y Otra* vs. *México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 218; y Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220, párr. 77.
203. Véase la tesis I.7o.C.51 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro y texto son: **"Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos**. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la **Corte Interamericana** de Derechos Humanos, **es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las**

mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del art. 69 de la CADH y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y la jurisprudencia internacional.

7.4. Aplicabilidad de los criterios de la CorteIDH por tribunales federales y locales

Con anterioridad a la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia en acatamiento al *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos,* en julio de 2011, el "control difuso de convencionalidad" había iniciado su aplicación (o al menos su reconocimiento) por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2/07/2009 (meses antes de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco),* haciendo alusión al Caso *Almonacid Arellano* vs. *Chile* (2006), consideró lo siguiente:

> En ese orden, ha de establecerse que **los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales**, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete, cuando determinó:
>
> > "El concepto de interés superior del niño, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuyos criterios, por tanto, son obligatorios".
>
> (…)
>
> Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo cual conduce a este tribunal colegiado a considerar que **todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada**

disposiciones protectoras de los derechos humanos" (énfasis añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

Corte Interamericana al decidir el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la sentencia emitida el veintiséis de septiembre de dos mil seis.

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer 'el control de convencionalidad', respecto a actos de autoridad – entre ellos, normas de alcance general – conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República; que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los indivíduos ciertos derechos; **control que queda depositado tanto en tribunales internacionales – o supranacionales – como en los nacionales, a quienes mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos** y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

Como consecuencia de lo cual, **se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno – además de las legislativas – medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales**; lo que conlleva a sustentar que **todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad**, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

(…)

Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos – en principio – quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado Mexicano ratificado un tratado internacional – como la Convención Americana – como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; **mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete** (énfasis añadido).

El anterior criterio quedó reflejado en la Tesis XI.1º.A.T.47 K, cuyo rubro y texto son:[204]

Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo.

204. Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

> Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales **conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales**, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen (énfasis añadido).

Asimismo, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, ha sostenido la tesis I.4º.A.91 K, cuyo rubro y texto son:[205]

> **Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del estado mexicano** en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna **no contravenga el objeto y finalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**
>
> **La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios** en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **sus Jueces**, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, **por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado**. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia (énfasis añadido).

A nivel federal, además de las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación donde expresamente se otorga la posibilidad de realizar control difuso de constitucionalidad a partir de la reforma al art. 99 constitucional de 2007[206] (incluso antes de dicha reforma al aplicar de manera directa

205. Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, TCC, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

206. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13/11/2007. El párrafo relativo señala: "Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Esta facultad la venía realizando la Sala Superior del Tribunal Electoral, hasta que se resolvieron las contradicciones de tesis 2/2002 y 4/2002 por la Suprema Corte, que negó tal posibilidad a través de una interpretación reduccionista del art. 105 constitucional, que establece que "la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo"; siendo que esa "vía" se refiere al control abstracto, competencia exclusiva de la Suprema Corte y no de aquellos casos de aplicación de la norma, cuya competencia es,

tratados internacionales),[207] destaca la reciente sentencia de la Sala Regional Toluca de dicho Tribunal, correspondiente a la V circunscripción plurinominal, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, expediente ST-JDC-33/2011, de 24/03/2011, bajo la ponencia del magistrado Santiago Nieto.

En esta sentencia se hace referencia expresa al deber de todos los jueces de realizar control de convencionalidad y considerar que

> en términos del art. 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de mil novecientos noventa y ocho, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de **observancia obligatoria**.

En esta resolución se citan los diversos casos de la CorteIDH donde han establecido la doctrina del "control difuso de convencionalidad" y especialmente se sigue el Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*, para establecer que dicho control debe ejercerse por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, "la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales".

Unos meses después, a cinco días de haber entrado en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la misma Sala Regional Toluca, en el expediente ST-JDC-53/2011, de 16/06/2011, retoma el precedente anterior, vinculándolo con el art. 1º constitucional. En la parte relativa de esta sentencia se dice:

> En este tenor, la reforma constitucional al art. 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, establece la obligación de tutelar los derechos de las personas a la luz de dicha Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
>
> Lo expuesto, es acorde con los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, al resolver los casos *Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos* y *Cabrera García y Montiel Flores*, en cuanto a la obligación de todos los jueces del Estado Mexicano **de realizar un control de convencionalidad** de los actos o resoluciones de las autoridades contrastándolas no solamente con la ley, sino también con base en los tratados internacionales de los que México es parte.

precisamente, del Tribunal Electoral, (a partir de la reforma constitucional de agosto de 1996). Desde la reforma de 2007, la Sala Superior ha inaplicado múltiples normas por estimarlas inconstitucionales.

207. Uno de los asuntos más emblemáticos es el Caso "Jorge Hank Rhon", resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral el 6/07/2007, expediente SUP-JDC-695/2007, donde se aplicaron diversos preceptos de la CADH y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, potencializando su derecho a ser votado, en contravención de la limitante establecida en el art. 42, párrafo tercero, de la Constitución del Estado de Baja California, que no permitía a los presidentes municipales en funciones ser candidatos para el cargo de gobernador.

También debe señalarse que algunos tribunales locales han aceptado la doctrina del "control difuso de convencionalidad" y expresamente reconocen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CorteIDH, como se aprecia en la resolución dictada por la Sala Penal Colegiada "C", en calidad de Tribunal de Casación, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, de 26/04/2011, al resolver el toca número 01PC/2011. En la parte relativa de este fallo se sostiene: [208]

> "En tal virtud, este Tribunal de Casación considera que es obligación de los tribunales de juicio oral observar los parámetros o estándares que están consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Constitución Política del Estado de Durango (en nuestro caso), las leyes que de ellas emanan, **pero también los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia que han generado los tribunales cuya jurisdicción ha sido reconocida por nuestro país, verbigracia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado jurisprudencia en el sentido de que todos los jueces de nuestro país, de todos los niveles, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización estamos obligados a verificar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención, sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la propia Corte (control de convencionalidad)** (énfasis añadido).[209]

Lo anterior pone en evidencia el inicio de la práctica del "control difuso de convencionalidad" en el sistema jurisdiccional mexicano, en sintonía con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos, a que se refieren los párrs. 226 a 232 de la sentencia relativa al Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México.*

Asimismo, debe destacarse que también ha iniciado la práctica del "control difuso de constitucionalidad", a menos de un mes de que la Suprema Corte realizara una nueva interpretación del art. 133 constitucional, al pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco (y estando todavía pendiente el engrose respectivo). En efecto, en la resolución del magistrado Carlos Emilio Arena Bátiz, integrante de la Cuarta Sala Unitaria Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, al conocer del recurso de apelación en contra de un auto de formal prisión (toca penal art. 43/11), el 8/08/2011, ejerció "control difuso de constitucionalidad", al desaplicar al caso concreto el art. 224, fracción V, del Código

208. Agradezco al ex presidente del Tribunal del Tribunal Superior de Justicia de Durango, Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, la remisión de esta resolución.
209. En la nota al pie de página de este párrafo de la sentencia que se reproduce, aparece lo siguiente: "5.Lo anterior lo ha manifestado en diversas resoluciones: *Rosendo Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos, Fernández Ortega y Otros* vs. *México, Rosendo Cantú y Otra* vs. *México, y Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*. Véase en este último caso el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, para conocer su opinión respecto a las implicaciones para el sistema jurídico mexicano".

de Penal del Estado de Nuevo León. Como fundamento para realizar esta "nueva" competencia, dicho magistrado estimó:[210]

> Las facultades de esta Sala Penal para desaplicar una norma legal al caso concreto, ya sea por inconstitucionalidad (contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) o por inconvencionalidad (contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos), derivan:
>
> A. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 10 de junio de este año, la cual ahora establece en su art. 1º primero, párrafo tercero, lo siguiente (se reproduce)
>
> B. Y de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su párrafo 339 establece la obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de aplicar incluso de oficio, el "control de convencionalidad"
>
> Lo anterior, en virtud de así haberlo resuelto la Suprema Corte de Justicia, el día 12-doce de julio del año en curso…
>
> Habiendo expuesto el fundamento con base al cual esta Sala puede desaplicar al caso concreto, una norma legal inconstitucional, procede ahora exponer las razones por las cuales el suscrito Magistrado considera inconstitucional el antes referido art. 224, fracción V, del Código Penal local, en el cual se tipifica uno de los DELITOS COMETIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN y PROCURACIÓN DE JUSTICIA.[211]

Por último, la tendencia anterior de aplicabilidad de los tratados internacionales y de los criterios de la CorteIDH, se advierte en recientes reformas legislativas, como sucede en la Constitución del Estado de Sinaloa (2008). En este ordenamiento supremo local, se establecen criterios de interpretación a los derechos fundamentales y "su sentido se determinará **de conformidad con los instrumentos internacionales** incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, **especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**"[212] (énfasis añadido); prevision que de manera similar se contiene en el art. 16.b) de la Constitución del Estado de Tlaxcala.

210. Págs. 20 a 22, de dicha resolución.
211. Cabe destacar que también, *obiter dictum*, se estimó la inconstitucionalidad del art. 180 bis del Código Penal del Estado de Nuevo León, por violar el principio de reserva legal en material penal; *cfr.* pp. 24 de dicha resolución.
212. Art. 4 Bis C-II. La reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el 26/05/2008. Véase *supra* nota 74.

8. El control convencional del "control difuso de convencionalidad"

En el Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México* (2010), el Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la CorteIDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirmó por el Estado que fue ejercido el "control de convencionalidad" *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal interamericano al no poder "revisar" lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

Este alegato sobre el ejercicio previo del "control de convencionalidad" en sede nacional, como excepción preliminar, resultó novedoso y lo decidido por la CorteIDH crea un precedente valioso sobre su competencia y la llamada excepción preliminar por motivos de "cuarta instancia".

En principio, es necesario recordar que la CorteIDH ha considerado que "si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH,[213] lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores".[214]

En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a desestimar los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de "cuarta instancia", es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el "control de convencionalidad" en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana.

Al respecto, la CorteIDH reitera en el Caso *de Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* que si bien la protección internacional resulta "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", como se expresa en el "Preámbulo" de la CADH (principio de subsidiariedad

213. Cfr. Caso *de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)* vs. *Guatemala. Fondo.* Sentencia de 19/11/1999. Serie C No. 63, párr. 222; Caso *Escher y otros* vs. *Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6/07/2009. Serie C No. 200, párr. 44, y Caso *Da Costa Cadogan* vs. *Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24/09/2009, Serie C No. 204, párr. 12.

214. Cfr. Caso *Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia")* vs. *Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24/11/2010, párr. 49.

que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia),[215] lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno."[216]

Esta "interacción" se convierte, en realidad, en una "viva interacción"[217] con intensos vasos comunicantes que propician el "diálogo jurisprudencial", en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad "nacional" y a la "convencional" en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió.

A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia CADH remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales; ya que el art. 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio art. 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la CorteIDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral.

De tal manera que para poder 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).[218] Dicho análisis, por consiguiente, no

215. Caso *Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras*. *Fondo.* Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, párr. 61: "La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna (Convención Americana, Preámbulo)."

216. Párr. 16 de la sentencia del Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220.

217. Expresión del actual presidente de la CorteIDH, Diego García-Sayán; *cfr.* su trabajo, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, *op. cit. supra* nota 127.

218. Si bien no existe de manera expresa referencia al "debido proceso" en la CADH; el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el "debido proceso convencional", integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que "[…] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el "debido proceso".

puede constituir 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.

Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la CorteIDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el "principio de subsidiariedad" antes referido, reconocido expresamente en los arts. 46.1.a) de la propia CADH, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos"; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la CorteIDH el "que sean agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50" (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

La CorteIDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión:[219]

> La Corte Interamericana, **que tiene a su cargo el "control de convencionalidad"** fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, **no puede, ni pretende – jamás lo ha hecho –, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno**. La expresión de que el

Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión – esencial para la tutela de los derechos humanos – con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el art. 8º, que figura bajo el rubro de "Garantías judiciales". Lo que se pretende con ello es asegurar al indivíduo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes – en múltiples vertientes – lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio" (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151).

219. Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

> Tribunal interamericano constituye **una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular**, cuyos motivos son comprensibles, pero **no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.** (énfasis añadido).

De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del "control de convencionalidad", siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la CADH, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal interamericano en un "tribunal de alzada" o de "cuarta instancia", **ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas 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 órganos jurisdiccionales domésticos**; lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

Por el contrario, la CorteIDH es competente para conocer "de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes",[220] siendo precisamente el objetivo principal del Tribunal interamericano "la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos",[221] de donde deriva su competencia también para analizar el debido ejercicio del "control de convencionalidad" por el juez nacional **cuando existan violaciones al Pacto de San José**, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el "fondo" del asunto y no como "excepción preliminar", al ser en aquel momento donde se efectúa el "examen de convencionalidad" de la actuación interna a la luz de la CADH y de la interpretación que se realice a la misma por la CorteIDH.

9. El "diálogo jurisprudencial": hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina

La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la "internacionalización" de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales

220. Art. 33 de la CADH.
221. Art. 1º del Estatuto de la CorteIDH.

"garantías constitucionales" a las "garantías convencionales", teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales.

La doctrina del "control difuso de convencionalidad" pareciera que fue adoptada por la CorteIDH en un proceso evolutivo de la referida "internacionalización", al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales en su jurisprudencia.[222] La propia CorteIDH reconoce la utilidad y beneficio de la jurisprudencia nacional producida en los Estados que forman parte de la CADH. Así, el "diálogo jurisprudencial" se convierte en una herramienta de "doble vía" de interacción, como recientemente lo ha reconocido dicho Tribunal interamericano:[223]

> 4. Durante 2010 el **"diálogo jurisprudencial"** entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido **dos efectos concretos y palpables** en los últimos años. Por un lado, **a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte**. Por el otro, **la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia**. Esto genera una dinámica que enriquece **la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio**, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra **aplicación directa** en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.

Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal interamericano para "irradiar" su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la CADH, produce una intensidad y profundidad de la "nacionalización" o "constitucionalización" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales a que se refiere expresamente el Caso *Cabrera García y Montiel Flores* (párrafos 226 a 232 de la sentencia);[224] y a este catálogo jurisprudencial de altas jurisdicciones nacionales debe ahora sumarse la producida por la Suprema Corte de Justicia mexicana, que precisamente aceptó el "control difuso de convencionalidad" como parte del cumplimiento de una sentencia de la CorteIDH, en el Caso *Radilla Pacheco* en julio de 2011.[225]

222. Véase *supra* "VI. El "control difuso de convencionalidad" por el juez nacional en América Latina: Hacia una teoría general", especialmente el epígrafe "3.A: Carácter difuso: todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo".
223. Síntesis del Informe Anual de la CorteIDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington, D. C., 18/03/2011).
224. Véanse los párrafos 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* donde se reproducen pasajes de sentencias de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Perú y República Dominicana.
225. Véase *supra* "VIII. La recepción del "control difuso de convencionalidad" en México", especialmente el apartado "2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte".

En el año 2010 dicha doctrina jurisprudencial se reiteró por la CorteIDH en ocho casos contenciosos y lo que va del presente 2011 en un caso más, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra (aunque de facto la tenga la CorteIDH), sino fomentar el "diálogo jurisprudencial" creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos humanos. La CorteIDH es consciente de esta interacción y del "diálogo jurisprudencial" que se ha generado, como se aprecia en su informe anual de labores de 2010:[226]

> En el presente apartado se presentan los principales avances jurisprudenciales desarrollados por la Corte durante el 2010 y algunos de los criterios que reafirman la jurisprudencia ya establecida por el Tribunal. Al respecto, cabe destacar que estos avances jurisprudenciales **establecen estándares interamericanos que son obligatorios no sólo para las partes en cada caso, sino para todos los Estados Parte de la Convención Americana**. En efecto, **la Corte Interamericana, al interpretar el texto de la Convención, lo hace en su carácter de "intérprete final".**
>
> Esta jurisprudencia de la Corte en diferentes casos, **ha venido siendo aplicada efectivamente por tribunales nacionales de otros Estados, lo cual ha generado la existencia de un "diálogo jurisprudencial"** en el cual los órganos del Sistema Interamericano **interactúan** con organizaciones de la sociedad civil de los países de la región, con órganos estatales de todos los niveles, con organismos internacionales y, fundamentalmente, **con otros tribunales que a nivel nacional incorporan los estándares interamericanos al derecho interno de sus respectivos países**.
> En efecto, **los más altos tribunales de países como Argentina, El Salvador, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y República Dominicana, entre otros, han señalado expresamente la obligatoriedad de la Convención Americana y de la interpretación que de la misma lleva a cabo la Corte.**
> Esto genera **una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos garantizados por la Convención Americana en todos los Estados del hemisferio,** ya que la protección internacional de los derechos humanos **encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia**. Cabe destacar que este **diálogo jurisprudencial** se relaciona, además, con **la obligación que pesa sobre los jueces internos de verificar la compatibilidad de las normas y actos que deben analizar con respecto a la Convención Americana y con la interpretación que de ésta hace la Corte Interamericana**. Esta obligación denominada **"control de convencionalidad"** ha sido señalada por la Corte en numerosas oportunidades (énfasis añadido).

Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación

226. Informe Anual de Labores, 2010, pp. 55-56.

nacional con los parámetros interamericanos. La CorteIDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano.[227] De los jueces interamericanos se espera mucho y "en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales".[228]

El "control difuso de convencionalidad" adquiere una creciente importancia para la efectividad de los derechos humanos en sede nacional. En el caso mexicano, este "control" se relaciona con la nueva cláusula de interpretación conforme contenida en el segundo párrafo del art. 1º constitucional, toda vez que el intérprete nacional deberá, en primer término, realizar una interpretación armónica entre la norma nacional y el tratado internacional, optando en todo momento por aquella interpretación que favorezca con mayor intensidad a las personas; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta se dejará de aplicar la norma o se declarará su invalidez, de acuerdo a las competencias de cada juez y el tipo de proceso de que se trate. De esta forma, la nueva cláusula de interpretación conforme permitirá "armonizar" el derecho nacional y el internacional, lo que propiciará seguramente un intenso diálogo jurisprudencial de manera "horizontal/vertical" entre los propios tribunales internos y éstos a su vez con la CorteIDH.

La Suprema Corte de Justicia deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos humanos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional (donde se incluyen los derechos humanos de fuente internacional). El "diálogo jurisprudencial" se traslada al ámbito nacional, entre la Suprema Corte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Tribunales Superiores de Justicia en las entidades federativas y, en general, entre todos los jueces (federales y locales). De igual forma, la CorteIDH deja de erigirse como el único órgano jurisdiccional que interpreta la CADH y que puede realizar el "control de convencionalidad" para extenderse ahora hacia todos los jueces mexicanos que "deben" realizar interpretaciones al *corpus iuris* interamericano y ejercer dicho control dentro de sus competencias. Así, el diálogo "vertical" entre todos los jueces mexicanos con el Tribunal interamericano, se producirá con particular intensidad con la Suprema Corte de Justicia

227. Sobre esta doctrina, *cfr.* Javier García Roca. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, op. cit. supra,* nota 46. Si bien este "margen de apreciación nacional", frecuentemente utilizada por el Tribunal de Estrasburgo, tiene más posibilidades en Europa, debido a las profundas diversidades culturales entre los países de esa región. En América Latina, en cambio, partimos de raíces comunes, incluso un desarrollo temporal semejante de doscientos años de constitucionalismo, lo que hace pensar que, en teoría, tendríamos más posibilidades y elementos para lograr un *ius commune* en materia de derechos humanos, siendo el "control difuso de convencionalidad" una herramienta que seguramente desencadenará el "diálogo jurisprudencial" para permitir ese ideal y considerando que sólo los países latinoamericanos han aceptado la jurisdicción de la CorteIDH.
228. Néstor Pedro Sagués. "El "control de convencionalidad", como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano". En: *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina?, op. cit.* nota 87, tomo II, pp. 449-468, en p. 467.

mexicana, por ser el último intérprete del sistema nacional, sin perder de vista que la CorteIDH, a su vez, constituye el "último" y "definitivo" intérprete de la CADH a nivel interamericano.

Ante la multiplicidad de intérpretes en materia de derechos humanos en México, se iniciará un interesante diálogo jurisprudencial de tipo "vertical" y "horizontal"; pero también "paralelo",[229] si consideramos el influjo que produce el intercambio jurisprudencial que en la actualidad mantienen las altas jurisdicciones nacionales, especialmente los tribunales, cortes y salas constitucionales, que propicia la circulación de criterios en el marco de lo que Zagrebelsky llama la "justicia constitucional cosmopolita", que descansa en un patrimonio común de principios constitucionales materiales, los cuales se producen en las distintas sedes donde se elabora derecho constitucional;[230] por otra parte, este diálogo jurisprudencial "paralelo" seguramente se producirá en México, debido a que el parámetro de "control difuso de convencionalidad" se "amplía" por el nuevo contenido normativo del art. 1º constitucional que va más allá del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la CorteIDH; diálogo "paralelo", por cierto, que este Tribunal interamericano mantiene con otros tribunales internacionales, especialmente con su homólogo europeo.

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" – entre los jueces nacionales y los interamericanos –, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.

229. Sobre los tipos de diálogos entre tribunales y el recurso a la comparación, véase la obra, Giusepe de Vergottini. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones,* con muy interesante pról. de Javier García Roca, Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2010.
230. Cfr. Gustavo Zabrebelsky. "El juez constitucional en el siglo XXI". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, México, Porrúa, julio-diciembre de 2008, pp. 249-267.

24

¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Gonzalo Aguilar Cavallo*

Introducción. 1. El constitucionalismo de los derechos humanos. 1.1. La supremacía de los derechos humanos. 1.2. El control de las normas. 2. El control de convencionalidad y la jurisprudencia evolutiva de la CorteIDH. 3. Consideraciones finales.

Introducción

Desde la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile* (26/09/2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CorteIDH) ha reiterado en repetidas ocasiones su doctrina acerca del control de convencionalidad. La elaboración de esta doctrina ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y conforme arriban los casos ante la CorteIDH. La doctrina en sí, y la evolución que ha experimentado, ha generado un debate en torno a su correcto sentido y alcance en el ámbito interno de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH). En este contexto, una variedad de cuestiones se plantean. La primera y más importante en nuestra opinión, es si son los jueces nacionales guardianes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en términos más amplios, si son guardianes de la convencionalidad de las normas. Esta pregunta implica aclarar la posible relación existente entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Del mismo modo, la respuesta que se otorgue a esta pregunta significará establecer un criterio en cuanto a la relación jerárquica entre Constitución y tratado de derechos humanos, lo cual se vería facilitado si simplemente examináramos la ubicación jerárquica de los derechos humanos propiamente tales. Pero, existen otras interrogantes que se plantean. ¿Quién debe efectuar el control de convencionalidad? ¿El juez nacional está obligado a realizar un control de convencionalidad de las normas? ¿Cuáles son las consecuencias que se pueden producir derivadas de este control de convencionalidad? ¿Cuál es la consecuencia para el Estado en relación con el control de convencionalidad, derivada del hecho de haber adoptado un mecanismo procesal de control concentrado o difuso de constitucionalidad?

En este trabajo, abordaremos la primera cuestión, esto es, si son los jueces nacionales guardianes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en términos más amplios, si son guardianes de la convencionalidad de las normas. Esta pregunta implica aclarar la posible relación existente entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Además, examinaremos el significado y alcance de las enseñanzas de la CorteIDH respecto del control de convencionalidad.

A través del control de convencionalidad, la CorteIDH le señala a los Estados partes que la actuación u omisión de cualquiera de sus poderes dentro de su jurisdicción debe ser convencional, esto es, debe conformarse a sus obligaciones internacionales. Según nuestra visión, el control de convencionalidad es una manifestación concreta de la nueva dimensión regional del Estado de Derecho de los derechos humanos en una sociedad democrática (latinoamericana).

En este trabajo examinaremos brevemente el control de convencionalidad dentro del tema más amplio de la supremacía de los derechos humanos así como dentro del contexto de la teoría del control de las normas (I) y luego abordaremos el análisis de la doctrina del control de convencionalidad según ha sido propuesta por la CorteIDH a través de su evolución jurisprudencial, intentando tratar las críticas que se le plantean (II).

1. El constitucionalismo de los derechos humanos

El control de convencionalidad ha sido planteado en forma recurrente por la CorteIDH, indicando que existe una obligación de los jueces estatales de controlar la adecuación de los actos internos a la CADH. Por lo tanto, en este sentido, el control de convencionalidad se plantea en el contexto del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos asumidas por el Estado y, en consecuencia, vinculado con el lugar que ocupan las obligaciones de derechos humanos en el edificio jurídico estatal. Además, en esta parte, se abordara el control de convencionalidad y su inserción dentro del esquema del control normativo.

1.1. La supremacía de los derechos humanos

¿Un juez nacional puede posponer, desconocer o no aplicar el derecho internacional de los derechos humanos convencionalmente aceptado por el Estado? Ciertamente una respuesta positiva hace caer todo el peso de la justificación del incumplimiento en el Estado. El juez representa al Estado, y como órgano del Estado, se encuentra obligado por los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido.[1]

1. "Bringing about conditions for maintaining equality and complying with the obligations following from international agreements and other rules of international law is an obligatory principle." Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12/10/2007.

El principio del Estado de Derecho indica que los órganos del Estado, así como todo indivíduo, grupo o comunidad debe actuar conforme a Derecho, en toda la extensión que este concepto significa. Este principio elemental excede por mucho simplemente la comprensión de la ley y la Constitución, aun cuando el formalismo legal positivista del art. 6 y 7 de la Constitución chilena así lo describe. La comunidad, nacional e internacional, se dota de reglas, en base a principios y valores subyacentes en ella, para cumplirlas. No se puede suponer que los indivíduos deberían actuar incumpliendo el derecho porque eso conduciría al caos, nacional e internacional, dependiendo del nivel en el que se produzca la vulneración de la norma, por parte de los actores sociales. Otro tema es determinar qué es considerado derecho aplicable por el juez y el resto de los profesionales del derecho.

En este sentido y desde la perspectiva de los derechos humanos es indudable que el Derecho entendido como fuente de normas no se agota en la ley ni en la Constitución, y evidentemente, el juez debería tener en consideración fuentes esenciales de los derechos humanos tales como la costumbre y, como un mecanismo colaborador, la jurisprudencia.[2]

Esto último se hace especialmente patente en un contexto en el que el Estado ha decidido soberanamente incorporarse en organizaciones intergubernamentales internacionales – regionales o universales –, las cuales han fijado como instrumentos esenciales de la convivencia social de dichas organizaciones, tanto Declaraciones como tratados internacionales de derechos humanos. En esta línea, es pertinente asignarle su adecuado valor a dos principios que Kelsen valoraba mucho, esto es, el *principio pacta sunt servanda* y el *principio de bona fides*, – considerados como principios de la esencia del concepto mismo de Derecho.[3]

En realidad, el orden constitucional contemporáneo ha perfeccionado el ejercicio de la democracia y la generación democrática de sus normas, enmarcándolo dentro del ámbito de protección aguda de los derechos de las minorías, de los excluidos, de los marginados, de los vulnerables. Solamente una democracia inclusiva, no únicamente en el ámbito social y económico, sino además en el nivel normativo, poseerá real legitimidad frente a la comunidad. Una democracia cohesiva, que considere a todos y los derechos de todos, a indivíduos, comunidades y pueblos, como reales sujetos de derechos fundamentales, gozará de verdadera legitimidad democrática. Los derechos humanos complementan y fortalecen el Estado constitucional pues

2. "[T]he focus should not only be upon formalized rules in the form of treaties. Also legal practice forms part of a legal order." Ulfstein, Geir: "Empowerment and Constitutional Control", EJIL Talk! Wednesday, 14/07/2010. Available at: http://www.ejiltalk.org/empowerment-and-constitutional-control/ [Last visited on 24/06/2011].

3. "One of the main principles of international law is *pacta sunt servanda* which requieres *bona fide* compliance of the agreements to which a State has acceded." Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051), 12/12/2007.

con dichos derechos ya no es suficiente satisfacer el estándar de la actuación dentro de la ley (principio de legalidad) sino que además es necesaria una actuación dotada de legitimidad democrática. En este sentido, los derechos humanos constituyen el necesario aporte ético-normativo que complementan la ley, de tal manera que ya no es suficiente actuar dentro del margen de la ley sino que además se exige una conducta valórica respetuosa de los derechos humanos para que tal comportamiento en una sociedad democrática sea legítimo.

Este es el verdadero triunfo del constitucionalismo contemporáneo, la Constitución es representativa de un consenso de todos los indivíduos, comunidades y pueblos bajo su jurisdicción, en donde los grupos minoritarios, aun cuando no estén de acuerdo con la decisión normativa o derechamente se opongan, aun así, tienen asegurado un estándar mínimo de derechos, y eso constituye el núcleo irreductible e indeleble que el orden constitucional de los derechos humanos les garantiza.[4]

Por cierto, tal como el Juez Marshall señaló, el constitucionalismo estadounidense, de cuya fuente de inspiración es el constitucionalismo latinoamericano, es entendido como el gobierno de las leyes (*rule of law*) y no el gobierno de los hombres[5] (monarquía absoluta – tiranía). El progreso que ha realizado el constitucionalismo contemporáneo con respecto a aquellas primeras épocas de un constitucionalismo moderno, es que hoy la Constitución permite asegurar, no sólo un gobierno de las leyes, sino además y primordialmente, un gobierno de los derechos humanos al servicio del ser humano y de su dignidad.

Este orden constitucional de los derechos humanos se encuentra complementado por un orden internacional de los derechos humanos, con dos niveles, el nivel regional y el nivel universal de los derechos humanos. Todo el conjunto jurídico de normas, principios y valores que confirman este sistema de derechos humanos multinivel – constitucional, internacional regional e internacional universal – configura un sistema único coherente de protección de los derechos humanos. Ambos ordenes normativos de los derechos humanos se encuentran íntimamente relacionados, vinculados, son indivisibles, interdependientes e interrelacionados, uno no se entiende integralmente, sin el otro y viceversa, el orden constitucional de los derechos humanos fundamentales y los órganos que lo supervisan requieren su necesario complemento y a su vez, el orden internacional de los derechos humanos fundamentales y los órganos que los supervisan requieren su complemento. Por esta razón es que existe hoy en día un necesario entrecruzamiento entre la diversas funciones de los distintos ordenes

4. Los derechos fundamentales "son establecidos en las constituciones como limites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre – de los derechos de libertad a los derechos sociales – contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción." Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2. ed., 2010, p. 55.
5. Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S.Dist.Col.), 1803 WL 893 (U.S.Dist.Col.).

normativos – constitucional e internacional – con respecto a los derechos humanos, y así vemos cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos se nutren de las experiencias y de los valores constitucionales estatales y a su vez, las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de los Estados tienden a nutrirse, a alimentarse, a asumir, a verificar, a contrarrestar, las enseñanzas derivadas de los pronunciamientos de la Corte Interamericana como de la Corte Europea. Esta práctica es mucho más frecuente en los Estados europeos debido a la mayor longevidad del sistema europeo de protección de los derechos humanos y porque su operatividad concreta es mucho más frecuente debido a que el indivíduo no se encuentra sometido a mayores restricciones en el acceso a la justicia como es el caso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, donde no puede recurrir directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta práctica produce un enriquecimiento mutuo que sólo puede arrojar beneficios para el ser humano, las comunidades y pueblos.[6] Sólo la suma del orden constitucional y del orden internacional de los derechos humanos fundamentales puede proporcionar una protección a la integralidad del ser humano, singularmente de aquellos que se encuentran en minoría, o forman parte de grupos marginados, excluidos o vulnerables, especialmente cuando esta protección es realizada a través de un mecanismo jurisdiccional doméstico, como por ejemplo, el Tribunal Constitucional. Por esta razón los derechos humanos actúan como un agente catalizador de la comunidad, fortaleciéndola, haciéndola más inclusiva. En este sentido los derechos humanos cumplen una función crucial de cohesión social.

El constitucionalismo contemporáneo de los derechos humanos se funda en una Constitución (principalmente escrita) que reconoce derechos humanos y órganos jurisdiccionales que la protegen y velan por su respeto. En aquellos Estados que cuentan con un Tribunal Constitucional, este órgano tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución, pero naturalmente todos los jueces tienen el derecho y el deber de aplicar la Constitución.[7] Este último es un principio elemental del Estado de Derecho moderno en una sociedad democrática. Esta es la faz positiva de este

6. "There is no sign of a constitutionalized global judicial system of supranational character. But the system may still work as an integrated system in practice. This requires, however, that both the international and national judiciary define their respective roles. International tribunals should, while upholding the effectiveness of international obligations, respect the principle of subsidiarity as regards the relationship between states and their citizens. National courts should neither be too defensive or antagonistic when it comes to respecting judgments international judgments, but rather take active part in the interpretation and development of international law. To the extent that international tribunals and national courts acknowledge their respective functions in the interpretation and application of international law – although tensions will inevitably arise – the combined international and national judicial judiciary may in practice work as a constitutionalized system." Ulfstein, Geir: "Empowerment and Constitutional Control", EJIL Talk! Wednesday, July 14, 2010. Available at: http://www.ejiltalk.org/empowerment-and-constitutional-control/ [Last visited on 24/06/2011].

7. Garlicki, Lech: "Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe", in *International Journal of Constitutional Law*, V. 6, N° 3 &4 (2008), pp. 509-530.

derecho y deber. La faz negativa implica que los jueces – encargados de administrar justicia – tienen el derecho y el deber de no aplicar normas infraconstitucionales contrarias a la Constitución y a los derechos humanos fundamentales incorporados en el ordenamiento estatal. Incluso es pensable la existencia de normas formalmente constitucionales que son contrarias a normas materialmente constitucionales. Esto último es posible sobre todo en Constituciones escritas que han sido gestadas durante regímenes de facto y que, con posterioridad, han accedido a un sistema formalmente democrático.

Todos los jueces deben administrar justicia. Esa ha sido la misión fundamental y la razón por la cual los sistemas constitucionales democráticos aseguran por la vía constitucional la existencia de un poder judicial independiente e imparcial. En este rol de administrar justicia, la dimensión material corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los indivíduos, comunidades y pueblos. En el cumplimiento de esta misión fundamental, el juez estatal debe nutrirse de todas las fuentes de las que surge el derecho de los derechos humanos aplicables en el orden estatal. Los jueces son órganos protectores de los derechos fundamentales, cada acto jurisdiccional es una actualización viviente de la promesa constitucional de respeto, protección y aseguramiento de los derechos humanos fundamentales de los indivíduos. Rechazar o ignorar esta función es impensable y repugna a la sola idea de Derecho. Implicaría cerrar los ojos ante el Derecho y abrir la puerta a la arbitrariedad, a la injusticia y a la ley del más fuerte.

Una visión posible, que nosotros compartimos, acerca de una estructura integrada de normas de derechos humanos, es la señalada por el juez *ad hoc* Figueiredo Caldas, al mencionar, respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que "[p]ara todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse."[8] En este mismo sentido, Gonzaga Jayme observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se constituye en el órgano soberano de control de los compromisos y principios asumidos por el Estado. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una norma suprema que debe ser observada en el plano interno por todas las autoridades estatales, independientemente de su grado jerárquico."[9] Esta visión es coincidente con la del juez Cançado Trindade quien afirma que

8. CorteIDH: Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)* vs. *Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010 Serie C No. 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 5.

9. Gonzaga Jayme, Fernando: "A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno", en Revista da Faculdade de Direito da UFMG Nº 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16. (T. del A.).

> [l]a Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, *a contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Parte el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreando, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales [...] que no se conformen con sus estándares de protección.[10]

Los Estados no pueden esperar que sea la Convención Americana o su jurisprudencia que se adapte a las soluciones del derecho constitucional o del derecho público interno, so pena de desnaturalizar el objeto y fin del tratado y de mutilar el instrumento de protección. En consecuencia, en defensa de la garantía de la supremacía de los derechos humanos se hace necesario reconocer la importancia de la Convención y de su interpretación, e incorporarla de inmediato al ordenamiento nacional.[11]

La pregunta que se impone es ¿supremacía constitucional o supremacía de los derechos humanos? La supremacía de los derechos humanos surge como una garantía o una supragarantía para los indivíduos y las comunidades bajo la jurisdicción estatal. Así, según Gonzaga Jayme, la soberanía no puede ser invocada para justificar el incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dada la especificidad de ésta, que busca asegurar derechos que integran la condición de personas, sin las cuales el indivíduo quedaría deshumanizado.[12]

En los últimos años, sobre todo en América Latina, se le ha ido asignando crecientemente a los instrumentos internacionales de derechos humanos rango constitucional, haciendo, dicha clausula constitucional, de apertura o puente entre los diversos órdenes normativos.[13] García Ramírez ha señalado en este sentido que "[d]iversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que "tienden el puente" entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso

10. CorteIDH: Caso *"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)* vs. *Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/2/2001. Serie C No. 73. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 14.
11. CorteIDH: Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)* vs. *Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010 Serie C No. 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 10.
12. Fernando Gonzaga Jayme: "A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno", en Revista da Faculdade de Direito da UFMG Nº 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16; Vid. La opinion del Tribunal Constitucional de Moldavia: "*The constitutional provision on the priority of international human rights rules covers laws and other national normative acts notwithstanding the date of their adoption. Thus, the provisions of the ICC Statute may be applied to nationals of the Republic of Moldova, including officials*." Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 3. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.
13. "Essa Convenção [Americana de Direitos Humanos] é norma material e formalmente compatível com a Constituição da República, porquanto legitimamente incorporada ao ordenamento jurídico interno com observância dos mandamentos constitucionais vigentes e a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, considerando-se o fenômeno da recepção, adquire indubitavelmente hierarquia constitucional. Entendimento contrário mostra-se em desarmonia com os princípios fundamentais da Constituição da República, entre os quais se tem como postulado maior o princípio da dignidade da pessoa humana." Gonzaga Jayme, Fernando: "A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno", en Revista da Faculdade de Direito da UFMG Nº 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16.

favorecer: el ser humano."[14] En este contexto, podemos mencionar las Constituciones de Argentina,[15] Venezuela,[16] República Dominicana,[17] y Chile.[18]

Incluso un sector de la doctrina sostendría que los tratados de derechos humanos tendrían rango supraconstitucional, aun cuando esto continuaría formando parte del debate doctrinal.[19] En todo caso, algunas constituciones latinoamericanas tales

14. "[E]s preciso alentar la conexión expresa y suficiente – que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales – entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que "tienden el puente" entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas." CorteIDH: Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* vs. *Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso *vs*. Peru, del 24/11/2006, par. 10.

15. "Art. 75. Corresponde al Congreso:22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional." Constitución argentina de 1994.

16. "Art. 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público." Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 2000.

17. "Art. 74. Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: […]3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;" Constitución de la Republica Dominicana de 26/01/2010.

18. "Art. 5º La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni indivíduo alguno puede atribuirse su ejercicio.El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes." Constitución Política de la Republica de Chile de 1980.

19. Cfr. Ambas posiciones en Nogueira, Humberto: "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en *Ius et Praxis*, V. 9, núm. 1, (2003), pp. 403-466; Nogueira, Humberto: "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 341-380, especialmente, pp. 348-349; Precht Pizarro, Jorge Enrique: "Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 381-405; Bertelsen Repetto, Raúl: "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno",

como Bolivia,[20] Colombia,[21] Ecuador,[22] y Guatemala,[23] parecerían apuntar en esa dirección. Algunos autores se centran en la discusión en torno al tipo de fuente formal, distinguiendo a los tratados de derechos humanos del contenido normativo, esto es, los derechos humanos mismos.[24]

La óptica de la preponderancia de los derechos humanos implica un verdadero cambio de paradigma. Por ejemplo, una de las consecuencias del surgimiento del nuevo paradigma de los derechos humanos es el desarrollo del principio de interpretación evolutiva y la consideración de los textos – instrumentos internacionales e incluso la Constitución – como instrumentos vivientes. Así, por ejemplo, en el famoso Caso *Marckx* vs. *Bélgica* de 1979, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que "la Convención debía, sin embargo, interpretarse a la luz de las condiciones

en *Revista Chilena de Derecho*, V. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 211-222; Infante, María Teresa: "Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, v. 23 núm. 2 y 3, (1996), p. 284; Gaete, Eugenio: "Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 23, núm. 2 y 3, (1996), p. 275; Cumplido Cereceda, Francisco (1996): "Alcances de la Modificación del art. 5º de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 255-258; Ríos Álvarez, Lautaro: "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos", en *Ius et Praxis*, V. 2, núm. 2, (1997), pp. 101-112; Pfeffer Urquiaga, Emilio: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno", en *Ius et Praxis*, Vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 467-484; Tellez Soto, Claudia: "Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, dic. 1998, v. 9, núm.1, p.179-190; Henríquez Viñas, Miriam: "Los tratados internacional en la constitución reformada", en *Revista de Derecho Público*, Volumen 69, Tomo I, (2007), pp. 313-323; Henríquez Viñas, Miriam Lorena: "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, V. 6, núm. 2, (2008), pp. 73-119; Meza-Lopehandia, Matías: "*Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*", Documento de Trabajo Nº 10 del Observatorio Ciudadano, 2. ed., 2010, pp. 103-159. Disponible en: http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2010/07/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf [Visitado el 5/08/2011].

20. "Artículo 256: I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables." Constitución de la República de Bolivia de 2009.

21. "Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." Dos primeros incisos de la Constitución de la Republica de Colombia de 1991.

22. "Art. 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público." Constitución de la República Ecuador de 2008.

23. "Art. 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno." Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

24. Nogueira, Humberto: "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en Nogueira, Humberto: *Dogmatica y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia, 2010, pp. 9-93, especialmente, p. 19.

contemporáneas, tomando en cuenta la evolución en las últimas décadas del derecho interno de la gran mayoría de los Estados miembros […]."[25] Parafraseando al juez Cançado Trindade, los instrumentos de derechos humanos – textos internacionales e incluso la Constitución – adquieren vida propia que ciertamente se independiza de la voluntad individual de cada uno de los creadores de la norma, adaptándose a las necesidades humanas contemporáneas con el fin último de procurar el más amplio desarrollo y autorrealización tanto material como espiritual del hombre.[26]

1.2. El control de las normas

El control de convencionalidad se inserta dentro del tema más amplio de la teoría del control. Los actos jurídicos en una sociedad se encuentran sujetos a un control para determinar su legitimidad y su validez. Muchas veces depende del tipo de acto la clase de control que le corresponde. Así, por ejemplo, frente a un acto jurídico el control que le corresponde es primordialmente de carácter jurídico.

El principio del control es consubstancial al concepto de Estado de Derecho. Y, del mismo modo, "la noción de Estado de Derecho aparece íntimamente ligada a la relación entre Derecho y Estado, pues conlleva la idea de las limitaciones jurídicas al Estado y a los gobernantes".[27] Desde la perspectiva histórica,

> en el marco de sus fronteras, el Estado-Nación ha podido engendrar una constelación institucional realizando progresivamente el control político administrativo exclusivo sobre un territorio determinado (el Estado soberano), la construcción de una identidad nacional sancionada por derechos y consagrada por una Constitución (el Estado de derecho), y

25. "Otras ilustraciones encuéntranse, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Europea en los casos *Airey versus Irlanda* (1979) y *Dudgeon versus Reino Unido* (1981). El caso *Airey* es siempre recordado por la proyección de los derechos individuales clásicos en el ámbito de los derechos económicos y sociales; la Corte ponderó que, a pesar de la Convención haber originalmente contemplado esencialmente derechos civiles y políticos, ya no se podía dejar de admitir que algunos de estos derechos tienen prolongamientos en el dominio económico y social. Y, en el caso *Dudgeon*, al determinar la incompatibilidad de la legislación nacional sobre homosexualidad con el artículo 8 de la Convención Europea, la Corte ponderó que, con la evolución de los tiempos, en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa se dejó de creer que ciertas prácticas homosexuales (entre adultos, con su consentimiento) requerían por sí mismas una represión penal." Vid. CorteIDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 7, nota 104; CorteIDH: Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 14.07.1989, Serie A, n. 10, pp. 20-21, par. 37; European Court of Human Rights: *Tyrer versus United Kingdom* case, Judgment of 25.04.1978, Series A, n. 26, pp. 15-16, par. 31; Vid. La teoría del derecho viviente y la interpretación evolutiva respecto de las normas de carácter procesal en European Court of Human Rights: *Case of Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23.03.1995, p. 23, par. 71.

26. CorteIDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 31.

27. Marcelo Brunet Bruce. *Manual Derecho Político, Sociedad y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Universidad Andrés Bello, 2006, p. 135.

finalmente, más recientemente, la emergencia de una solidaridad nacional activa por la intermediación de las intervenciones públicas (el Estado social o el Estado providencia).[28]

Entonces, tradicionalmente el Estado-Nación cumplía tres tipos de función, garantía de seguridad, garantía de legalidad y legitimidad y garantía de solidaridad. Siguiendo a Brunet, "el concepto de Estado de Derecho va ligado al de legitimidad".[29] En este sentido, el Estado de Derecho supone la existencia de una serie de requisitos, a saber, debe existir un ordenamiento jurídico y esencialmente respeto a los derechos humanos; las normas deben regir en forma objetiva e impersonal; las competencias de los órganos del Estado deben estar claramente definidas por el ordenamiento; debe cumplirse con el principio de separación de poderes; la aplicación e interpretación de las normas debe residir en órganos jurisdiccionales independientes e imparciales; debe respetarse el principio de responsabilidad por los actos contrarios a derecho de los órganos estatales; el principio y la función de control es fundamental en un Estado de Derecho.[30]

1.2.1. Control de legalidad

Para Silva Bascuñán legalidad es calidad de legal, esto es, prescrito por ley y conforme a ella.[31] En este sentido, el control de legalidad representa la facultad y el deber de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria con normas de jerarquía superior para hacer prevalecer a estas últimas sobre aquellas. El control de legalidad normalmente es realizado por los jueces, pero, en el caso de Chile, la Contraloría General de la República efectúa primordialmente un control administrativo de la legalidad de los actos administrativos.[32]

El desarrollo dogmático y jurisprudencial que se ha debido realizar para justificar el mecanismo del control de constitucionalidad, difiere notablemente del control de legalidad porque "[e]n los niveles inferiores a la Constitución esto se ha impuesto en los ordenamientos estatales de forma natural, sin problemas. Que los reglamentos tienen que respetar lo dispuesto en las leyes, no se ha discutido ni en la teoría ni en la práctica."[33]

28. François Ost. «Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature", *in* Charles-Albert Morand (dir.): *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2001, pp. 5-36, p. 12.
29. Marcelo Brunet Bruce. *Manual Derecho Político…* p. 136.
30. Marcelo Brunet Bruce. *Manual Derecho Político…* p. 138.
31. Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2.ed., 1997, p. 258.
32. La Contraloría General de la Republica fiscaliza la legalidad y constitucionalidad de los decretos y resoluciones sujetos a toma de razón. Vid. Luis Alejandro Silva Irarrázaval. *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing, 2009, p. 11.
33. Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10.ed., 2005, p. 150.

Según Silva Bascuñán

> la legalidad pide la doble concordancia de la orden impartida con la sustancia de lo establecido en la norma que la fundamenta y con el procedimiento a que debe sujetarse la actuación, y revestirá mayor fuerza y trascendencia según el rango de la regla jurídica por respetarse, planteándose, por eso, fundamentalmente el problema de la legalidad en lo relativo al 'régimen político estatuido en la ley fundamental del Estado'.[34]

Entonces la sujeción a la norma superior según el régimen formal de gradación de las normas es suficiente para satisfacer la legalidad. Sin embargo, queda pendiente el elemento más trascendental de la legitimidad del ejercicio del poder.

De acuerdo con Silva Bascuñán, "la legitimidad reviste una armonía más profunda que la que proviene meramente de la regularidad técnica de la ordenación positiva y se sitúa en un plano más esencial que toma en cuenta la inspiración y el propósito del mandato publico."[35]

En términos generales, siempre en cada época y en cada sociedad, hay una doctrina o visión de la organización social y política y de los derechos de los indivíduos y grupos que se acepta por la gran mayoría de sus miembros. Consecuentemente, el gobierno que ejerza su poder conforme a esa doctrina o visión – en ese momento y lugar determinado – gozará de legitimidad.[36] La legitimidad, en consecuencia, "está por sobre la simple legalidad" o regularidad formal de sus actos.[37] Un Estado democrático del siglo XXI, con vigencia de un Estado social y constitucional de los derechos humanos, impone un control, sobre la potestad estatal y sobre el ejercicio de cualquier poder, no sólo de regularidad formal de sus actos, sino, sobre todo, de legitimidad.

1.2.2. Control de constitucionalidad

Tratándose de las normas, puede existir un control político o administrativo aun cuando normalmente existirá un control judicial (*judicial review*). De este modo, se podría decir que "[e]l control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas."[38] El control de constitucionalidad así planteado se erigiría como una garantía constitucional. Sin estas garantías constitucionales, "el Derecho Constitucional tiene

34. Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 258.
35. Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho* ... p. 259.
36. Cfr. Maurice Duverger. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires, 5e édition, 1960, pp. 38-39.
37. Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho*... p. 260.
38. De Stefano, Juan Sebastián: "El control de constitucionalidad", en *Urbe et Ius (Revista de Análisis Jurídico)*, Año I, Newsletter núm. 7, Otoño MMV, pp. 1-6, especialmente, p. 1.

que ser un Derecho del "principio de legalidad", pero no puede ser un Derecho del "principio de constitucionalidad".[39] De acuerdo con esto, se observa que el control de constitucionalidad responde al principio de constitucionalidad o de supremacía constitucional.[40]

Desde la perspectiva del órgano que realiza el control, éste puede ser efectuado por órganos políticos, por tribunales ordinarios o por tribunales especializados (tribunales constitucionales). En el caso del control por órganos judiciales, se puede distinguir un control difuso "cuando puede efectuarse por diversos tribunales e instancias de la judicatura ordinaria" y un control concentrado "cuando dicho control lo ejerce el órgano superior del Poder Judicial".[41]

Además, el profesor Nogueira, distingue dentro de los sistemas de control, según el ámbito de acción, los sistemas de control nacionales y los sistemas de control internacional o supranacional, esto es, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[42]

Así, Luis Silva ha sostenido que "[e]l control de constitucionalidad es el procedimiento por el cual se censura la norma o el acto inconstitucional, y es un mecanismo indispensable para garantizar la eficacia real de la Constitución como norma suprema."[43] Esta eficacia es garantizada a través de un órgano jurisdiccional que se erige como el intérprete supremo de la Constitución. Los tribunales constitucionales internos, en palabras de García Ramírez,

> tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores – principios y valores del sistema democrático – que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna

39. Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, pp. 145-146.
40. "El control de constitucional es una función de aseguramiento de la supremacía constitucional que consiste en evitar que actos o normas inconstitucionales produzcan efectos jurídicos." Silva Irarrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing,, 2009, p. 30.
41. Nogueira Alcalá, Humberto: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamerica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 36.
42. Nogueira Alcalá, Humberto: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamerica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 37.
43. Silva Irarrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing,, 2009, p. 24.

a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).[44]

El principio de control judicial de constitucionalidad de las normas junto con el principio de supremacía constitucional fue explicitado por el juez Marshall en Estados Unidos. En efecto, el Juez Marshall de la Corte Suprema de Estados Unidos expuso en 1803 en el Caso *Marbury* vs. *Madison* el principio de supremacía constitucional de la siguiente manera: todos aquellos que han diseñado constituciones escritas consideran que éstas constituyen la ley fundamental y primordial de la nación y consecuentemente, la teoría de cada uno de estos gobiernos debe ser que un acto del legislativo no conforme a la constitución es nulo.[45] A partir del razonamiento del Juez Marshall, en la época contemporánea se podría decir que el respeto de los derechos humanos es el derecho principal y primordial de la nación y del pueblo, y esto último debería ser considerado como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. En consecuencia, un acto del poder legislativo o constitucional, que repugne los derechos humanos, sería nulo. Intentar controvertir en el constitucionalismo contemporáneo el principio de que los jueces estatales deben considerar los derechos humanos como el derecho supremo o superior, equivaldría a sostener, parafraseando a Marshall, que el derecho de los derechos humanos impone límites a los "órganos del Estado, pero que esos límites pueden ser transgredidos a discreción".[46]

Pérez Royo ha mencionado que

> en la propia lógica del ordenamiento jurídico y de la posición de la Constitución como punto de partida del mismo está ya implícita la posibilidad o, mejor dicho, la necesidad de que exista un mecanismo para expulsar del ordenamiento cualquier norma que esté en contradicción con la Constitución. En los niveles inferiores a la Constitución esto se ha impuesto en los ordenamientos estatales de forma natural, sin problemas. Que los reglamentos tienen que respetar lo dispuesto en las leyes, no se ha discutido ni en la teoría ni en la práctica.[47]

44. CorteIDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* vs. *Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*, del 24/11/2006, par. 4.

45. "Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void." *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S.Dist.Col.), 1803 WL 893 (U.S.Dist.Col.) (T.del A.).

46. "Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. […] It is prescribing limits and declaring that those limits may be passed at pleasure." *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S.Dist.Col.), 1803 WL 893 (U.S.Dist.Col.).

47. Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. 10.ed., Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 150.

Los poderes del órgano legislativo y del constituyente están definidos y demarcados por límites formales y materiales. Los límites materiales están constituidos por los derechos humanos.[48] Si el legislador o el constituyente tuvieran poderes ilimitados, la distinción entre gobiernos absolutos y democráticos quedaría abolida. Legislador y constituyente son ambos productores de normas y, en esta actividad, ambos están limitados por los derechos humanos.

Este control judicial de constitucionalidad, normalmente debiera ser compartido por el resto de los órganos del Estado puesto que todos aquellos órganos a quienes les incumbe de una u otra manera la interpretación y aplicación de normas debieran sujetarse al principio de jerarquía normativa, de tal manera de consolidar la coherencia del sistema normativo, remitiéndose a la norma o principio supremo en el orden estatal.[49] El derecho constitucional indica que la Constitución es la norma superior del ordenamiento estatal. En este sentido, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional

> ejerce el control de supremacía con alcance sólo relativamente concentrado, porque también incumbe servirlo a los Tribunales Superiores en los recursos de habeas corpus y de protección, a la Contraloría General de la República a través del control de juridicidad de ciertos actos administrativos, y al Senado junto con la Cámara de Diputados mediante la acusación en juicio político y el rol tanto de las comisiones como de las salas en idéntico sentido.[50]

En efecto, el profesor Nogueira señala que "la existencia de Tribunales Constitucionales puede verse complementada por elementos de jurisdicción difusa o concentrada en manos de tribunales ordinarios como ocurre", por ejemplo, en el caso de Chile.[51]

1.2.3. Control de convencionalidad

En esta parte nos referiremos al control de convencionalidad a que alude la doctrina de la CorteIDH, esto es, a aquel que debería efectuar, todo órgano del Estado, particularmente, el juez nacional o cualquier órgano que administre justicia, contrastando una norma interna con la norma internacional.

48. "Definitivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito do Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade." Cançado Trindade, Antônio Augusto: "A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como Direito Internacional da humanidade". In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 30.
49. "La supremacía constitucional en Chile significa que la Constitución en sede jurisdiccional se aplica al caso con preferencia a cualquier otra norma jurídica que sea incompatible con ella. Esto presupone que los preceptos constitucionales se aplican directamente por el juez, y no a través de ulteriores desarrollos legales o reglamentarios." Luis Alejandro Silva Irarrázaval. *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing, 2009, p. 36.
50. José Luis Cea Egaña. *Praxis del control de constitucionalidad en Chile*. Noviembre 2007, pp. 1-48, especialmente, p. 4. Disponible en: http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/PRAXIS%20DEL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20EN%20CHILE.pdf [Visitado el 25/07/2011].
51. Humberto Nogueira Alcalá. *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamerica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 37.

El control de convencionalidad es una teoría que ha nacido respecto del ámbito interno de los Estados en relación con las normas internacionales. El control de convencionalidad alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el poder legislativo – y, eventualmente, por el poder constituyente – con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del poder legislativo y, *a fortiori*, sobre las normas emanadas del poder ejecutivo.[52] En nuestra opinión, el control normativo internacional que debe realizar el juez nacional, una de cuyas manifestaciones es el control de convencionalidad, se extiende asimismo a las otras fuentes normativas del derecho internacional, esto es, la costumbre y los principios generales. Comprendidas dentro de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos se encuentran, por cierto, las normas de *ius cogens*, que no son una fuente formal en cuanto tal pero que sí introducen en el derecho internacional el principio de jerarquía normativa material.[53]

En el caso de Chile, es posible encontrar una serie de casos de convencionalidad o de adecuación de la ley o la Constitución a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o donde se ha reconocido la importancia de que los órganos político-legisladores adecuen el orden jurídico interno a las obligaciones convencionales del Estado.

Así por ejemplo, existen casos de control de convencionalidad *ex post* – realizados después de una condenación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos – efectuados por órganos político-legisladores: El caso de *La última tentación de Cristo*, que, en definitiva, condujo a la modificación del art. 19 Nº12 de la Constitución sobre libertad de expresión.[54] Además, el caso de *Claude Reyes y otros* que de alguna manera influyó en la modificación del art. 8 de la Constitución y el

52. Vid. la opinion del Tribunal Constitucional de Moldavia: "In its Resolution Nº 55 of 14/10/1999, the Constitutional Court ruled on the interdependence of national normative acts and international treaties noting that universally recognised principles and rules of international law were binding on the Republic of Moldova inasmuch as it expressed its consent to abide by them. Consequently, the execution of the rules of the international treaties to which the Republic of Moldova has acceded is unconditional." Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051), 12/12/2007; Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1999, N° 118-119, p. 64.

53. "Assim, as normas de *jus cogens* seriam aquelas obrigatórias, imperativas ou absolutas, cuja obediência não se encontra sujeita ao arbítrio dos Estados, ultrapassando os limites do basilar princípio de D.I. do *pacta sunt servanda*. Essas normas se encontram em um plano hierárquico superior frente às demais normas de D.I., pois traduzem os valores fundamentais que consubstanciam a ordem pública internacional, portando conformam e restringem a produção normativa dos Estados e Organizações Internacionais, bem como a jurisprudência das Cortes e Tribunais Arbitrais Internacionais." De Souza Tavares, Rodrigo: "O Jus Cogens na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito", en *Revista de Direito da Unigranrio*. Disponible en: http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/555/524 [Visitado el 15/08/2011].

54. CorteIDH: Caso "*La Última Tentación de Cristo*" *(Olmedo Bustos y otros)* vs. *Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5/02/2001. Serie C No. 73.

reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.[55] El caso *La Calchona*, a propósito del compromiso de examinar una Ley sobre Acciones constitucionales, que adecuara las normas constitucionales sobre error judicial a las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[56]

En el nivel legislativo, el caso de *Margarita Cecilia Barbería Miranda* de 2010 condujo a la modificación de los requisitos para ser abogado y en definitiva a la modificación del art. 526 del Código Orgánico de Tribunales.[57]

Este tipo de control tiende a confundirse con el control de constitucionalidad de las normas porque en el debate acerca de este tipo de control judicial surge la discusión sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales y sobre todo, de los tratados internacionales de derechos humanos. Como se ha dicho precedentemente, en los últimos años, sobre todo en América Latina, se le ha asignando crecientemente a los instrumentos internacionales de derechos humanos rango constitucional. Justamente por esta atribución, a los derechos humanos o a los tratados que los contienen, del rango constitucional, es que se ha tendido a confundir o asimilar el referido control de convencionalidad con el control de constitucionalidad. Por esta razón, se tiende a extender las categorías propias de este último control, tales como el control concentrado o el difuso, hacia el control de convencionalidad. Ciertamente, ambos tipos de control, en teoría, se desarrollan plenamente en el ámbito interno de

55. CorteIDH: Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19/09/2006. Serie C No. 151.

56. En el caso La Calchona, habiendo recurrido las víctimas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "el Estado Chileno llegó a una solución amistosa ante la Comisión a fines del año 2000, reconociendo su responsabilidad, lo cual es una demostración palmaria de que los preceptos de la Constitución, si es que habilitan a que dentro de su marco un error de esa entidad no sea indemnizado, vulneran el derecho internacional y además de que frente a ello existe un derecho a ser indemnizado a pesar de lo resuelto por la Corte Suprema. En esta solución amistosa, el Estado chileno declaró que, "reconociendo además la importancia de contar con mecanismos jurídicos efectivos para ejercer tal derecho, se podría comprometer a efectuar los estudios necesarios para una reformulación de las actuales normas existentes en el plano doméstico", ello "reconociendo la importancia que tiene la norma sobre indemnización establecida en la Convención"." Rodrigo Pica. "El derecho a ser indemnizado por privación de libertad basada en falsas imputaciones penales. Incompatibilidad entre Constitución y tratados de derechos humanos." En Diario Constitucional, 25/10/2011. Disponible en: http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=74&idautor=57 [Visitado el 8/11/2011]; "Por su parte, en el plano institucional, el Estado de Chile dio cuenta que se estaba elaborando un proyecto de Ley sobre Acciones Constitucionales, que contemplaría una modificación a la norma constitucional sobre reparación del error judicial, que evitaría que se pudiera producir el mismo resultado, que, en el fondo, obligara a los afectados a tener que recurrir a esta instancia internacional para obtener una reparación a un error judicial flagrante como aconteció en este caso." Carocca, Alex: "Reflexión sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso del puente 'La Calchona'", en *Ius et Praxis*, V.8, núm. 2 (2002).

57. "El 7/12/2007, el Estado de Chile informó que se había promulgado la Ley 20.211, con lo que se había modificado el art. 526 del Código Orgánico de los Tribunales, conforme había recomendado la CIDH en su Informe No. 17/07. Igualmente señaló, que la Excma. Corte Suprema de Chile se encontraba elaborando la normativa reglamentaria necesaria para establecer los requisitos que los extranjeros residentes en su país deberán cumplir para obtener el título de abogado. Con base en lo anterior, la Comisión considera que esta recomendación se encuentra plenamente cumplida por el Estado de Chile." Informe N° 56/10. Caso 12.469. Fondo. Margarita Cecilia Barbería Miranda contra Chile. 18/03/2010, par. 61.

los Estados por la magistratura estatal y por los demás órganos encargados del control de normas. Reitero que uno de los objetivos principales del control de normas jurídicas es mantener la coherencia del sistema normativo a través del principio de la validez de las mismas mediante su ajuste y conformidad a una que se considera de carácter superior. En este sentido, uno de los rasgos crecientes dentro del constitucionalismo latinoamericano es la obligación constitucional de adecuar el derecho nacional y de interpretar los derechos humanos reconocidos y garantizados en el orden interno conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, se puede desprender de las constituciones de Bolivia,[58] Colombia,[59] Ecuador,[60] y México.[61]

El orden interno de los Estados es el lugar natural donde debería desarrollarse el control de convencionalidad. Así, en el ámbito nacional, un juez ordinario efectúa el control de convencionalidad de la ley teniendo como instrumento de referencia la Convención o tratado respectivo.

1.2.3.1. El control de convencionalidad realizado por los jueces ordinarios chilenos

Uno de los primeros casos de control de convencionalidad realizados por la justicia chilena – en los términos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – se produjo en la sentencia de la Corte Suprema de 2004 relativa al *caso del secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez* que se ha convertido en un verdadero hito judicial. Esta sentencia se inspira y aplica efectivamente los criterios y estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos.[62]

Otra sentencia que refleja un control efectivo de convencionalidad por la Corte Suprema es el *caso Molco*, de 2006. En este caso la Corte Suprema aplica igualmente el derecho internacional convencional – además de los principios y la costumbre

58. Art. 13. […] IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia." Constitución de la República de Bolivia de 2009.
59. Art. 93 de la Constitución de Colombia de 1991.
60. Art. 84. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución." Constitución de la República de Ecuador de 2008.
61. Art. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia." Dos primeros incisos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
62. CorteIDH: Caso Barrios Altos *vs*. Perú. Fondo. Sentencia de 14/03/2001. Serie C No. 75.

como fuentes del derecho internacional – para resolver el caso. Del mismo modo, se apoya y aplica los criterios y las enseñanzas derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, el caso *Almonacid y otros vs. Chile*, de 2006.

A partir de la práctica realizada por los órganos jurisdiccionales chilenos, particularmente del poder judicial, se podría distinguir el control de convencionalidad explícito y el control de convencionalidad implícito. El control de convencionalidad explícito es aquel en que el juez nacional reconoce y se refiere expresamente a la norma convencional y a la interpretación de autoridad que está utilizando como parámetro de control. En cambio, el control de convencionalidad implícito es aquel en el que el juez nacional efectúa *de facto* un control de de la norma interna conforme al parámetro de la norma convencional y/o de la interpretación auténtica de la misma, pero no alude expresamente a la norma convencional o a la jurisprudencia internacional que utiliza. Con todo, es preciso advertir que los jueces nacionales no utilizan ni recurren aun al concepto de control de convencionalidad.

1.2.3.1.1. El control de convencionalidad implícito

La sentencia de la Corte Suprema, en el caso sobre el *secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*, efectúa a cabalidad un control de convencionalidad de la manera que señala las enseñanzas de la CorteIDH. En este caso, el control de convencionalidad es implícito y explícito a la vez. En esta parte nos referiremos a la forma implícita del control. Así, el control es implícito, en el sentido de que los jueces del máximo tribunal no indican expresamente la jurisprudencia de la CorteIDH en la que basan su argumentación.

En efecto, refiriéndose a los límites en el ejercicio del poder y a los elementos básicos compartidos de un Estado de Derecho, en su considerando 11º, la sentencia señala:

> Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los responsables de determinadas acciones, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.[63]

Este parte del razonamiento del tribunal se basa en la sentencia de la CorteIDH pronunciada en el Caso *Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras* de 1988. En este ultimo fallo, la CorteIDH sostiene:

63. Corte Suprema: *Secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*. Recurso de Casación. Rol N° 288-12. Sentencia de 24/5/2012. Sentencia de Reemplazo. Considerando 11°.

> Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.[64]

A continuación, la Corte Suprema, desarrollando su argumentación sobre el tipo penal y los elementos del delito, cuyo es un crimen internacional, afirma que:

> [L]os hechos de la causa "no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. El secuestro realizado por agentes del Estado – o por un indivíduo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial –, es un caso de privación de libertad que conculca, además de la libertad ambulatoria, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su "arresto" y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y del debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; configuran, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos, que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como "una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.[65]

En este razonamiento y argumentación de los jueces del máximo tribunal, se retoma básicamente íntegramente las enseñanzas de la CorteIDH, desarrolladas en la sentencia Velázquez Rodríguez. En esta sentencia, los jueces interamericanos aseveraron que:

> El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto […][66]

64. CorteIDH: Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, para. 154.
65. Corte Suprema: *Secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*. Recurso de Casación. Rol N° 288-12. Sentencia de fecha 24/05/2012. Sentencia de Reemplazo. Considerando 15º.
66. CorteIDH: Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, para. 155.

> el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano […][67]
>
> La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos […][68]
>
> La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES.666) […][69]

Como se puede apreciar, a pesar de que la sentencia no lo dice expresamente, los jueces del máximo tribunal chileno asumen prácticamente en su totalidad, mediante un análisis de convencionalidad, las enseñanzas provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual, a nuestro juicio es un paso en la dirección correcta, y que, por lo demás, se corresponde con prácticas judiciales contemporáneas realizadas por jurisdicciones extranjeras.

En efecto, por ejemplo, en Guatemala, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha declarado "la autoejecutabilidad de sentencias de casos presentados por la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)"; "Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)"; "Bámaca Velásquez"; "Carpio Nicolle y otros"; "Masacre de las Dos Erres" y, ha ordenado "que el Ministerio Público realice nuevas investigaciones para determinar a los responsables materiales e intelectuales de las violaciones a los derechos humanos establecidas por la CorteIDH en las respectivas sentencias."[70]

Por último, la Corte Suprema chilena, en el caso sobre el *secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*, efectúa un control de convencionalidad también implícito, cuando considera la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo siguiente:

> […] en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisible la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables.[71]

67. CorteIDH: Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, para. 156.
68. CorteIDH: Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, para. 155.
69. CorteIDH: Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia de 29/07/1988. Serie C No. 4, para. 153.
70. CIDH valora avances contra la impunidad en Guatemala y expresa preocupación por la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas y las mujeres. Comunicado de Prensa N°33/12, 27/03/2012.
71. Corte Suprema: *Secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*. Recurso de Casación. Rol N° 288-12. Sentencia de fecha 24/05/2012. Considerando 34º.

En el pasaje anterior, la Corte Suprema asume la jurisprudencia de la CorteIDH, si bien no literalmente, al menos asume el principio general sentado por las enseñanzas interamericanas y, en este contexto, cumple plenamente con lo señalado por el fallo de la CorteIDH en el caso Atala, cuando dicha sentencia afirma que "es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal."[72] Es generalmente conocido que las bases esenciales de esta jurisprudencia interamericana fueron establecidas por la CorteIDH en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano.[73]

1.2.3.1.2. El control de convencionalidad explícito

Como se dijo anteriormente, la sentencia de la Corte Suprema, en el caso sobre el *secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*, también efectúa un control explícito de convencionalidad respecto de los cuatro Convenios de Ginebra.

En este sentido, refiriéndose al ámbito de aplicación de los "Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente", la Corte Suprema expresa que

> [e]xcepcionalmente, se emplean en caso de 'conflicto armado sin carácter de internacional', conforme a lo prevenido en el art. 3º común para todos los Convenios de Ginebra, dado que 'por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común'. Refuerza lo anterior que el propósito de dichos Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse. Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificara, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el art. 3° en examen

72. CorteIDH: Caso Atala Riffo y Niñas *vs*. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24/02/2012. Serie C No. 239, para. 284.
73. CorteIDH: Caso Barrios Altos *vs*. Perú. Fondo. Sentencia de 14/03/2001. Serie C No. 75; CorteIDH: Caso La Cantuta *vs*. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/11/2006. Serie C No. 162; CorteIDH: Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154.

> no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.[74]

Este control de convencionalidad, en este caso de la convencionalidad de los Convenios de Ginebra de 1949 y singularmente de su art. 3º, tiene dos características que nos parece relevante resaltar. Por un lado, se trata de un control de convencionalidad explícito, aun cuando, no se utiliza la noción de control de convencionalidad. Por otro lado, este control de convencionalidad es tanto más destacable por cuanto demuestra que el horizonte de dicho control es mucho más extenso que la sola mirada reduccionista del control de convencionalidad referido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación de la CorteIDH.

Asimismo, es posible encontrar otros ejemplos de un control de convencionalidad explícito en la práctica judicial chilena. Así, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia pronunciada en mayo de 2012 con ocasión de un recurso de protección, a propósito de una tala ilegal de "árboles milenarios que constituyen el cordón de protección y parte esencial del Ngen Mapu Quintuante, espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche" en el que hacen regularmente ceremonias tradicionales, se ejerció un control explícito de convencionalidad.

En efecto, los recurrentes, pertenecientes a la comunidad Mapuche-Williche, alegan que el dueño del predio efectúa una tala ilegal de árboles milenarios (complejo religioso y ceremonial) y que son parte esencial del Ngen Mapu Quintuante, lo que impide el normal desarrollo de las manifestaciones religiosas y espirituales mapuches; que el dueño del predio no les permite el libre acceso al Ngen Mapu Quintuante para ejercer sus actividades religiosas. Agregan que la tala es, además, arbitraria ya que se realiza con el fin de "afectar el entorno del Ngen Mantu Quintuante, para acabar con él y hostigar a la comunidad mapuche-huilliche que participa en su defensa." Los recurrentes expresan adicionalmente que

> Expresan que la estrecha relación que los mapuche-williche mantienen con la madre tierra (ñuke mapu) debe ser comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica y que por ello la intervención del río y en particular del centro ceremonial es un grave perjuicio y su deber como pueblo es impedirlo.[75]

Los derechos humanos que se estiman vulnerados son el derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19 N° 6 de la Constitución). El acto violatorio que se señala choca con

74. Corte Suprema: *Secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*. Recurso de Casación. Rol N° 288-12. Sentencia de fecha 24/05/2012. Sentencia de Reemplazo. Considerando 8º.
75. Corte de Apelaciones de Valdivia: *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros contra Juan Heriberto Ortíz Ortíz*. Recurso de Protección, Rol N° 501-2011. Sentencia de fecha 4/5/2012. Considerando 2º.

el deber de protección de los sitios ceremoniales mapuches el cual se enlaza con el deber de protección de las culturas indígenas y del deber de promover y resguardar las manifestaciones culturales indígenas. Estas obligaciones se encuentran expresadas en la ley 19. 253 complementadas con el Convenio Nº169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, debidamente ratificado por Chile, "que tiene la calidad de tratado internacional de derechos humanos entrando a formar parte de la Constitución Chilena por aplicación del art. 5 inciso 2º de dicha Carta Fundamental."[76]

Además, los recurrentes alegan que el acto denunciado vulnera la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 Nº8 de la Constitución), fundado en que es deber del Estado, velar porque este derecho no se vea afectado y tutelar la protección de la naturaleza. Los recurrentes precisan que

> como consecuencia de la tala ilegal de las especies nativas que forman parte […] del espacio tradicional en donde habita el Ngen Mapu Quintuante, se produce también una grave afectación en el plano socio cultural de los derechos de las comunidades mapuche williche pues una serie de manifestaciones de su cultura tienen relación con la tierra y con el lugar donde se realizan estas, afectándose el medio ambiente en el sentido preciso que señala en el art. 1º letra ll de la Ley de Bases del Medio Ambiente, el cual entiende como un sistema global, inclusivo de los elementos socio culturales y sus interacciones.[77]

Este análisis se ve complementada por el art. 13.1 del Convenio Nº169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, por el art. 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el año 2007, y por el art. 8 del Convenio sobre la diversidad Biológica de 1992.[78]

El razonamiento de la Corte de apelaciones de Valdivia se centra en la vulneración de la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19 N° 6 de la Constitución). La Corte de Apelaciones complementa largamente el contenido y alcance de esta libertad con el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, que desde el 15 de septiembre de 2009, se encuentra vigente en nuestro país, y que contiene el estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La Corte se enfoca en las obligaciones vinculadas con el respeto de la cultura y los valores espirituales de los pueblos indígenas así como la importancia de relación con la tierra o su territorio, derivadas del art. 2, 4, 5 y 13 del referido Convenio Internacional.

76. Corte de Apelaciones de Valdivia: *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros contra Juan Heriberto Ortíz Ortíz*. Recurso de Protección, Rol N° 501-2011. Sentencia de fecha 4/5/2012. Considerando 4º.
77. Corte de Apelaciones de Valdivia: *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros contra Juan Heriberto Ortíz Ortíz*. Recurso de Protección, Rol Nº 501-2011. Sentencia de fecha 4/5/2012. Considerando 5º.
78. Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica el 9/9/1994, mediante Decreto Supremo Nº 1.963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 6/5/1995.

Como se ha apreciado, la Corte de Apelaciones de Valdivia, realiza explícitamente en esta sentencia un acto de control de cumplimiento y de satisfacción de los estándares de protección de los derechos humanos fijados en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989. Pero además, la Corte de Apelaciones aplica e incorpora, al momento de efectuar la estimación de la convencionalidad, la jurisprudencia pertinente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, el Caso *Comunidad Sawhoyamaxa* vs. *Paraguay*, de 2006. Este es un caso concreto de incorporación en la práctica judicial chilena de la interpretación proporcionada por los jueces interamericanos, en este caso, a propósito de la cosmovision indígena, su religiosidad, su especial relación con la tierra y su identidad cultural. La Corte de Apelaciones de Valdivia expresa que:

> [U]til es consignar además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el estado de Paraguay, señala que la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural.[79]

En esta argumentación, la Corte de Apelaciones asume e incorpora los estándares y criterios de derechos humanos fijados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una esfera tan rica jurídicamente hablando como es la protección de la identidad cultural indígena. Entre las sentencias en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado estos estándares están el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa* vs. *Paraguay* de 2005 y el Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* vs. *Paraguay* de 2006.

> Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el art. 21 de la Convención Americana. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.[80]

79. Corte de Apelaciones de Valdivia: *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros contra Juan Heriberto Ortíz Ortíz*. Recurso de Protección, Rol Nº 501-2011. Sentencia de fecha 4/5/2012. Considerando 14º.
80. CorteIDH: Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C No. 125, para. 135; CorteIDH: Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/03/2006. Serie C No. 146, para. 118.

En este contexto, "habiéndose dado por acreditado la efectividad de corte de bosque nativo, sin autorización de Conaf, en territorio sagrado para la comunidad mapuche wiilliche", la Corte de Apelaciones considera vulnerado el art. 19 N°6 de la Constitución y el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 "que considera elemental respetar la cosmovisión de los pueblo indígenas, que incluye su forma de manifestar su religiosidad".[81] En su decisión final, la Corte ordena al recurrido "cesar en sus actividades de tala ilegal de árboles milenarios que se encuentra en un terreno de 2,5 hectáreas de su predio Hijuela N° 3 de Carimallin, y permitir el libre acceso de los recurrentes a dicho sitio, que es un lugar sagrado para la comunidad Mapuche Williche, del sector Maihue Carimallin, en la época estival y para el solo efecto de realizar rogativas de Lepun y Nguillatun".

1.2.3.2. El enfoque del juez constitucional

El juez constitucional debiera efectuar el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad simultánea y armónicamente, considerando tanto a la Constitución como la Convención como instrumentos complementarios que se enriquecen y realzan. Si el juez nacional, en el procedimiento de contrastación de la norma nacional con la norma internacional de derechos humanos llega a la conclusión que la primera no es compatible con la segunda, debería hacer primar el principio del estándar más alto, esto es, la norma que otorgue una protección mayor al indivíduo o que menos restringa sus derechos fundamentales. De acuerdo con Gonzaga Jayme, la resolución de las eventuales antinomias jurídicas en un Estado constitucional y democrático de Derecho "debe ser efectuada por el criterio de la regla más favorable al ser humano. Es necesario reconocer en el indivíduo la razón de ser del Estado."[82]

Los jueces constitucionales no debieran mirar los tratados internacionales de derechos humanos y el rol del control de convencionalidad como una fuente de competencia, sino de complementariedad. Si en algún ámbito de los derechos humanos la Convención pudiera ser considerada competencia de la Convención, en ese caso, eso debiera constituir un motivo de preocupación para el sistema jurídico y político. En efecto, en este evento, la Constitución no se habría adecuado al nivel de protección superior del indivíduo proporcionado por la Convención. Si la Constitución proporciona el mismo nivel de protección que la Convención o uno superior, entonces, las posibilidades de conflicto entre la Convención y la Constitución se verían disminuidas.[83] En este último caso siempre debiera terminar aplicándose la Constitución

81. Corte de Apelaciones de Valdivia: *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros contra Juan Heriberto Ortíz Ortíz*. Recurso de Protección, Rol Nº 501-2011. Sentencia de fecha 4/05/2012. Considerando 15º.
82. Fernando Gonzaga Jayme. A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno. en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* Nº 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16.
83. "Of course, it is not problematic at all if the Hungarian law is more generous or grants more guarantees in respect of human rights issues than the international treaties signed by Hungary. On the one hand, this

– que contiene el estándar de protección más alto – y el control de constitucionalidad terminará siempre superponiéndose al control de convencionalidad. Pero lo más importante en esta figura es que sería necesario abordar la idea de la Constitución – cualquiera sea su contenido – como la norma superior del ordenamiento, considerando la efectiva garantía y protección de los derechos humanos que dicho instrumento proporciona a los indivíduos y comunidades a quienes se aplica. Quizás el mensaje final del control de convencionalidad, el cual es contrastado con el control de constitucionalidad, es que el Derecho que protege la dignidad humana y la efectiva vida digna del ser humano, alejándose del rígido formalismo positivista, ha pasado a ocupar el lugar de la norma suprema del ordenamiento. En un constitucionalismo democrático de los derechos humanos este derecho supremo debiera estar contenido y garantizado por la Constitución. En ese evento, la Constitución retendría su carácter de norma superior, porque se trataría de una Constitución a talla humana, esto es, pondría al hombre, su condición humana, su dignidad y sus derechos, en la cúspide del sistema normativo. Esta visión de preponderancia de los derechos humanos implica un verdadero cambio de paradigma.

Es precisamente en este sentido que la CorteIDH ha desarrollado su doctrina del control de convencionalidad.

2. El control de convencionalidad y la jurisprudencia evolutiva de la CorteIDH

La CorteIDH incorporó explícitamente en 2006 por primera vez en el texto de su sentencia la doctrina del control de convencionalidad como una obligación del Estado, y más precisamente, del poder judicial. A partir de esta primera elaboración, la CorteIDH ha sido receptiva a diversas consideraciones planteadas acerca de esta doctrina y por ello ha variado, en sus sucesivas sentencias, la formulación de esta obligación de control de convencionalidad y ha desarrollado su interpretación acerca del real sentido y alcance del control de convencionalidad.

follows from the nature of the regulations, and it is usually stated even in the treaties themselves that none of their provisions shall be interpreted to the derogation of more favourable domestic regulations. On the other hand, the domestic law must reach the minimum level of legal protection required by the rule under the international law. From a constitutional point of view – and with due account to the requirement of harmonisation under Art. 7 para. (1) of the Constitution – no theoretical support should be given to the avant-garde interpretation of the terms used in the international treaties and to their unfounded "further development" as it causes serious practical problems. As the legislature and the judiciary may only interpret international treaties in conformity with the international law, special attention is to be paid to the international documents containing interpretations by bodies authorised by the States Parties to that effect. This obligation of consideration does not depend on the legal nature of the document under international law in which it is presented, i.e. whether or not the document itself imposes any direct obligation on Hungary. With respect to the above, I hold that not only the interpretations contrary to the international law but also the ones leading to clearly absurd results are to be considered incompatible with the requirement under Art. 7 para. (1) of the Constitution." The Constitutional Court of the Republic of Hungary. Decision 45/2005 (XII. 14.) AB, 13 december 2005. Concurrent reasoning by Dr. Péter Kovács, Judge of the Constitutional Court, para. III/2/1.

En esta parte de nuestra breve exposición intentaremos abordar una serie de preguntas que se plantean a propósito de la doctrina de la CorteIDH respecto de la obligación de los Estados de efectuar un control de convencionalidad. ¿Cuándo comenzó esta doctrina? ¿Cuántas veces se ha reiterado por la CorteIDH? ¿En qué tipo de casos se ha utilizado? ¿Cómo ha evolucionado esta doctrina a lo largo de los años?

La consagración de la doctrina del control de convencionalidad de la CorteIDH, se produjo en un caso sobre una ley de amnistía dictada por un gobierno *de facto* incompatible con la CADH.[84] En este contexto, el principio que se desprende es el siguiente: Si la CorteIDH y otros órganos de derechos humanos han declarado que leyes o disposiciones de derecho interno dictadas durante gobiernos democráticos que impidan la persecución e investigación de violaciones a los derechos humanos son incompatibles con la CADH, con mayor razón, *a fortiori*, lo son disposiciones de derecho interno o leyes de amnistía dictadas durante gobiernos de facto que produzcan el mismo efecto.

Esto último no es sino una manifestación de la evolución del concepto de soberanía. La CorteIDH reitera una vez más que las Leyes de Amnistía u otras medidas análogas carecen de efectos jurídicos desde un inicio respecto de graves violaciones de derechos humanos.[85] Esta aseveración es efectuada por los jueces interamericanos a propósito de violaciones graves que contravienen derechos inderogables y vinculándolo al ejercicio del control de convencionalidad. La CorteIDH configura el control de convencionalidad como una obligación internacional del poder judicial.

Este mensaje constituye un llamado de atención a los Estados en el sentido de su deber de adecuación positiva (dictar leyes y adoptar medidas) y negativo (eliminar los obstáculos, legales o administrativos) para que los indivíduos puedan gozar plenamente de los derechos y libertades garantizados en la Convención Americana y otras normas convencionales respecto de las cuales la CorteIDH tenga jurisdicción. A partir de este primer pronunciamiento, la CorteIDH ha continuado desarrollando su doctrina del control de convencionalidad, la cual ha ido mutando a través del tiempo.

84. CorteIDH: Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chi*le. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, par. 124; Previamente, el juez García Ramírez había hecho una somera referencia al control de convencionalidad en el Caso *Myrna Mack*. "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional." CorteIDH: Caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25/11/2003. Serie C No. 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang *vs*. Guatemala del 25/11/2003, par. 27.

85. CorteIDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010 Serie C No. 219, paras. 174, 176 y 180.

2.1. Evolución de la doctrina del control de convencionalidad

La doctrina de la CorteIDH acerca del control de convencionalidad ha evolucionado desde su formulación más temprana hasta su elaboración actual. La primera vez que aparece la idea del control de convencionalidad en el cuerpo de una sentencia de la CorteIDH fue en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), en los siguientes términos:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[86]

A partir de esta primera manifestación, se pueden apreciar las siguientes variaciones en la evolución jurisprudencial mencionada.

1. La primera parte de la formulación del control de convencionalidad se ha mantenido inalterada. De esta manera, siempre se reconoce que "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico."

2. Al origen, la Corte mencionaba la expresión "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional". En las últimas sentencias de la CorteIDH, se modificó esto por la expresión "cuando un Estado es parte de un tratado internacional".

3. En la primera formulación del control de convencionalidad, la CorteIDH se refería a "sus jueces, como parte del aparato del Estado", mientras que en las últimas sentencias se señala: "todos sus órganos, incluidos sus jueces". En la sentencia del caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (agosto 2011), la CorteIDH utiliza la expresión "todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a [la Convención Americana]".[87]

4. Inicialmente, la CorteIDH se refería a que los jueces estaban obligados "a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin", en circunstancias que, elaboraciones

86. Corte I.D.H.: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, para. 124.
87. CorteIDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2011, Serie C No. 232, par. 226.

recientes aluden a "normas contrarias a su objeto y fin". En consecuencia, se aprecia que el ámbito de acción o alcance del control de convencionalidad puede ser más amplio.

5. En un inicio, cuando la Corte se refería a las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana, culminaba afirmando "y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". A partir de la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) esta expresión ha desaparecido.

6. En un comienzo, la CorteIDH se refería a que "el Poder judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad'".[88] Luego, en una etapa intermedia, la CorteIDH utilizó la fórmula "El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio".[89] A partir del caso *Cabrera García y Montiel Flores* (2010), la Corte ha ampliado los sujetos a los que se dirige la obligación, utilizado la siguiente figura: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad".[90]

7. En la primera formulación de esta doctrina, la CorteIDH se refería a ejercer una especie de control de convencionalidad "entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos".[91] En las sentencias recientes, la CorteIDH se refiere a un control de convencionalidad "entre las normas internas y la Convención Americana".[92]

8. En la sentencia *Almonacid* (2006), no aparece mayor mención en cuanto a cómo realizar este control de convencionalidad, mientras que en las últimas sentencias de la CorteIDH se ha agregado que el control de convencionalidad se realiza "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes."[93]

9. En la parte final del párrafo que resume la doctrina del control de convencionalidad, nuevamente, se ha pasado de referirse al "Poder Judicial" a utilizar una expresión más amplia, como sigue: "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia' deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."[94] En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (agosto

88. CorteIDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, para. 124.
89. CorteIDH: Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010. Serie C No. 219, para. 176.
90. CorteIDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220, para. 225.
91. CorteIDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, para. 124.
92. CorteIDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220, para. 225.
93. CorteIDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220, para. 225.
94. CorteIDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010. Serie C No. 220, para. 225.

2011), la CorteIDH refuerza y acentúa la relevancia de los principios que se pueden extraer de sus enseñanzas contenidos en sus pronunciamientos jurisdiccionales. Así la CorteIDH señala que "independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal […]."[95]

10. La CorteIDH se refiere a las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto manifestaciones del orden público estatal.[96]

Efectivamente, la CorteIDH extiende el control de convencionalidad no solamente a la aplicación de la CADH y a la adecuación de las normas internas a la Convención Americana, sino también resalta como parte integrante de este control las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, en cuanto manifestaciones del orden público estatal.

Así, en el Caso *Rosendo Cantú y otra* vs. *México* de 2010, la CorteIDH afirmó que

> no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el art. 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del art. 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el art. 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.[97]

95. CorteIDH: Caso *Contreras y otros* vs. *El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2011, Serie C No. 232, par. 228.

96. CorteIDH: Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)* vs. *Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010 Serie C No. 219, para. 176; Cfr. Corte I.D.H.: Caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, para. 124; CorteIDH: Caso *Rosendo Cantú y otra* vs. *México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, par. 219; CorteIDH: Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña* vs. *Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1/09/2010 Serie C No. 217, par. 202.

97. "De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde

Finalmente, la propia CorteIDH ha contribuido decisivamente a la confusión y tendencia a examinar con los mismos criterios de análisis, tanto el control de convencionalidad como el control de constitucionalidad. El pronunciamiento en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* (2006) es un ejemplo de ello. En efecto, en dicho caso la CorteIDH afirmó que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana".[98]

De esta manera y en suma, la formulación de la obligación de efectuar el control de convencionalidad, a octubre 2011, se encuentra como sigue:

> [E]ste Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[99]

Esta última formulación del control de convencionalidad tiene de destacable una práctica de la CorteIDH, consistente en que la afirmación del control de convencionalidad se efectúa en el marco de la determinación de las reparaciones debidas y,

a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario." CorteIDH: Caso *Rosendo Cantú y otra* vs. *México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, pars. 218 y 220.

98. "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones." CorteIDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, par. 128.

99. CorteIDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2011, Serie C No. 232, par. 226.

dentro de este contexto, en el ámbito de las garantías de no repetición.[100] Se puede desprender de lo anterior que la CorteIDH considera el control de convencionalidad como una obligación de los órganos del Estado que garantice la no repetición de la violación de la Convención Americana. De esta manera, se resalta por la CorteIDH el rol de prevención e inmunizador del Estado que cumplen todos los jueces nacionales y órganos vinculados a la administración de justicia. Una función constitucional e internacional de los jueces estatales es evitar hacer incurrir al Estado en responsabilidad, esto es, procurar que el Estado actúe conforme a Derecho.

2.2. La interpretación de la CADH

Tal como lo han afirmado varios tribunales de la región, la interpretación efectuada por un tribunal estatal de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la CorteIDH.[101]

La CorteIDH ha interpretado el sentido y alcance de la obligación de control de convencionalidad. En efecto, como una manera de reforzar el control de convencionalidad, entendido como una verdadera obligación internacional del Estado, particularmente, del poder judicial, emanada del derecho internacional de los derechos humanos, la CorteIDH ha afirmado en el caso *Gomes Lund*:

> En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe *(pacta sunt servanda).* Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno.[102]

100. CorteIDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2011, Serie C No. 232, pars. 223 y siguientes. CorteIDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, pars. 203 y siguientes.
101. "La interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros. Corte Sup., 07/07/1992. Fallos: 315:1492, para. 21.
102. CorteIDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010 Serie C No. 219, para. 177; C*fr. Responsabilidad*

En consecuencia, es unánimemente aceptado que el control de constitucionalidad es una garantía constitucional.[103] Igualmente, el control de convencionalidad se erige como una garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y de los efectos jurídicos derivados de los compromisos internacionales en el orden interno de los Estados, esto es, es una garantía de convencionalidad.

En el *caso Gomes Lund*, la CorteIDH considera evidente que los jueces nacionales han incumplido esta obligación internacional, fundamentalmente, debido a la interpretación y a la aplicación que el Tribunal Supremo Federal ha hecho de la ley de amnistía. En efecto, la

> Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos [… y] la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el art. 2 de la Convención Americana.[104]

Además, la CorteIDH, en el *caso Gelman*, confeccionó un gran *obiter dictum* sobre la relación entre un verdadero régimen democrático y las normas y obligaciones de protección de los derechos humanos. En efecto, la CorteIDH afirmó lo siguiente:

> La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir,

Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 14/94, de 9/12/1994. Serie A No. 14, párr. 35; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25/11/2006. Serie C No. 160, párr. 394, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4/07/2007. Serie C No. 166, párr. 104. Asimismo, *cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. *Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17/11/1999. Serie C No. 59, Considerando 3; *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1/09/2010, Considerando 3, y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1/09/2010, Considerando 5.

103. "Las garantías constitucionales son las instituciones a través de las cuales se produce el tránsito de la Constitución exclusivamente política a la Constitución también norma jurídica y del Derecho Político al Derecho Constitucional. Sin ellas, el Derecho Constitucional tiene que ser un Derecho del "principio de legalidad", pero no puede ser un Derecho del "principio de constitucionalidad". Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. 10.ed Madrid: Marcial Pons,2005, pp. 145-146.

104. CorteIDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/111/2010 Serie C No. 219, para. 44 y 172.

> a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.[105]

En nuestra opinión, la doctrina del control de convencionalidad, tal como es planteada por la CorteIDH, simplemente tiene por objeto que los Estados den cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas al firmar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, los arts. 1.1 y 2 de la referida Convención imponen a los Estados partes la obligación de adecuar su ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención.[106] En este contexto, y reflejando las obligaciones que emanan del control de convencionalidad, el juez ad hoc Figueiredo Caldas, ha afirmado que "[i]nclusive las Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta (sic) enmendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."[107]

Estas normas deben ser concordadas y armonizadas con los arts. 26 (buena fe) y 27 (imposibilidad de ampararse en el derecho interno para justificar incumplimiento de una obligación convencional) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.[108] Junto con lo anterior, los Estados deberían considerar las obligaciones provenientes del derecho internacional general y una larga lista de

105. CorteIDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011 Serie C No. 221, para. 239; Vid. Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Caso "Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad", sentencia No. 365, de 19/10/2009, prueba, folios 2325 a 2379 folios 1479 y 1480.

106. Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; "Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

107. CorteIDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2010 Serie C No. 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 6.

108. Art. 26. 'Pacta sunt servanda'. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"; "27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin

jurisprudencia internacional.[109] Estos pronunciamientos jurisdiccionales han confirmado la obligación del Estado – y por cierto, de los jueces nacionales – de adecuar el orden jurídico interno al derecho internacional y, además, la han llenado de contenido.[110]

3. Consideraciones finales

El control de convencionalidad simplemente traduce la obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la Convención Americana sobre Derechos

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46." *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27/01/1980. Viena, 23/05/1969.

109. El caso de las Reclamaciones del Alabama (Estados Unidos *vs.* Gran Bretaña) (1872) The Alabama Claims (United States-Great Britain, Claims Arbitration, 1872, 4 Papers relating to the Treaty of Washington of 1871; El caso Montijo (Estados Unidos *vs.* Colombia) (1875) Arbitral Award of July 26. VII. 1875 in the Montijo case; El caso Wimbledon: Gran Bretaña, Italia, Francia, Japón y Polonia contra Alemania (1923). Permanent Court of International Justice: Judgment N°1, case of *the S.S. Wimbledon*, August 17, 1923, Third Session, publication of the Permanent Court of International Justice, Series A – N°1, *S.S. "Wimbledon", 1923, C.P.J.I., Series A, Nº 1*; El caso de Georges Pinson (Francia contra México) (1928). The Georges Pinson Case, Annual Digest 1927-1928, case N° 4; "[…] un principio generalmente reconocido del derecho de gentes es que, en las relaciones entre las Partes Contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado." Greco-Bulgarian "Communities", 1930, C.P.J.I., Series B, Nº 17, p. 32; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, C.P.J.I., Series A, Nº 24, en la p. 12; C.P.J.I., Series A/B, Nº 46 (1932), p. 96, en la p. 167; "[…] un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor." *Treatment of Polish Nationals, 1932, C.P.J.I., Series A/B, Nº 44*, p. 4, en la p. 24; Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, p. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, p. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), pp. 12, a 31-2, par. 47; "Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia." CorteIDH.: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, para. 35; Vid. Javier El-Hage. *Límites de derecho internacional para la Asamblea Constituyente*. Santa Cruz de la Sierra: Fundación Nova, 2006, in passim.

110. "Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención." Corte I.D.H.: Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16/07/1993. Serie A No. 13, para. 26; CorteIDH: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9/12/1994. Serie A No. 14, para. 37; "En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente ("*principe allant de soi*"). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados." CorteIDH: *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27/08/1998. Serie C No. 39, par. 68; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20.

Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado.

La propia CorteIDH, a través de sus sentencias, ha facilitado el camino para que se incurra en dos errores conceptuales: en primer lugar, la Corte ha asimilado o permitido que se asimile el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En segundo lugar, la misma Corte ha usado la idea de control de convencionalidad para identificar su propia actividad, en circunstancias que dicho concepto ha nacido y se ha desarrollado en el ámbito interno de los Estados.

La formulación de la cláusula del control de convencionalidad ha variado desde la primera vez que se insertó en el texto de las sentencias de la CorteIDH hasta el presente. Creemos que esta variación en la formulación del control de convencionalidad se debe a dos razones. Primero, a un natural proceso de afinamiento y perfeccionamiento de su doctrina del control de convencionalidad. Y, segundo, a una actitud reactiva frente a las críticas que se le han planteado por los diversos actores involucrados. En esta línea, los rasgos más característicos de esta evolución son: (1) La CorteIDH claramente ha ampliado el abanico de sujetos obligados a efectuar el control de convencionalidad. Así, en relación con el Estado, "todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (2) Actualmente, la CorteIDH ha ampliado los sujetos a los que se dirige la obligación, incluyendo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Todos estos agentes y órganos están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad"; (3) Desde el punto de vista del control de convencionalidad conforme a la interpretación autorizada de la Convención Americana, la CorteIDH prácticamente ha hecho sinónimo el hecho de la adecuación del orden interno al derecho internacional con el hecho de una legislación interna conforme a la Convención Americana. Por eso, en la actualidad la CorteIDH señala que "independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal".

Consecuentemente, la CorteIDH ha ido extendiendo, precisando y, de un modo, clarificando su concepto de control de convencionalidad, habiendo llegado a una etapa en que lo tiene bastante afinado, lo que no significa que en el futuro no se produzcan nuevas evoluciones.

Nosotros sostenemos que de esta formulación del control de convencionalidad aparece que el juez nacional, así como todo aquel llamado a administrar justicia en el orden interno de los Estados, se erige como un verdadero guardián de la CADH. De este modo, el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes

con la CADH, aplicando siempre el criterio de preferencia del estándar más alto de protección del ser humano.

Por otra parte, producto de las afirmaciones doctrinarias y de la propia jurisprudencia de la CorteIDH, se observa el riesgo de asimilar en forma y fondo el control ejercido por la Corte u otros tribunales internacionales de derechos humanos con el control de convencionalidad propio de los jueces internos. Desde nuestro punto de vista, sólo es posible un control de convencionalidad propiamente tal en el orden interno de los Estados.

Junto con lo anterior, resta por ver si la doctrina de la CorteIDH será incorporada en la actuación de los órganos de jurisdicción internos de los Estados de la región de manera similar o se producirán diferencias notorias en cuanto a la recepción interna de esta doctrina, lo que pondría en una situación compleja al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Del mismo modo, queda por ver la forma en que cada Estado operacionalizará – si es que lo hace – el control de convencionalidad y la fórmula concreta que utilizará para implementar este sistema de control de normas. Finalmente, será interesante de observar la forma en que los Estados articularán en el orden interno las diferentes técnicas de control jurisdiccional, particularmente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

25

Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI*

Introdução. 1. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material. 2. O respeito à Constituição e o consequente controle de constitucionalidade. 2.1. A obediência aos direitos expressos na Constituição. 2.2. A obediência aos direitos implícitos na Constituição. 3. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de supralegalidade das normas infraconstitucionais. 3.1. Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos. 3.2. Os direitos previstos nos tratados comuns. 4. Considerações finais.

Introdução

O tema deste ensaio é inédito no Brasil. Seu aparecimento se deu entre nós a partir da entrada em vigor da EC 45/2004. Mas até o presente momento – passados mais de seis anos dessa alteração constitucional – nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo. Sequer um autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro. Versamos ineditamente o assunto no Capítulo II, Seção II, da nossa tese de doutorado da UFRGS,[1] cuja síntese vem agora estampada nas linhas que seguem.[2]

A novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder

* Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela UNESP. Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na UFMT. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UFMT. Professor honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e parecerista.

1. Ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178-226.

2. Para um estudo completo do assunto, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011 (Coleção "Direito e Ciências Afins", v. 4).

Público) não só tendo como parâmetro de controle **a Constituição**, mas também **os tratados internacionais** (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país.

1. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material

É bem sabido que a EC 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/1988, trouxe a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que **ratificados** e **em vigor** no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados "equivalentes às emendas constitucionais".[3] Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle **de convencionalidade** das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são **materialmente** constitucionais (art. 5º, § 2º, CF) ou **material e formalmente** constitucionais (art. 5º, § 3º, CF/1988),[4] é lícito entender que, para além do clássico **controle de constitucionalidade**, deve ainda existir (doravante) um ***controle de convencionalidade*** das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm "*status* de norma constitucional", nos termos do art. 5º, § 2º, da CF/1988, ou se são "equivalentes às emendas constitucionais", pois aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.[5] Ocorre que os tratados internacionais **comuns** (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas.[6] Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do CTN.[7] Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em

3. Para um estudo aprofundado do significado do art. 5º, § 3º, da CF/1988, Valerio de Oliveira Mazzuoli. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *RF* 378/89-109, ano 101. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2005.
4. Sobre essa distinção entre tratados **materialmente constitucionais** e **material e formalmente constitucionais**, bem como para o seu melhor entendimento, veja-se o nosso estudo citado na nota anterior.
5. Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional:* o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.
6. Ver a comprovação dessa assertiva em Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 178-179; 229-230; e, especialmente, p. 332-343.
7. Para uma análise do art. 98 do CTN à luz da supremacia do direito internacional, *v.* Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 344-353.

relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle **de convencionalidade** (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle **de supralegalidade** das normas infraconstitucionais.[8]

Isto tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a **Constituição** e os **tratados de direitos humanos** (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os **tratados internacionais comuns** também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de supralegalidade.

Este estudo tem por finalidade analisar esta nova teoria, segundo a qual as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de supralegalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade. Frise-se que ênfase especial será dada ao primeiro novo tipo de controle referido: o controle de **convencionalidade** das leis.

A primeira ideia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante **validade** no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e* **com** os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada **vigente** (pois, repita-se, está **de acordo** com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios

8. É evidente que se poderia pensar (e tal raciocínio não estaria equivocado) que qualquer controle a envolver a compatibilização de uma norma doméstica com um **tratado** internacional (qualquer que seja este, de direitos humanos, ou não) seria um controle **de convencionalidade**. Tal é mesmo verdade, não havendo qualquer problema neste raciocínio; toda convenção internacional (utilizando-se a nomenclatura "convenção" apenas genericamente, podendo ser um "tratado", "acordo" etc.) é paradigma do controle de convencionalidade *lato sensu*. Apenas preferimos nominar de controle **de convencionalidade** o exercido exclusivamente em relação aos tratados de direitos humanos (que, no Brasil, podem ter *status* ou "equivalência" de emenda constitucional), tendo em vista que à luz da jurisprudência das cortes internacionais não se utiliza esta expressão quando se trata de compatibilizar as obrigações do Estado relativamente aos tratados **comuns**. Outro motivo pelo qual preferimos reservar a expressão "controle de convencionalidade" para a compatibilização das normas internas com os tratados (apenas) de direitos humanos é o de não perder de vista que esses tratados igualam-se em hierarquia às normas constitucionais (daí a proximidade do neologismo "convencionalidade" com "constitucionalidade"); nesse sentido, a expressão "controle de convencionalidade" andaria lado a lado à expressão "controle de constitucionalidade". Assim, pareceu-nos melhor diferenciar a nomenclatura do controle que tem como paradigma os tratados comuns ("controle de supralegalidade") daquela relativa aos tratados de direitos humanos ("controle de convencionalidade"). Mas, repita-se, não é tecnicamente incorreto nominar de "controle de convencionalidade" a compatibilização vertical das normas internas com *quaisquer tratados* internacionais (de direitos humanos, ou não) ratificados pelo governo e em vigor no Estado.

legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como **válida**, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna **inválidas**[9] as normas jurídicas de direito interno.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confundia **vigência** com a **validade** da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em "uma 'norma válida' ('vigente')" e, em outro, na "vigência (validade) de uma norma".[10] Porém, na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista de Direito esse panorama muda, e nem toda norma **vigente** deverá ser tida como ***válida***. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (v. infra).[11]

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir **vigência** com **validade** (e a consequente **eficácia**) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli, que bem diferencia ambas as situações.[12-13] Para Ferrajoli, a identificação da **validade** de uma norma com a sua **existência** (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto "de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar".[14] Com efeito, continua Ferrajoli, "o sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamen-

9. Cf., em paralelo, Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues (trads.). São Paulo: Ícone, 1995, p. 137-138.
10. V. o trecho ao qual aludimos: "Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser 'objetivo', é uma 'norma válida' ('vigente'), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma 'superior', atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato". E mais à frente, leciona: "Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra 'dever-ser' num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir **a vigência (validade) de uma norma** dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita". (grifos nossos) (Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. 7. ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11).
11. Cf. Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi (trads.). Madrid: Trotta, 1999, p. 20; Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 75; Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo. *Do Estado de direito constitucional e transnacional:* riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 19.
12. Cf. Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22.
13. A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen, nestes termos: "A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto". (*Op. cit.*, p. 235).
14. Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20.

tos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis", incluindo também "normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o Poder Legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos", o que faz com que "uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção" (trad. livre).[15]

Com efeito, a existência de normas **inválidas**, ainda segundo Ferrajoli,

> pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar 'vigência' ou 'existência', que faz referência à **forma** dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as **normas formais** sobre sua formação; e a 'validade' propriamente dita ou, em se tratando de leis, a 'constitucionalidade' [e, podemos acrescentar, também a **convencionalidade**], que, pelo contrário, têm que ver com seu **significado** ou conteúdo e que depende da coerência com as **normas substanciais** sobre sua produção" (trad. livre).[16]

Nesse sentido, a **vigência** de determinada norma guardaria relação com a **forma** dos atos normativos, enquanto que a sua **validade** seria uma questão de **coerência** ou de **compatibilidade** das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.[17]

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio* segue-se a regra do art. 1º da LICC da entrada em vigor após 45 dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores) a lei é **vigente**[18]

15. Idem, p. 20-21.
16. Idem, p. 21.
17. Idem, p. 21-22.
18. Perceba-se o conceito de **vigência** do ordenamento jurídico formulado por Alf Ross: "O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será *vigente* se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. (…) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a vigência do direito". Perceba-se que, em tal conceito, se está a vincular a *vigência* da norma à sua capacidade de ser *socialmente obrigatória*, no que se poderia dizer ter Alf Ross estabelecido um conceito de vigência *social* do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross: "Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz,

(ou seja, **existente**)[19] em território nacional (podendo ter de respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*),[20] o que não significa que será materialmente **válida** (e, tampouco, **eficaz**).[21] Perceba-se a própria redação da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual (art. 1º): "*Salvo disposição contrária, a lei começa a* ***vigorar*** *em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada*" (grifo nosso). Portanto, ser **vigente** é ser **existente** no plano legislativo. Lei **vigente** é aquela que já **existe**,[22] por ter sido elaborada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente da República,[23] promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a **existência** (vigência) da lei é que se vai aferir sua **validade**, para, em último lugar, perquirir sobre sua **eficácia**.[24] Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar "aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las".[25] Mas vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é **vigente**) e que também é **válida** (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país), já pode ser aplicada

porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata". *V.* Alf Ross. *Direito e justiça*. Edson Bini (trad.). Bauru: Edipro, 2000, p. 59.

19. Para nós, **existência** (formal) e **vigência** têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 21.

20. Para um panorama das discussões quanto ao início de vigência da lei, ver Goffredo Telles Jr. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 193-197.

21. A esse respeito, assim (e corretamente) leciona Artur Cortez Bonifácio: "Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos *tratados* em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afora isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o sistema jurídico. Vigente é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre *vigência* e *existência*, como querendo significar a mesma coisa, concepção com a qual também concordamos], em função da qual se pode exigir algum comportamento: é a norma promulgada e ainda não derrogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar" (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 121).

22. Perceba-se que o próprio Kelsen aceita esta assertiva, quando leciona: "Com a palavra 'vigência' designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada" (*Op. cit.*, p. 11).

23. Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso **derrubá-lo** em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (art. 66, § 4º, da CF/1988), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5º, da CF/1988). Se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º, da CF/1988). Após a promulgação, a lei é **publicada**, devendo entrar em **vigência** a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, entrará vigor em 45 dias (art. 1º da LICC).

24. Cf. Goffredo Telles Júnior. *Op. cit.*, p. 193.

25. David Schnaid. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 62-63. O mesmo autor, páginas à frente, conclui: "A *eficácia* de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente" (Idem, p. 93).

pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter **eficácia**.[26] Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da **vida social**. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de **efetividade** da norma e ao seu consequente **desuso** social.

Deve ser afastada, doravante, a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano), que atribui **validade** à lei **vigente**,[27] desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes, o positivismo legalista ainda não compreendia

> a complexidade do sistema constitucional e humanista de direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Diretos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.).[28]

Deve-se afastar, também, os conceitos de "vigência", "validade" e "eficácia" do positivismo (legalista) civilista, que confunde a **validade** (formal) com **vigência** (em sentido amplo).[29]

Doravante, para que uma norma seja **eficaz**, dependerá ela de também ser **válida**, sendo certo que para ser válida deverá ser ainda ***vigente***. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei vigente com lei válida. Em outras palavras, a **vigência** não depende da ***validade***, mas esta depende daquela, assim como a **eficácia** depende da validade[30] (trata-se de uma escala de

26. Nesse sentido, *v.* a posição coincidente de Hans Kelsen. *Op. cit.*, p. 12, nestes termos: "Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz". Depois, contudo, Kelsen afirma: "A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência". Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre *vigência*, *validade e eficácia* logo mais à frente.
27. Cf. Hans Kelsen. *Op. cit.*, p. 9.
28. Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75.
29. Cf. Maria Helena Diniz. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.
30. Daí a afirmação de Miguel Reale, de que quando se declara "que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validez [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente" (*Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4). Em outro momento, contudo, Reale coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: "A exigência trina de *validade (vigência)* de *eficácia (efetividade)* e de *fundamento*

valores onde, em primeiro lugar, encontra-se a **vigência**, depois a **validade** e, por último, a **eficácia**).[31] Por isso, não aceitamos os conceitos de **validade** e **vigência** de Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma **válida** é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa[32] (que, para nós, é a lei **vigente**), e **vigente** a que já foi **publicada**.[33] O autor conceitua vigência como "um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma" ou, em outros termos, como "a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade **já** pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos", arrematando que uma norma "pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida".[34] Não concordamos (também com base em Ferrajoli)[35] com essa construção segundo a qual uma norma "pode ser válida sem ser vigente", e de que "a norma vigente seja sempre válida".[36]

Para nós, lei formalmente **vigente** é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,[37] que já tem condições de **estar em vigor**; lei **válida** é a lei vigente compatível com o texto constitucional[38] e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor

(motivação axiológica) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua *aplicação*, passando pelo momento de *interpretação*, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e eficácia" (Idem, p. 33).

31. Cf., por tudo, Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22. Ver também, Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2, para quem: "A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade".

32. Goffredo Telles Júnior elenca *duas* condições de validade das leis: (a) o *seu correto domínio*; e (b) a *sua correta elaboração*. Quanto à primeira "condição de validade, assinale-se que o *domínio das leis* compreende seu *domínio geográfico* e seu *domínio de competência*", e quanto "à segunda condição de validade, cumpre observar que, da *correta elaboração* das leis, depende, não só a *validade* delas, mas, também, fundamentalmente, a própria *qualidade de lei*, alcançada pela norma jurídica. De fato, *não é lei* a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas" (grifos do original) (Op.cit., p. 162).

33. Idêntica lição é encontrada em Maria Helena Diniz. *Op. cit.,* p. 51-52. Neste caso, a autora nomina a *vigência* de vigência em sentido estrito, para diferenciar da vigência em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a vigência em sentido estrito pode se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1º da LICC, onde embora válida, "a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente" (Idem, p. 52).

34. *V.* Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

35. Ver Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22.

36. Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes, para quem: "(…) nem toda lei vigente é válida" (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75).

37. Assim também, Alf Ross. *Op. cit.*, p. 128, nestes termos: "Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, **direito vigente**, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais" (grifo nosso).

38. Ver Hans Kelsen. *Op. cit.*, p. 218, para quem: "Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica".

no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma **válida** é a que respeita o princípio da hierarquia.[39] Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será **vigente** e **válida** (e, consequentemente, **eficaz**). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), ela não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, Miguel Reale já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem se referir aos tratados internacionais **comuns** – "que todas as fontes operam no **quadro de validade** traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como **invariantes jurídico-axiológicas**, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem",[40] à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu o professor Reale mostrar é que a **validade** de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional **e com as normas internacionais**, as quais ele alberga sob a rubrica dos "valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos (…)".[41]

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de Kelsen segundo a qual a "norma criada com 'violação' do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito Internacional", uma vez que "este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual 'contrária ao Direito internacional' possa ser anulada [o que não é verdade atualmente e, tampouco, quando Kelsen escreveu a segunda edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960]".[42]

Segundo Luiz Flávio Gomes, o modelo kelseniano (ou positivista legalista, ou positivista clássico) de ensino do direito, "confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que deve se posicionar como garante dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis".[43] Ainda para Gomes, o

> equívoco metodológico-científico [do modelo kelseniano] decorre do pensamento do Estado Moderno, da Revolução Francesa, do Código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida

39. Cf. David Schnaid. *Op. cit.*, p. 123.
40. Miguel Reale. *Op. cit.*, p. 13.
41. Idem, ibidem.
42. Hans Kelsen. *Op. cit.*, p. 367-368.
43. Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 27.

de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (Kelsen, Schmitt etc.) o entendimento de que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida. A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais.[44]

Mais à frente, na mesma obra, o citado jurista conclui:

> De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da 'legalidade' e da 'vigência'. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível – revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a Constituição Federal assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei.[45]

Certo avanço do STF relativamente ao tema do conflito entre tratados e normas internas se deu com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em 29/03/2000, no RHC 79.785/RJ, no qual entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter **supralegal**. Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara, no STF, com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22/11/2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP, na qual se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação

44. Idem, ibidem.
45. Idem, p. 76-77. Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se admitir, contudo, uma hipótese excepcional, que ocorre quando a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto **formal**. Neste caso, diz ele, "não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), deixa de possuir vigência. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto formal (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal" (Idem, p. 77).

fiduciária em garantia.[46] Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais **comuns** ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Ministro Gilmar Mendes a tese de que os tratados internacionais de ***direitos humanos*** estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, "parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de **supralegalidade** aos tratados e convenções de direitos humanos", segundo a qual "os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralegalidade**". E continua: "Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equiparalos à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana".[47]

Ocorre que mesmo essa posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes anteriormente comentado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais **comuns** ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico **intermediário**, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação.[48] A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.[49]

Na Alemanha, este é também o critério adotado para a generalidade dos tratados ratificados por este país (art. 59 da Lei Fundamental: "*os tratados que regulem as relações*

46. O julgamento do RE 466.343/SP (Relator Ministro Cezar Peluso) foi encerrado na sessão plenária de 03/12/2008, data em que se considera extinto no Brasil o instituto da prisão civil por dívida de depositário infiel. Frise-se que a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida por infidelidade depositária, com fulcro nos tratados internacionais de direitos humanos, foi pioneiramente defendida por Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*: *especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, especialmente p. 109-181. Antes da publicação deste livro citado o que existiam eram apenas pequenos trabalhos (artigos, comentários etc.) sem muita amplitude.

47. Ver o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes do STF, RE 466.343-1/SP; Rel. Min. Cezar Peluso; j. 03/12/2008; p. 21.

48. Ver por tudo, Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 748-776.

49. Cf. Heber Arbuet Vignali e Jean Michel Arrighi. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos. *Revista de informação legislativa.* n. 115, ano 29. Brasília: Senado Federal, jul.-set. 1992, p. 420.

políticas da Federação ou se referem a matérias da legislação federal requerem a aprovação ou a participação, sob a forma de uma lei federal, dos órgãos competentes na respectiva matéria da legislação federal"), que passam a prevalecer (inclusive com aplicação imediata, se eles contêm direitos individuais) sobre toda a normatividade inferior ao direito federal, a exemplo das normas provenientes dos Estados Federados e dos decretos expedidos pelo governo. Este entendimento vale, na Alemanha, inclusive para os tratados de direitos humanos, o que é criticável, por permitir a aplicação do brocardo *lex posterior derogat legi priori* ao caso de conflito entre tratado e lei federal posterior; mas é bom fique nítido que, naquele país, também se encontram correntes doutrinárias tendentes a atribuir nível constitucional ao menos à Convenção Europeia de Direitos Humanos.[50]

Sob esse ponto de vista – de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade **constitucional**, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer **supralegal**, como no caso dos demais tratados, chamados de **comuns** – é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites **formais** (ou **procedimentais**), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: (a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e (b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada **vigente** por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será **válida** se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal).[51]

50. Ver, por tudo, Roland Bank. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. 10 año, t. II. Montevidéo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 721-734. Sobre o tema, ver ainda, Hector Gros Espiell. La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative. *Recueil des Cours*, v. 218 (1989-VI), p. 167-412; Roberto Facchin. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: Cedam, 1990. Para um estudo do papel da União Europeia em matéria de direitos humanos, ver Joel Rideau. Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. *Recueil des Cours*. v. 265 (1997), p. 9-480.

51. Cf. Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 34. Este autor, contudo, não obstante aceitar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (cf. idem, p. 32), ainda entende que a discussão sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais **comuns** "é uma questão aberta", uma vez tratar-se "de uma zona do Direito (ainda) indefinida" (idem, p. 36). Este mesmo criminalista cita um caso da Suprema Corte Mexicana, no qual se reconheceu o *status* supralegal dos tratados relativos à matéria tributária (os quais, pelo art. 98 do CTN, no Brasil, já têm esse mesmo nível, por expressa disposição legal). Eis trecho da explicação do caso (por Priscyla Costa. *Consultor Jurídico* 15/02/2007) citado por Luiz Flávio Gomes: "Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais. (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição. O Ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há 'mais proximidade' das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, 'em particular o tráfico mercantil'." (Idem, ibidem).

Para que exista a **vigência** e a concomitante **validade** das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (a) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (b) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do STF, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, X, da CF/1988 – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a **vigência** das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão **válidas** se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.[52]

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que aqui estamos a demonstrar: (a) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da não recepção, com a consequente invalidade material da norma a partir daí; (b) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma **inconstitucionalidade**, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade no STF pelos legitimados do art. 103 da CF/1988); (c) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, ela é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é **superior**); e (d) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente **compatível** com a Constituição) tem-se que tal norma é **inválida** (apesar de **vigente**) e, consequentemente, totalmente **ineficaz**.[53]

52. Segundo Luiz Flávio Gomes: "Uma vez declarada inválida uma lei (no sistema concentrado), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, neste caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (art. 52, X, da CF/1988), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia). (…) No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF, naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico (a única exceção reside na declaração de inconstitucionalidade formal, posto que, nesse caso, é a própria vigência da lei que é afetada). (…) A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia). O efeito *erga omnes* da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. (…) Para que não paire dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar o Senado (para o efeito do art. 52, X [no caso apenas da decisão ter sido em sede de controle *difuso*]) e, sempre que possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige *quorum* qualificado de 2/3 dos Ministros do STF)" (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 85-86).
53. Ver, nesse sentido, o HC 88.420/SP do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e, ainda, o HC 90.172/SP do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, onde fica expresso o novo entendimento da Suprema Corte que agora

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua **validade** e consequente **eficácia**, em estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão desta **dupla compatibilidade vertical material**, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (a) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (b) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país.

O respeito à **Constituição** faz-se por meio do que se chama de **controle de constitucionalidade** das leis; o respeito **aos tratados** que sejam de **direitos humanos** faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) ***controle de* convencionalidade** das leis; e o respeito **aos tratados** que sejam **comuns** faz-se por meio do controle **de supralegalidade** das leis, conforme veremos com detalhes.

2. O respeito à Constituição e o consequente controle de constitucionalidade

Primeiramente, para a vigência e validade da produção doméstica de um direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido pela via **difusa** (de **exceção** ou **defesa**) ou pela via concentrada (ou **abstrata**) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando se fizer presente um caso **concreto**) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, por um dos legitimados do art. 103 da CF/1988.[54]

Então, a primeira ideia a fixar-se aqui é a de que a produção normativa doméstica deve ser compatível, em primeiro lugar, com a Constituição do Estado. Contudo, como explica Luiz Flávio Gomes,[55]

> não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior

atribui aos tratados de direitos humanos (e somente a estes, por enquanto) o *status* de supralegalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

54. Assim dispõe a referida norma: *Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

55. Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 65.

ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade.

E o mesmo jurista arremata:

> Na era do ED [Estado de Direito] a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão somente de limites formais (legitimidade para legislar, *quorum* mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito] a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc.

A compatibilidade das leis com a Constituição deve ser aferida em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos *expressos* no texto constitucional e (b) também em relação aos direitos *implícitos* na Constituição. Vejamos cada um deles.

2.1. A obediência aos direitos expressos na Constituição

Existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existir três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 5º, § 2º, da CF/1988, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição [1ª vertente] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [2ª vertente], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [3ª vertente]". Assim, desmembrando este dispositivo, o que dele se extrai é que, além dos direitos expressos na Constituição (**primeira vertente**), existem também os direitos nela implícitos (**segunda vertente**), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (**terceira vertente**), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provém ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil.[56]

A primeira das três vertentes dos direitos e garantias fundamentais diz respeito àqueles direitos **expressos** na Constituição. Efetivamente, são tais direitos os primeiros que devem ser respeitados pela produção normativa doméstica, até mesmo pelo princípio segundo o qual as leis devem respeito à sua criadora, que é a Constituição.

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas **cláusulas pétreas** do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988, segundo o qual "[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais". Perceba-se a referência aos "direitos

56. Sobre essas três vertentes dos direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 751-752.

e garantias **individuais**" pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os demais direitos fundamentais não individuais (v.g., os **sociais**, os **econômicos** e os **culturais**) e todos os outros de cunho *coletivo*. Contudo, a dúvida plantada pelo texto constitucional de 1988, sobre a inclusão de **outros direitos** ao rol das chamadas **cláusulas pétreas**, não obteve o necessário esclarecimento da doutrina até o momento. Para nós – seguindo-se a lição de Ingo Sarlet –, não é aceitável que os direitos não individuais (v.g., uma direito trabalhista) e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção outorgada pela norma do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.[57] Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em contraposição à interpretação literal do referido dispositivo, indica ser mais que sustentável a tese segundo a qual a Constituição (no art. 60, § 4º, IV) disse menos do que pretendia (*lex minus dixit quam voluit*). Ao se ler o citado dispositivo constitucional deve-se substituir a expressão "direitos e garantias **individuais**" pela expressão "direitos e garantias **fundamentais**", subtraindo a **expressão-espécie** para inserir a **expressão-gênero**.

Seja como for, o que aqui se pretende dizer é que a produção normativa doméstica, para aferir a **validade** necessária à sua posterior **eficácia**, deve primeiramente ser compatível com os direitos expressos no texto constitucional, sendo este o primeiro limite (em verdade, a **primeira parte** desse **primeiro limite**) vertical material do qual estamos a tratar.

Contudo, não é neste estudo o lugar de se dissertar sobre os efeitos do desrespeito (formal ou material) da lei à Constituição, que enseja o chamado **controle de constitucionalidade**.[58] Apenas cumpre aqui informar que neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a falta de ***validade*** normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o **diálogo das fontes**, na medida em que se retira da **conversa** normativa a lei que não tem **argumentos válidos** que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é **inconstitucional** e, portanto, ***inválida***). Assim, retira-se da lei a possibilidade de continuar ***conversando*** e **dialogando** com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação nessa **conversa** apenas fontes válidas e eficazes.

Somente a declaração de inconstitucionalidade **formal** afeta (desde logo) o plano de **vigência** da norma (e, consequentemente, os da **validade** e **eficácia**), como já se falou anteriormente.[59] Salvo essa hipótese excepcional, quando se trata do caso de

57. Ver, por tudo, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 422-428.
58. Sobre o tema, ver Hans Kelsen. *Op. cit.*, 300-306. Na doutrina brasileira, ver especialmente Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional*… cit., p. 64-94 e p. 146-250, respectivamente; Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 333. Para um estudo clássico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, ver ainda Carlos Alberto Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 164.
59. Cf. Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 77.

declaração de inconstitucionalidade do "programa abstrato de aplicação" da norma, ela continua **vigente**, mas será **inválida** (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta.[60]

2.2. A obediência aos direitos implícitos na Constituição

Nos termos do citado art. 5º, § 2º, segunda parte, os direitos implícitos são aqueles que provêm ou podem vir a provir "do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados". Trata-se – segundo os autores constitucionalistas – de direitos de difícil caracterização *a priori*.[61]

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material.

Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos **decorrentes**, provêm ou podem vir a provir do **regime** ou dos **princípios** adotados pela Constituição. E, aqui, teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

Deve-se perquirir, neste momento, se não está o princípio internacional *pro homine* a integrar os princípios adotados pela Constituição. Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um **princípio geral de direito**. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do **diálogo** travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. Esse exercício, capaz de encontrar um princípio geral que albergue os elementos normativos antitéticos, é papel que compete ao aplicador do direito.[62]

60. Não é outra a lição de Luiz Flávio Gomes, nestes termos: "(...) toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu 'programa abstrato de aplicação'. Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional (totalmente inconstitucional) seu 'programa normativo' desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1º do art. 1.º [sic] da Lei nº 8.072/1990 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa abstrato da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidade (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) podia ter tal norma (mesmo antes da Lei 11.464/2007)" (Idem, p. 77).

61. Ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88; e José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 194.

62. Cf. Maria Helena Diniz. *Conflito de normas*. 6. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58-59. Sobre os princípios gerais de direito, assim leciona Diniz:

Antes de verificarmos a consagração do princípio internacional *pro homine* pelo texto constitucional brasileiro, duas palavras devem ser ditas sobre alguns dos princípios regentes do nosso sistema constitucional.[63]

Primeiramente, é necessário dizer que a Constituição brasileira de 1988 representou a abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos, rompendo com a lógica totalitária que imperava no Brasil até então, implementando o valor dos direitos humanos junto à redemocratização do Estado. Assim, logo depois de 1988, pareceu "haver um consenso sobre o valor positivo da democracia e sobre o valor positivo dos direitos humanos", não obstante, na prática, ser ele "mais aparente do que real".[64] De qualquer forma, a partir dessa abertura, ao menos no plano do desejável, o texto constitucional passou a consagrar valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional.

"Os princípios gerais de direito são normas de valor genérico que orientam a aplicação jurídica, por isso se impõem com validez normativa onde houver inconsistência de normas. Esses princípios gerais de direito têm natureza múltipla, pois são: *a*) decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, da análise dos subsistemas normativos. Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm caráter prescritivo. Atuam os princípios, diante das normas como fundamento de atuação do sistema normativo e como fundamento criteriológico, isto é, como limite da atividade jurisdicional; *b*) derivados das ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou melhor, devem corresponder aos subconjuntos axiológico e fático que compõem o sistema jurídico, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico, apresentando uma certa conexão com a ideologia imperante que condiciona até sua dogmática: daí serem princípios informadores; de maneira que a supracitada relação entre norma e princípio é lógico-valorativa. Apoiam-se estas valorações em critérios de valor objetivo; e *c*) reconhecidos pelas nações civilizadas [sobre esse conceito de *nações civilizadas* e as críticas que lhe faz a doutrina contemporânea, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 110-111] se tiverem *substractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas, não como pretendem os jusnaturalistas, que neles vislumbram princípios jurídicos de validade absolutamente geral" (Idem, p. 59).

63. Para um panorama geral dos valores e princípios constitucionais fundamentais da Constituição brasileira, ver Artur Cortez Bonifácio. *Op. cit.*, p. 131-180. Merece destaque, contudo, a seguinte passagem: "Os princípios passaram, com efeito, ao grau de norma constitucional, modelando e conduzindo a interpretação e aplicação das demais normas e atos normativos, conferindo a fundamentação material imprescindível à ordem jurídica. De sua força normativa decorre o seu caráter diretivo e a eficácia derrogatória e invalidatória das demais normas para além de sua função informadora. O conjunto desses predicados confere aos princípios um caráter de fonte das fontes do direito, disposições normativas que qualificam o sistema, dando-lhe especial feição. Se a Constituição é o fundamento superior da unidade de um sistema jurídico, e a observância dos seus valores e princípios são os fatores possibilitadores do equilíbrio constitucional, infere-se por transitividade que os princípios são fatores decisivos à manutenção do sistema de direito. O direito não é, pois, um conjunto de regras tomadas aleatoriamente: estas têm uma conexão de sentidos, uma lógica, uma coerência e uma adequação de valores e princípios que o alimentam, e lhe dão a sua dinamicidade e consistência, fazendo-o subsistir. Quando existe um hiato entre esses fatores, é possível a implantação de uma nova estrutura política no Estado, refratária dos valores e princípios dissociados da compreensão do tecido social. Os princípios, dessa forma, são disposições nas quais se radicam a origem dos enunciados normativos; são pontos de partida para a assimilação do sistema jurídico e seus desígnios de justiça. Ostentam um maior grau de indeterminação, abstração e um baixo grau de concretização, apresentando-se como *standards*, padrões de observância obrigatória no sistema de direito" (Idem, p. 133-134).

64. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. *Direitos humanos:* visões contemporâneas. São Paulo: Associação juízes para a democracia, 2001, p. 92.

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da **dignidade da pessoa humana** e o da **prevalência dos direitos humanos**.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto à prevalência dos direitos humanos) da primazia da norma mais favorável.[65] Por dignidade da pessoa humana pode-se considerar, segundo Maria Garcia, a "compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente".[66]

Trata-se de um bem soberano e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. Considerando ser a Constituição uma ordem sistêmica de valores, que são sopesados pelo legislador constituinte na **medida** e para o **fim** de preservar sua força normativa, pode-se afirmar que o texto constitucional brasileiro erigiu a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa doméstica, impacto certo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós Segunda Guerra e em plena desenvoltura até hoje.[67] Daí a consideração de ser este princípio um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.[68] Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito, ocupando o grau superior da ordem jurídica.

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo este dispositivo, inserido no Capítulo 1º da Carta alemã, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, "a dignidade do homem é inviolável", estando os Poderes Públicos "obrigados a respeitá-la e a protegê-la" (art. 1º, n. 1). Assim estatuindo, passa a dignidade humana a ser declarada como o pressuposto último e o fundamento mais ético da realização da **missão constitucional**. Esse fundamento ético é "anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si

65. Cf. Humberto Henderson. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH* 39/92-96. San José: IIDH, 2004.
66. Maria Garcia. *Limites da ciência:* a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 211. Aceito o conceito exposto, diz Artur Cortez Bonifácio, "importa reforçar um conteúdo ético que é anterior e inerente ao ser humano, e que faz da dignidade da pessoa humana um supravalor, um predicado da personalidade, ao lado de um componente normativo, jurídico-constitucional e de direito internacional público, a reclamar a sua concretização internamente e no espaço público internacional" (*Op. cit.*, p. 174).
67. Cf. Jesus González Perez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 200-203.
68. Como anota Artur Cortez Bonifácio, o princípio da dignidade da pessoa humana "é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais" (*Op. cit.*, p. 174-175).

e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana, mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais".[69]

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, é de se entender que, em se tratando de **direitos humanos** provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio (de hermenêutica internacional) *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da CF/1988.

Não se pode esquecer a lição de Peter Häberle, para quem se tem que caracterizar a Constituição como um "sistema de valores", impedindo-se entender os "valores" no sentido de um firmamento abstrato de valores. Segundo Häberle, os valores não são

> impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que esté por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente, que debe fundarse en la 'singular índole' de este presente y coordinar las fuerzas vitales de una época a fin de lograr una unidad. Si se impusiera un reino de valores desde arriba, se desconocería también el valor intrínseco y la autonomía de lo jurídico.[70]

Em outras palavras, como leciona Bidart Campos, num sistema de normas "que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelen, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto".[71]

O outro princípio a complementar a garantia *pro homine* é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente pelo art. 4º, II, da CF/1988. Este princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a "prevalência" – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.[72]

69. Artur Cortez Bonifácio. *Op. cit.*, p. 175. Ainda segundo Bonifácio: "Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é o valor que conduz ao caráter universal dos direitos fundamentais, o elo e o sentido de toda uma construção dogmática histórica que vem ganhando força e efetividade nos processos de afirmação do constitucionalismo e do direito internacional público recente" (Idem, ibidem).

70. Peter Häberle. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Joaquín Brage Camazano (trad.). Madrid: Dykinson, 2003, p. 9-10.

71. German J. Bidart Campos. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995, t. III, p. 277.

72. Como leciona Artur Cortez Bonifácio, o art. 4.º da CF/1988 "pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito internacional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público", posto que nele temos

Percebe-se, portanto, que o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno.

3. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de supralegalidade das normas infraconstitucionais

Como já se falou anteriormente, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer dos seus preceitos. *A contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da **validade** da norma (que, no entanto, continuará **vigente**, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do **controle de convencionalidade**, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.[73] A expressão "controle de **convencionalidade**" ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de **adaptar** ou **conformar** os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano

"a declaração de vários princípios de direito internacional geral, verdadeiras normas de *jus cogens*, tais como o princípio da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a concessão de asilo político e a integração" e, assim sendo, todos eles compõem "um conjunto normativo e axiológico que o Constituinte brasileiro tratou de assegurar, diante da fragilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro recém-saído do arbítrio" (*Op. cit.*, p. 201). Daí se entender, junto a Otto Bachof, que um Estado até poderá desrespeitar tais princípios, ou mesmo fazer passar também por "direito" as prescrições e os atos estaduais que os desrespeitem, podendo impor a observância destes pela força, porém "um tal direito aparente nunca terá o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria" (*Normas constitucionais inconstitucionais?* José Manuel M. Cardoso da Costa (trad.). Coimbra: Almedina, 1994, p. 2).

73. Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, ver Luis Alejandro Silva Irarrazaval. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. *Ius et Praxis*, v. 12, n. 2, 2006, p. 201-219.

internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.[74] Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais)[75] criados por convenções entre Estados, nas quais estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.[76] O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.[77]

Para realizar o controle de convencionalidade ou de supralegalidade das normas infraconstitucionais os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter **difuso**, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, no qual qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.[78] Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao

74. Ver assim, a lição de Humberto Nogueira Alcalá. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios constitucionales*. n. 1, año 5. Universidad de Talda, 2007, p. 87: "Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid".
75. Para um estudo do papel dos três mais importantes tribunais internacionais existentes (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos), no que tange aos direitos humanos, ver respectivamente, Raymond Goy. *La cour internationale de justice et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2002; Hélène Tigroudja. *La cour interaméricaine des droits de l'homme*: *analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003; Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 239-296; Jean-Pierre Marguenaud. *La cour européenne des droits de l'homme*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005.
76. Sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos, ver André de Carvalho Ramos. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 439.
77. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *trabajadores cesados del congreso* vs. *Peru*, de 24/.11/2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, § 1-13.
78. A esse respeito, assim se expressou o Juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: "Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio 'control de convencionalidad'. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es

direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derrogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.[79] Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade **concentrado** no STF, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988[80] (uma vez ratificados pelo Presidente, após esta aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição **e os tratados internacionais de direitos humanos** ratificados pelo governo e em vigor no país.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 05/10/1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade *concentrado*, este sim, nascera apenas em 08/12/2004, com a promulgação da EC 45/2004.

Antes, porém, de nos debruçarmos sobre o tema, é necessário mencionar que os autores que, antes de nós, fizeram referência à expressão "controle de convencionalidade", versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de ato do Poder Legislativo.[81] Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado. Em outras palavras, seria a técnica **legislativa** pela qual o parlamento, tendo em conta um tratado de direitos humanos em vigor no país, deixaria de adotar uma lei que com dito tratado conflitasse, a fim de não dar causa à responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Legislativo.[82] Também já se empregou a expressão "controle de convencionalidade" para aferir a compatibilidade das normas locais diante das normas internacionais, não pela via judiciária **interna** (tal como estamos a desenvolver neste

coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional" (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *trabajadores cesados del congreso* vs. *Peru*, de 24/11/2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, § 11).

79. Ver Erik Jayme. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251, 1995, p. 259.

80. Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional*… cit., p. 239.

81. Nesse sentido, ver André de Carvalho Ramos. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ* 29/56. Brasília, abr.-jun. 2005, p. 56. A utilização da expressão **controle de convencionalidade** por este autor é baseada pura e simplesmente na adoção que faz do termo a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

82. Cf. André de Carvalho Ramos. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*, cit., p. 169-170.

estudo), mas pelos mecanismos **internacionais** (unilaterais ou coletivos) de apuração do respeito por parte de um Estado de suas obrigações internacionais.[83]

Nunca na doutrina brasileira fez-se referência à possibilidade de um juiz ou tribunal **nacional** controlar essa convencionalidade das leis, e tampouco ao fato de poderem os legitimados do art. 103 da CF/1988 propor, no Pretório Excelso, uma das ações do controle abstrato de constitucionalidade (v.g., ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental etc.). Em outras palavras, a doutrina em geral (anterior à nossa) chama de "controle de convencionalidade" o exercício de compatibilidade normativa realizado pelas instâncias *internacionais* de proteção dos direitos humanos, ou as medidas **legislativas** de compatibilização das leis **em elaboração** com os tratados internacionais, não comparando tal controle (como estamos a fazer neste estudo) com o "controle de constitucionalidade" existente no plano do nosso direito interno. Assim, a utilização da expressão em comento, na doutrina citada, nada tem que ver com o problema que ora nos ocupa, que é o estudo do controle **jurisdicional** da convencionalidade das leis no Brasil.

Como se pode perceber, não obstante a expressão **controle de convencionalidade** já ter sido empregada anteriormente no Brasil – seguindo sempre, é certo, o posicionamento adotado no sistema interamericano de direitos humanos –, o certo é que jamais se explicou "como funciona" esse controle no Brasil e quais são os meios de se exercer essa advocacia a ele voltada.

Assim, a teoria do controle de convencionalidade que estamos a apresentar neste estudo é inédita no Brasil, não tendo sido desenvolvida por qualquer jurista (constitucionalista ou internacionalista) anteriormente entre nós. Não se trata de técnica **legislativa** de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo **internacional** de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de meio **judicial** de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle **difuso** ou **concreto**) como por meio de ação direta (controle **concentrado** ou **abstrato**). Na doutrina brasileira, fomos

83. Ver Idem. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. 7, ano 2. Brasília, abr.-jun. 2003, p. 86-88. Nesse exato sentido, ver Ernesto Rey Cantor. Controles de convencionalidad de las leyes. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lello de Larrea (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008, p. 225-262. Ver também, CIDH, Caso *Trabalhadores demitidos do congresso* vs. *Peru*, voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez, de 24/11/2006, § 5, nestes termos: "De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un 'control de convencionalidad' depositado en tribunales internacionales – o supranacionales –, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella".

nós os primeiros a empregar as expressões "controle difuso de convencionalidade" e "controle concentrado de convencionalidade" (também não vimos na doutrina estrangeira qualquer utilização, ainda que similar, destas expressões por nós propostas).[84]

Dada esta explicação preliminar, é chegado o momento de entender como será realizada, no Brasil, a compatibilidade das normas de direito interno com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) ratificados pelo Estado e em vigor no país. Esta compatibilidade do direito doméstico com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada, simultaneamente, em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados e (b) em relação àqueles direitos previstos nos tratados **comuns** em vigor no país, tratados estes que se encontram **abaixo** da Constituição, mas **acima** de toda a normatividade infraconstitucional. Vejamos, então, cada qual das duas hipóteses.

3.1. Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos

Como se disse, deve haver **dupla** compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A **primeira** compatibilidade vertical se desdobra em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A compatibilidade com a Constituição (com seus direitos expressos e implícitos) já estudamos. Resta agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito somente aos tratados de **direitos humanos**, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive. Versaremos, aqui, a compatibilidade que têm de ter as leis relativamente aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

São de fácil visualização os direitos **expressos** nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte. Todos se encontram publicados no *Diário Oficial da União* desde sua promulgação pelo Presidente da República, após ratificados e após terem sido seus instrumentos respectivos depositados no Secretariado das Nações Unidas ONU.[85]

84. O emprego pioneiro dessas expressões ocorreu originalmente em nossa Tese de Doutorado em Direito Internacional (defendida na UFRGS aos 04.11.2008). Para o texto original, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 178-226. Posteriormente, desenvolvemos a mesma ideia (e utilizamos a mesma terminologia) em um texto menor, publicado em veículo de maior acesso público. Ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. O controle de convencionalidade das leis. *Revista Jurídica Consulex*. 290, ano 8. São Paulo, fev.2009, p. 42-43. A ideia foi também incorporada em nossos *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 17-18. O certo é que antes dessas publicações nenhum autor brasileiro (e, de nosso conhecimento, tampouco um autor estrangeiro) havia feito menção aos controles **difuso** e **concentrado** de convencionalidade; também não havia nada na doutrina que teorizasse o controle **jurisdicional** da convencionalidade das leis.
85. Ver o art. 102 da Carta das Nações Unidas.

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte **invalida** a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser **válidas** no plano jurídico, mas ainda continuam **vigentes** nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei **vigente** é uma lei **válida**,[86] e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no **diálogo das fontes** já estudado, uma vez que para se chegar à justiça da decisão deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*dia*) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução. Esta tese foi aceita pelo Ministro Celso de Mello, em antológico voto (HC 87.585-8/TO) lido no plenário do STF dia 03/12/2008, no qual reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada (pelo § 3º do art. 5º da CF/1988). Ficou ali assentado, pelo Ministro Celso de Mello, que as fontes internas e internacionais devem "dialogar" entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira. Nas suas palavras:

> Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, **ao diálogo entre essas mesmas fontes**), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais" (grifo nosso).[87]

O que se nota com clareza meridiana no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revogara sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária (v. HC 77.631-5/SC, *DJU* 158-E, 19.08.1998, Seção I, p. 35) – aceita agora a tese do "diálogo das fontes" e a aplicação do princípio internacional *pro homine*. Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos.

86. Cf. Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22.
87. Ver STF, HC 87.585-8/TO, voto-vista do Ministro Celso de Mello, de 03/12/2008, p. 19.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do **diálogo das fontes** e do princípio internacional *pro homine*. Tudo isto somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras, também, de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis. Essa nova concepção jurídica atribui à força expansiva dos direitos humanos um especial realce: o de servir ao direito como instrumento da paz. Esse valor **paz** reconhecido pela força expansiva dos princípios em geral e, em especial, dos direitos humanos, é sempre **anterior** às normas jurídicas que o absorvem, além de sempre **mais amplo** que elas.

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também "escute" o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que se encontram em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição *e* tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem **vigentes** e **válidas**, deverão submeter-se a este novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a "evolução do direito")[88] e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica.

Por meio dessa solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que irão se **unir** em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que **todo** o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna **perfeita**, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido.

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico aos tratados de direitos humanos, surge, ainda, uma questão a ser versada. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o

88. Francesco Carnelutti. *Teoria geral do direito*. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro (trads.). Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 188.

art. 5º, § 3º, da CF/1988. Neste caso, ter-se-á no direito brasileiro o controle de convencionalidade **concentrado**, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de José Afonso da Silva, para quem somente haverá inconstitucionalidade (**inconvencionalidade**…) se as normas infraconstitucionais "violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º", ficando então "sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle *difuso*] como na via direta [controle *concentrado*]". Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5.º, § 3.º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas "ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]".[89]

No raciocínio do professor José Afonso da Silva, apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5º, § 3º, seriam paradigma de controle de constitucionalidade (para nós, de **convencionalidade**), tanto na via incidente (**controle difuso**) como na via direta (**controle concentrado**). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que forem incorporados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, caso em que o conflito de normas seria resolvido pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, "pelo modo de apreciação da colidência entre **lei especial** e **lei geral**").[90]

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,[91] podemos lançar algumas observações.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da CF/1988, para que tais instrumentos tenham **nível** de normas constitucionais. O que o art. 5º, § 3º, do texto constitucional fez foi tão somente atribuir **equivalência de emenda** a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, § 2º, da CF/1988. Portanto, dizer que os tratados são "equivalentes às emendas" não é a mesma coisa que dizer que eles "têm *status* de norma constitucional".[92] Sem retomar esta discussão, a qual não tem lugar neste estudo, importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, da CF/1988, tal tratado será **formalmente constitucional**, o que significa que ele passa

89. Ver por tudo, José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179. Cf. repetição da mesma lição em José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 183.
90. José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179; e idem, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 183.
91. Ver as críticas Artur Cortez Bonifácio. *Op. cit.*, p. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diferentes dos nossos.
92. Ver explicação detalhada em Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 764-774. Ver ainda, idem, O novo § 3º do art. 5º da CF/1988 e sua eficácia, cit., p. 89-109.

a ser paradigma de controle da legislação infraconstitucional.[93] Assim, à medida que estes tratados passam a ser **equivalentes às emendas constitucionais**, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as **ações constitucionais** existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, I, *a*, CF/1988) diz competir precipuamente ao STF a "guarda da Constituição", cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da CF/1988) ingressem com essas medidas sempre que **a Constituição** ou **quaisquer normas a ela equivalentes** (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da EC 45/2004, é necessário entender que a expressão "guarda da Constituição", utilizada pelo art. 102, I, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando este mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos **constitucionalizado** pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no STF, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ação direta de inconstitucionalidade) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.[94]

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de **constitucionalidade** propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional **é compatível** com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim diante do controle de **convencionalidade** das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação de descumprimento de preceito fundamental), na medida em que o tratado-paradigma em causa é **equivalente** a uma norma constitucional.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com **equivalência de emenda**, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda

93. Cf. Luís Roberto Barroso. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207.
94. Ver, nesse exato sentido, Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional*… cit., p. 239, que diz: "Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3º do art. 5º da CF/1988] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais.".

de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade (para eivar a norma infraconstitucional de **inconvencionalidade**), de ação declaratória de constitucionalidade (para garantir à norma infraconstitucional a **compatibilidade** vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo de arguição de descumprimento de preceito fundamental para exigir o cumprimento de um "preceito fundamental" encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da CF/1988, passam a servir de meio de controle concentrado (agora de **convencionalidade**) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle **difuso**.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle **difuso** de constitucionalidade/convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa o ilustrado José Afonso da Silva – não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas "pelo modo de apreciação da colidência entre **lei especial** e **lei geral**".[95] Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da CF/1988 servirão de paradigma ao controle **concentrado** (para além, evidentemente, do **difuso**), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle **difuso** (via de **exceção** ou **defesa**) de constitucionalidade/convencionalidade.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: (a) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle **difuso**), cabendo ação direta de inconstitucionalidade no STF a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; (b) tratados de direitos humanos que têm apenas "*status* de norma constitucional" (não sendo "**equivalentes** às emendas constitucionais", uma vez que não foram aprovados

95. José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179; e idem, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 183.

pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da CF/1988) são paradigma apenas do controle **difuso** de constitucionalidade/convencionalidade.

Como já se demonstrou em outro lugar, os tratados contemporâneos de direitos humanos já preveem certas "cláusulas de diálogo"[96] (v.g., o art. 29, *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais "cláusulas de diálogo" passam a também deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o **diálogo das fontes** no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais.

Pode-se então dizer que o critério dialógico[97] de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna (que Erik Jayme chamou de **diálogo das fontes**)[98] passa a ficar **constitucionalizado** em nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar. E nem se diga, por absoluta *aberratio juris*, que a internalização das "cláusulas de diálogo" dos tratados de direitos humanos (e, consequentemente, do **diálogo das fontes**) dá-se em patamar **inferior** à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquela, mesmo quando **protege menos** o ser humano sujeito de direitos, é admitir "a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente".[99]

A integração do método dialógico de Erik Jayme no Brasil passa a ter caráter de norma de **order public** nacional, para além do caráter internacional também reconhecido de *jus cogens*, à medida que os tratados de direitos humanos que consagram as chamadas "cláusulas de diálogo" são normas aceitas e reconhecidas pela sociedade internacional dos Estados em seu conjunto, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por outras da mesma natureza, fazendo eco à regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tudo o que foi dito, relativamente ao respeito que deve ter o direito doméstico aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, para que só assim possam ser vigentes **e válidos** na ordem jurídica interna, também deve ser aplicado em relação aos direitos **implícitos** nesses mesmos tratados de

96. A expressão é de nossa autoria. Sobre tais "cláusulas de diálogo", ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 116-128.
97. Para a nossa concepção de *dialógica jurídica*, em oposição à conhecida *dialética jurídica*. Ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 130-132.
98. Erik Jayme. *Op. cit.*, p. 259.
99. Carlos Weis. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34.

direitos humanos. Os chamados direitos **implícitos** são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito do segundo momento da primeira compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem de passar o direito doméstico para que, somente assim, este sobreviva.

3.2. Os direitos previstos nos tratados comuns

Para que a produção do direito doméstico crie norma jurídica hábil a valer no plano do direito interno, será necessária, para além da primeira compatibilização vertical material – (a) da Constituição e (b) dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte –, uma **segunda** conformidade vertical, dessa vez da norma infraconstitucional com os tratados internacionais **comuns** em vigor no país. Esta segunda conformidade das leis com os tratados comuns deve existir pelo fato de estarem tais instrumentos internacionais alçados ao nível **supralegal** no direito brasileiro.[100] Norma **supralegal** é aquela que está acima das leis e abaixo da Constituição. Trata-se, justamente, da posição em que se encontram tais instrumentos (**comuns**) no nosso direito interno.

A compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns faz-se por meio do chamado controle **de supralegalidade**. Não se trata de controle de **convencionalidade** pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com aos tratados **de direitos humanos**, que têm índole e nível constitucionais. Também não se trata de controle de **legalidade**, pelo fato de não estar em jogo a compatibilidade de norma **infralegal** com uma lei ordinária (*v.g.*, a compatibilidade de um **decreto** com uma **lei**). No caso dos tratados internacionais comuns, estes estão **abaixo** da Constituição, mas **acima** das leis internas. Assim, eles passam a servir de paradigma de **supralegalidade** das normas domésticas, as quais também serão **inválidas** se violarem suas disposições.

Infelizmente, não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer menção ao nível hierárquico dos tratados internacionais comuns. Os únicos dispositivos que existem no texto constitucional de 1988 a consagrar uma prevalência hierárquica a tratado internacional são os §§ 2º e 3º do art. 5º, aos quais já nos referimos. De resto, a Constituição brasileira fica no silêncio, não obstante consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, III, *b*, CF). Pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas **supralegal**) a tais instrumentos. Assim, em relação aos tratados

100. Para detalhes, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 339-343.

comuns o entendimento passa a ser o de que a lei interna não sucumbe ao tratado por ser ele **posterior** ou **especial** em relação a ela (pela aplicação daqueles critérios **clássicos** de solução de antinomias), mas sim em decorrência do *status* de supralegalidade desses tratados no plano doméstico. Nesta ordem de ideias, a **lei posterior** seria **inválida** (e, consequentemente, **ineficaz**) em relação ao tratado internacional, que não obstante **anterior** é hierarquicamente **superior** a ela.[101]

São vários os dispositivos da legislação brasileira que garantem a autenticidade da afirmação de estarem os tratados comuns alçados ao nível supralegal no Brasil. Tomemos como exemplo o art. 98 do CTN, que assim dispõe: "*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*."[102]

Na redação do art. 98 do CTN os tratados em matéria tributária **revogam ou modificam** a legislação tributária interna, mas não poderão ser revogados por legislação tributária posterior, devendo ser **observados** por aquela (legislação tributária) **que lhes sobrevenha**. A disposição versa sobre tratados em matéria tributária, que são tratados **comuns**, salvo o evidente caso de o instrumento internacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderão (mas esta hipótese é excepcional) ser considerados como tratados veiculadores de direitos fundamentais.

De qualquer forma, o certo é que os tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia **superior** às leis (sejam elas ordinárias ou complementares): (a) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas **materialmente constitucionais** – art. 5º, § 2º – ou **material e formalmente constitucionais** – art. 5º, § 3º); e (b) os tratados comuns têm nível *supralegal* por estarem abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

O problema que visualizamos, em relação aos tratados **comuns**, diz respeito à falta de "cláusulas de diálogo" em seus textos, à diferença do que ocorre com os tratados de direitos humanos, que sempre trazem dispositivos no sentido de **não excluir** a aplicação do direito doméstico (ainda que em detrimento do próprio tratado) quando a norma interna for **mais benéfica** aos direitos da pessoa em causa, em consagração ao princípio internacional *pro homine*. Neste caso, parece certo que os critérios tradicionais de solução de antinomias (o **hierárquico**, o da **especialidade** e o **cronológico**) não têm aptidão para resolver os conflitos entre normas internacionais de **direitos humanos** e as normas de direito interno veiculadoras de **direitos fundamentais**, devendo eles serem resolvidos pela aplicação do **diálogo das fontes**, quando o juiz **escuta** o que as fontes (internacionais e internas) dizem e as **coordena** para aplicá-las

101. Ver, por tudo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. rev., e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001, p. 121-123.
102. Para uma análise detalhada deste dispositivo, no que tange à questão das isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 350-353. Cf., ainda, Valerio de Oliveira Mazzuoli. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *RF* 390/583-590, ano 103. Rio de Janeiro: mar.-abr. 2007.

(com **coerência**) ao caso concreto.[103] E esta **conversa** entre as fontes internacionais de direitos humanos e as fontes internas sobre direitos fundamentais é veiculada por meio dos próprios **vasos comunicantes** (ou **cláusulas de diálogo**) previstos tanto nas normas internacionais (v.g., o art. 29, *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) quanto nas normas internas (v.g., o art. 5º, § 2º, c/c art. 4, II, da CF/1988).

Portanto, de volta ao caso dos tratados **comuns**, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais do direito interno devem ser resolvidos pelo critério **hierárquico**.[104] Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível **supralegal** no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado enquanto este vincular o Estado.[105] Eis aqui a aplicação do **controle de supralegalidade** das normas de direitos domésticos em relação aos tratados internacionais comuns.

A solução para este caso é encontrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte "não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".[106] O "direito interno" referido pela Convenção de Viena de 1969 é, evidentemente, **todo** o direito interno (inclusive a Constituição) do Estado.[107] Contudo, à medida que se entende que os tratados comuns **cedem** ante a Constituição, tal dispositivo passa a ser interpretado como os temperamentos que o Direito Constitucional lhe impõe.[108]

4. Considerações finais

O que se pode concluir, ao fim e ao cabo desta exposição teórica, é que o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas

103. Cf. Erik Jayme. *Op. cit.*, p. 259.
104. Muitos autores que versaram a *teoria geral do direito* não cuidaram desse problema quando do estudo da hierarquia das fontes jurídicas. Assim, com nenhuma palavra sequer a esse respeito, Francesco Carnelutti. *Op. cit.*, p. 162-167.
105. Cf. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. *Op. cit.*, p. 123.
106. Não cabe aqui um estudo deste dispositivo. Para tal, ver Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 225-230.
107. Cf. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. *Op. cit.*, p. 120.
108. Sobre tais temperamentos já escrevemos em outra obra: "(…) a regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da Constituição) para justificar o inadimplemento desse tratado. (…) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 1º e 3º). Quanto aos demais tratados, pensamos que eles cedem perante a Constituição, por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea *b*). Somente na falta desse comando constitucional é que a regra *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de *todos* os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados, e dado que não há no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infraconstitucional a tais tratados, ainda que supralegal" (Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 226-229).

infraconstitucionais, que é o **controle de convencionalidade** das leis, tema que antes da EC 45/2004 era totalmente desconhecido entre nós.

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: (a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e (b) os tratados internacionais comuns (2ºlimite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, no que toca aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5º, § 3º, da CF/1988 prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente **difuso** de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle **concentrado** (para além, é claro, do **difuso**) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a ação direita de inconstitucionalidade previstos no art. 103 da CF/1988 proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que **compatível** com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle **de supralegalidade** das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

26

A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais

Ingo Wolfgang Sarlet*

Introdução. 1. O § 3° do art. 5° da CF e os principais aspectos de ordem procedimental no que diz com a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. 2. O problema da hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira. 3. Notas sobre o assim chamado de convencionalidade no Brasil e o exemplo dos tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais.

Introdução

As relações entre a Constituição (mas também do direito interno dos Estados em geral) e a ordem jurídica internacional seguem merecendo lugar de destaque na pauta política e jurídica, seja no Brasil, seja no exterior. Com efeito, ainda mais no âmbito de um Mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado), constituem demandas prioritárias. Neste contexto, à vista da abrangência do tema, optou-se aqui por desenvolver (revisitando textos anteriores de nossa autoria!) apenas um aspecto da problemática, qual seja, o da relação entre a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais nela consagrados e os direitos humanos previstos

* Doutorado e Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS. Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito (RS).

nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, contexto no qual assume cada vez maior relevância (embora por ora ainda mais teórica do que prática) a noção do que se costuma designar – a partir da proposta feita no Brasil por Valerio Mazzuol,[1] de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos.

Como é notório, tal problemática gerou acirrada controvérsia na comunidade jurídica brasileira, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (doravante referida como CF) com a previsão, no § 2º do art. 5º, de que os direitos expressos na Constituição também abrangem os constantes dos tratados internacionais, registrando-se uma nova fase do debate quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do art. 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da EC 45 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, que, consoante farta doutrina, consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional,[2] inclusive no que concerne aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, temática que tem sido amplamente versada na literatura, além de ter propiciado acirrado debate, especialmente no que diz com a hierarquia dos tratados em relação ao ordenamento jurídico interno.

Considerando, portanto, o teor do "novo" dispositivo (no caso, o § 3º do art. 5º), não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada a discussão tenha assumido novos contornos, acompanhada de grande variedade de posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até problemas vinculados ao novo processo de incorporação e aspectos atinentes à hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, de modo especial – no que toca ao tema ao qual se dedica a presente obra coletiva – no que diz com a possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário realizar o controle da compatibilidade da normativa interna brasileira com os tratados de direitos humanos.

1. Valerio de Oliveira Mazzuoli. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2009.
2. Sobre o tema, ver, dentre outros, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78 e ss.

No que toca ao roteiro a ser percorrido, iniciaremos (capítulo 2) com algumas considerações sobre o significado do § 3º do art. 5º da CF, para, na sequência (capítulo 3), discorrermos especificamente sobre o problema da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira e a sua condição como parâmetros de um controle de convencionalidade, fechando o texto (capítulo 4) com algumas considerações finais e conclusões de caráter ainda precário, especialmente tendo em conta a novidade do tema, que salvo de forma isolada ainda sequer foi objeto de experimentação pelos órgãos do Poder Judiciário. Além disso, antes de adentrarmos o exame da matéria propriamente dita, importa agregar que muito embora a problemática aqui versada diga respeito a todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ela pode apresentar peculiaridades, que dizem respeito tanto à fonte da qual emana o tratado internacional, quanto à natureza dos direitos humanos, visto que, a despeito da adoção do critério da indivisibilidade e universalidade, não se pode desconsiderar que existem aspectos que implicam um olhar teórico e prático distinto, seja na perspectiva da ordem internacional, seja na perspectiva do direito interno de cada Estado, ainda mais quando se leva em conta que tanto ainda existem países que não consagram direitos sociais, econômicos e culturais nas suas respectivas constituições, quanto existem países – como é o caso precisamente do Brasil – que contemplam um catálogo tão generoso de direitos sociais, a ponto de agasalhar direitos no plano interno que sequer foram objeto de positivação em nível supranacional.

1. O § 3° do art. 5° da CF e os principais aspectos de ordem procedimental no que diz com a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos

A EC 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao art. 5º da CF. Tal preceito – para além de reforçar (pelo menos no que diz com o direito constitucional positivo) a corrente distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais a partir do seu respectivo plano de reconhecimento e proteção jurídico-positivo[3] – acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental, em primeira linha) dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º (de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacionais), pode ser compreendida como assegurando – **em princípio e em sendo adotado tal procedimento** – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no

3. Sobre esta distinção, adotada com base nas diferenças entre o plano internacional de positivação (direitos humanos) e o plano constitucional (direitos fundamentais) ver o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*..., p. 27 e ss.

plano das convenções internacionais. Que tal exegese, como se pode perceber desde logo, não representa a única possível é o que, a exemplo de outros, nos propomos a enfrentar com particular atenção neste segmento, ainda que sem a pretensão de esgotar as diversas alternativas hermenêuticas disponíveis. Por outro lado, importa destacar que em função da relação com a questão da hierarquia dos tratados uma vez regularmente incorporados, destacamos que aqui estaremos privilegiando aspectos atinentes ao procedimento e os principais problemas correlatos.

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável – por mais sedutora que seja tal tese – que, por força da EC 45, todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro (no caso, referimo-nos aos tratados aprovados antes da entrada em vigor da EC 45) possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição.[4] Em sentido diverso, há quem defenda a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido de bens jurídicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social) – como se tivessem sido incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas constitucionais, assegurando-lhes a respectiva supremacia normativa, no âmbito do que se costuma designar de recepção material.[5]

Tal entendimento como ainda teremos oportunidade de ver ao longo da exposição subsequente, dificilmente se revela como sustentável,[6] considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar – ainda que pressuponha diferença de rito e quorum de aprovação distinto – não pode, salvo melhor juízo, ser transposta automaticamente para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das leis (ordinárias e complementares), isto sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorre com as leis. Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção –, há como

4. Neste sentido, registra-se a posição de, Flávia Piovesan. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesus Lora Alarcon (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada.* São Paulo: Método, 2005, p. 72.
5. Cf. André Ramos Tavares. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*: (des)estruturando a justiça. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48; e, também, José Carlos Francisco. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesus Lora Alarcon (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada.* São Paulo: Método, 2005, p. 103-105.
6. Ver, justamente neste sentido, o enfático pronunciamento de Flávia Piovesan, "Reforma do judiciário e direitos humanos", *op. cit.*, p. 72.

sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, **já possuem hierarquia constitucional** por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF)[7] também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional – caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º,[8] linha argumentativa que nos parece mais sólida. Em caráter complementar, a tese da recepção acima referida esbarra na circunstância de que o Congresso Nacional, ao aprovar a Convenção sobre os direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais, o fez valendo-se do instrumento do Decreto Legislativo (no caso, o DL 186/2008), mas observados os requisitos do art. 5º, § 3º, da CF, tudo a indicar que a tese da equivalência (pelo menos no plano formal) dos Decretos Legislativos anteriores e os que forem aprovados mediante observância do novo regime criado pela EC 45, há de ser – no mínimo! – submetida ao crivo do contraditório.

Há que observar, nesse contexto, que a recepção – como sendo equiparáveis às emendas constitucionais – dos tratados anteriores, acabaria, em determinadas circunstâncias e a depender da interpretação imprimida no âmbito da jurisdição constitucional, sendo até menos vantajosa do que a chancela de sua condição de normas materialmente constitucionais, já que, como voltaremos a discutir mais adiante, poderiam ser objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, se este vislumbrasse uma ofensa aos limites materiais à reforma constitucional. Assim, como afirma Flávia Piovesan, quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no art. 5º, § 3º, da CF, em relação a estes se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF.[9] Tal interpretação, mormente se compreendida isoladamente, não representa – a despeito de sua correção – um avanço significativo, além de ser – como oportunamente adverte André Ramos Tavares – bastante problemática, especialmente se com isso se estiver pretendendo fundamentar a constitucionalidade dos tratados apenas no § 3º do art. 5º da CF, e não – como deveria ser – com base no § 2º do mesmo dispositivo, este introduzido pelo Constituinte de 1988.[10] Pelo menos, consideramos que tais argumentos devem ser levados a sério.

O fato é que independentemente do problema da hierarquia dos tratados incorporados pelo sistema praticado até a EC 45 – do qual voltaremos a nos ocupar mais adiante – restam, notadamente em função da redação § 3º do art. 5º, uma série de questões a serem solvidas e que aqui serão apenas anunciadas e analisadas em caráter

7. Nesse sentido, v., por todos e por último, Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed., São Paulo: RT, 2012, p. 386.
8. Nesse sentido, precisamente a conclusão de Valerio de Oliveira Mazzuoli. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre, jun. 2005, p. 321.
9. Cf. Flávia Piovesan. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*, *op. cit.*, p. 72.
10. Cf. André Ramos Tavares. Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88..., *op. cit.*, p. 42.

ilustrativo e essencialmente especulativo, visto que boa parte das questões segue controversa na doutrina, ao passo que na jurisprudência pouco se decidiu sobre o tema, salvo no que diz com a hierarquia dos tratados.

Apontando um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional (sem prejuízo da inclusão de direito constitucional apenas em sentido material, como é o caso do costume constitucional), que, em seu conjunto, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga (pelo menos por ora) força normativa superior e vinculante ao Preâmbulo da Constituição.[11]

Por outro lado, argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados.[12]

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da alegada inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo ("os tratados que forem incorporados..."), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser encarado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no art. 4º da nossa Lei Fundamental.

11. Neste sentido, novamente, José Carlos Francisco. *op. cit.*, p. 99-101.

12. Neste sentido, mencionando a existência de um anacronismo e apontando para a "duvidosa constitucionalidade" da alteração efetuada pela EC 45, ver a opinião do advogado criminalista e professor da Universidade de Brasília, Aldo de Campos Costa. *Direitos humanos*. Disponível em: http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_campos/aldo_01.htm. Acesso em: 12/02/06. De forma mais enfática, ver LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro Lopes. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157. Acesso em: 12/02/06. Na mesma linha, Luís Fernando Sgarbossa, *In*: *A emenda constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. (disponível em: http://www1.jus.com.br/ doutrina/texto.asp?id=6272. Acesso em: 11/02/06), condena o fato de ter havido frustração da intenção do Constituinte no sentido de assegurar a inclusão automática dos direitos humanos no catálogo constitucional.

Com relação a este aspecto, parece-nos que há espaço para uma interpretação sistemática amiga do caráter cogente do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se de interpretação em princípio afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, habitualmente incorporados por Decreto Legislativo e aprovados pro maioria simples, de modo a assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que, a partir da promulgação da EC 45, a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso previsto no § 3º do art. 5º da CF.

Quanto à objeção de que com isso estar-se-ia a dificultar a incorporação dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação) há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado (para usar a terminologia mais habitual) resta enrobustecida a legitimação democrática desses direitos, o que, por sua vez, concorre para a sua maior força normativa – em suma, para uma pretensão de eficácia e efetividade reforçadas – indispensável também para reforçar a posição do nosso país em face da comunidade internacional.

A importância de uma reforçada legitimidade democrática assume ainda maior relevo em se considerando que, uma vez incorporados por via de emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catálogo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assumem a condição – pelo menos é isso que se advoga[13] – de limites materiais à própria reforma, sendo, após, insuscetíveis de supressão e esvaziamento, ainda que por nova emenda constitucional. Com isso – é bom que se frise –, não se está evidentemente a dizer que os direitos previstos nos tratados já incorporados antes da EC 45 não estejam protegidos na perspectiva dos direitos fundamentais, visto que, embora não possam ser objeto de abolição direta por uma emenda (de vez que materialmente constitucionais e pelo fato de as emendas serem instrumentos de mudança formal da Constituição, exigindo, portanto, sempre alguma alteração no plano textual), reclamam proteção contra limitações e retrocessos de toda ordem, por conta de seu núcleo essencial e da incidência dos demais limites às limitações de direitos fundamentais, temática que aqui, todavia, não poderá ser mais desenvolvida. Importa destacar, todavia, que na linha da argumentação aqui desenvolvida, há quem questione a possibilidade de

13. Cf., por exemplo, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77 (a autora mantém substancialmente sua posição na última edição da obra, a 13ª, publicada em 2012 pela mesma Editora).

tratados internacionais, ainda que aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, CF, possam assumir a condição de "cláusulas pétreas", visto que, no sistema internacional, cabível a denúncia dos tratados, o que somente poderia ser contornado se, quando da aprovação, tal possibilidade fosse excluída pelo Congresso Nacional.[14]

Analisando a questão de modo crítico, Valerio de Oliveira Mazzuoli observa, todavia, que por meio da incorporação por mecanismo considerado como equivalente às emendas da constituição, a reforma constitucional daí resultante poderia até mesmo piorar a proteção de direitos fundamentais, notadamente quando a nossa Constituição for mais benéfica, sendo preferível que se admitisse pura e simplesmente a condição de norma constitucional (sem previsão do rito) de modo a sufragar a posição de acordo com a qual deverá ser dada prevalência à norma mais favorável à pessoa humana.[15] Tal argumentação, conquanto bem articulada, há de ser tomada com certa reserva. Com efeito, se o tratado resultar necessariamente (portanto, não sendo viável uma interpretação conforme a Constituição) em uma situação pior para a pessoa humana do que a decorrente do nosso sistema constitucional positivo, não haverá de se incorporar o tratado neste particular, já que violador de "cláusula pétrea" de nossa Constituição, não sendo – no nosso sentir – juridicamente relevante o argumento de que tal análise demandaria demasiado trabalho (resultante de uma investigação de todos os projetos tramitando no Congresso), notadamente pelo fato de que o juízo definitivo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) deverá ocorrer no âmbito do controle jurisdicional repressivo (ou, em caráter excepcional, preventivo), sempre à luz de um determinado instrumento legislativo e tendo por base a parametricidade da nossa Constituição. O que poderá resultar problemático é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais preferir o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das "cláusulas pétreas", situação que, embora deva ser rara, não é de se excluir. Aqui o problema, novamente, conecta-se com uma adequada exegese do sentido e alcance da inovação – sem dúvida problemática, como se percebe – trazida pela EC 45. Como se cuida de tópico relativo especialmente à hierarquia dos tratados, voltaremos a nos manifestar sobre este aspecto logo adiante.

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF poderia residir no daí decorrente reforço do argumento – já sustentado com base no art. 5º, § 2º, da CF – de que impossível (mesmo por emenda constitucional, como leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli) a denúncia do tratado por parte do Brasil, enrobustecendo não apenas a posição dos direitos humanos e agora também fundamentais no âmbito interno (desde que, é claro, se adote uma exegese que privilegie a força

14. André de Carvalho Ramos. "O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos", in: Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet (coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.
15. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli. *O novo § 3º do artigo 5º da Constituição e sua Eficácia*. *Op. cit.*, p. 323.

normativa desses direitos), mas também avança no concernente ao plano externo, das relações internacionais, enfatizando as vinculações assumidas pelo Brasil nesta seara.[16] Lembre-se, neste contexto, a pendência, no Supremo Tribunal Federal, de decisão sobre a necessidade de aprovação prévia por parte do Congresso Nacional da denúncia do tratado pelo Presidente da República,[17] o que se aplicaria – tal qual sustentado pelos autores da impugnação da denúncia presidencial no caso referido – inclusive a tratados incorporados antes da inserção do § 3º no art. 5º da CF, já que não faz sentido que para a incorporação do tratado seja indispensável a aprovação pelo Congresso e para uma posterior denúncia se possa dispensar a intervenção do Legislativo. Note-se que além de o texto constitucional não conter nenhuma disposição que expressamente afaste esta interpretação, ela, pelo menos no concernente aos tratados de direitos humanos, resulta de uma interpretação sistemática calcada tanto no art. 4º II (que dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais) quanto no art. 5º, § 2º, da CF, além de amparada no princípio democrático e, a depender da hipótese, no assim designado princípio da proibição de retrocesso, incidente também no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos.[18] Todavia, como já referido, coloca-se a indagação sobre o fato de os tratados poderem ser objeto de denúncia pelos Estados pactuantes, o que, portanto, o próprio Congresso Nacional, ao aprovar o tratado, teria de expressamente excluir a possibilidade de denúncia. Aliás, no que diz com a denúncia dos tratados, segue dormitando no Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento, a ADI 1625, distribuída em 19/06/1997, no bojo da qual se questiona a constitucionalidade da denúncia dos tratados de direitos humanos pelo Presidente da República, quando, segundo a tese esgrimida na ADI, a denúncia deveria ser autorizada pelo Congresso Nacional.

Ainda no concernente ao procedimento, consoante aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli, existe questão relativa ao momento da incorporação pelo rito mais rigoroso, já que o § 3º do art. 5º da CF não suprimiu a fase prevista no art. 49, inc. I, da CF, de

16. Ver, dentre outras, a argumentação bem sustentada por Valerio Mazzuoli, *op. cit.,* p. 325 e segs., destacando, com perspicácia, que, uma vez incorporada pelo rito introduzido pela EC 45, a denúncia passaria a acarretar (ao contrário do que poderia ocorrer no sistema do art. 5º, § 2º) a responsabilização do denunciante. No mesmo sentido, já discorrendo sobre a EC 45, consultar André Ramos Tavares, *op. cit.,* p. 44, bem como as igualmente pertinentes ponderações de George Rodrigo Bandeira Galindo, *op. cit.,* p. 15-16. Para além dos autores já referidos, importa destacar, dentre a doutrina que já vinha, mesmo antes da EC 45, sustentando a impossibilidade de denúncia dos tratados em matéria de direitos humanos e sua condição de "cláusulas pétreas", ver também Alexandre Pagliarini, *Constituição e Direito Internacional, Cedências Possíveis*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 211 e ss.

17. V. ADI 1625, Relator Ministro Maurício Corrêa (substituído pelo Ministro Eros Grau), onde se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção nº 158 da OIT.

18. Cf., entre nós e por todos, André de Carvalho Ramos. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243. No âmbito da doutrina estrangeira, ver especialmente Victor Abramovich; Christian Courtis. Los *derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 92 e ss., embora priorizando, no contexto da obra, os direitos sociais. Sobre a proibição de retrocesso no direito constitucional, enfatizando uma perspectiva compatível com a ordem jurídica nacional, ver também o nosso já referido *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 434 e ss.

tal sorte que a aprovação da emenda de incorporação deverá sempre ser posterior à ratificação (portanto, pressuposta também a celebração pelo Presidente da República, a teor do art. 84, inc. VIII, da CF) do tratado regularmente vigente no âmbito internacional.[19] Como igualmente aponta o referido autor, compromete a segurança jurídica (nacional e internacional) e os princípios que regem as relações internacionais deixar ao alvedrio do legislador nacional a escolha de optar, ou não, pela outorga do *status* de emenda constitucional aos tratados,[20] o que justamente parece representar, ao fim e ao cabo, mais um argumento em prol da obrigatoriedade do novo procedimento, a partir da entrada em vigor da EC 45.

Em sentido diverso, todavia, há como sustentar – e o amor ao debate nos faz tomar a liberdade de invocar o argumento – que nada impede o legislador nacional (em especial mediante proposta de emenda constitucional) de, mesmo que o tratado internacional não esteja ainda em vigor, por falta das ratificações necessárias, inserir no seu sistema interno direitos humanos reconhecidos por determinado tratado, muito embora aqui não se trate da aprovação do tratado como um todo, mas sim, da constitucionalização de determinado direito ancorado em tratado internacional, mas que sempre pode ser reconhecido como fundamental pelas constituições. Basta olhar para a CF, para que se perceba que nela foram consagrados direitos fundamentais já positivados em tratados internacionais, embora tais tratados ainda não tivessem sido, à época, definitivamente incorporados ao direito interno, como é o caso da Convenção de São José da Costa Rica e dos Pactos Internacionais de 1966.

Além disso, agora no tocante ao problema da iniciativa legislativa e da participação do Presidente da República no procedimento, há que considerar, ainda, a ressalva – apontada por André Ramos Tavares[21] – no sentido de que, justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação e que implica automática submissão ao Congresso Nacional) a iniciativa do processo de emenda constitucional, haverá de ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República, pelo fato de que este detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado, quanto a prerrogativa da iniciativa das emendas constitucionais (art. 60, inciso II, da CF), dispensada, contudo, a ratificação presidencial, de vez que as emendas entram em vigor a partir de sua promulgação pelo Congresso Nacional (art. 60, § 3º, da CF). Cumpre notar, ainda, que tal exegese, de certo modo, parece reforçar os argumentos em prol do caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais.

Em que pese tal linha argumentativa, também aqui há como divergir, visto que o art. 5º, § 3º, CF, não exige que a aprovação se proceda no âmbito de projeto de

19. Cf. Valerio Mazzuoli, *op. cit.,* p. 316 e segs.
20. Ibidem, p. 319.
21. Cf. André Ramos Tavares, *op. cit.,* p. 45.

emenda constitucional (basta relembrar o caso emblemático do DL 186/2008), mas também não impede que outro dos legitimados para apresentar um projeto de emenda constitucional o possa fazer, ainda mais que o art. 5º, § 3º, CF não exige a utilização de determinada figura do processo legislativo.[22]

Guarda conexão com esse aspecto, a tese – oportunamente invocada por George Galindo – de que limitar a iniciativa das emendas dispondo sobre tratados em matéria de direitos humanos ao Presidente da República acabaria tornando unilateral a "qualificação" de um tratado como sendo de direitos humanos, já que ao Congresso Nacional caberia apenas aprovar ou rejeitar o *status* privilegiado do tratado e não se pronunciar sobre sua qualidade como tratado de direitos humanos, prejudicando a desejável pluralidade deste processo de qualificação.[23]

Retomando a indagação a respeito da obrigatoriedade do rito estabelecido no § 3º do art. 5º, CF, verifica-se que muito embora o texto, como já frisado, sugira o caráter facultativo, o fato é que o Congresso Nacional, a exemplo do que ocorreu com o DL 186/08, deverá, s.m.j., seguir adotando tal procedimento, o que também corresponde à percepção de José Francisco Rezek, de acordo com passagem que passamos a transcrever:

> Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde a sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional.[24]

Assim, ainda que sem pretensão de esgotamento, abordados alguns dos principais problemas atinentes aos aspectos formais (procedimentais) da incorporação, resta discorrer brevemente sobre a questão da hierarquia dos direitos fundamentais (já incorporados ao texto constitucional) em relação ao direito interno, seja ele constitucional ou infraconstitucional, de modo a enfrentar, na sequência, o problema do assim chamado controle de convencionalidade com base especialmente nos tratados de direitos sociais, econômicos e culturais.

22. No mesmo sentido v. agora também André de Carvalho Ramos. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Op. cit.,* p. 13, sugerindo que o Congresso Nacional poderá adotar o rito mesmo "*ex officio*", posição que já sustentamos desde a nossa primeira manifestação sobre o tema, já se vão alguns anos.
23. Cf. observações enviadas ao autor do presente ensaio pelo articulista referido mediante correspondência eletrônica.
24. Cf. José Francisco Rezek. *Direito Internacional Público. Curso Elementar.* 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132-33.

2. O problema da hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira

No que diz respeito à posição hierárquica ocupada pelos tratados em matéria de direitos humanos em relação ao direito interno, questão que de há muito tem ocupado doutrina e jurisprudência entre nós, é possível afirmar que o novo § 3º representou um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia constitucional equivalente a das emendas constitucionais, distinta da hierarquia supralegal atualmente consagrada pelo STF (que refutou, por maioria, a hierarquia constitucional), visto que neste caso os tratados prevalecem sobre qualquer lei interna, mas seguem cedendo em face da CF. De outra parte, também é correto afirmar que com isso ainda não foi resolvida (pelo menos não como tem anunciado alguns entusiasmados defensores da reforma) a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o texto constitucional originário. Convém relembrar, especialmente nesta quadra, que as emendas constitucionais sempre podem ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas **cláusulas pétreas** da nossa Constituição, que, consoante vitoriosa doutrina, abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, § 4º), quanto os limites materiais implícitos, mesmo que não se verifique um consenso em relação a qual exatamente a abrangência dos assim designados limites materiais implícitos.

Ainda que se parta do pressuposto de que uma eventual restrição ou ajuste do conteúdo dos limites materiais não necessariamente enseja uma inconstitucionalidade da emenda (aplicando-se a tese da imunidade apenas do núcleo essencial de cada princípio ou direito fundamental)[25] é certo que a possibilidade de conflito é real, já que inevitáveis inclusive colisões entre os próprios direitos fundamentais originariamente assegurados pelo Constituinte, bastando relembrar aqui – no concernente às relações entre tratados e Constituição – a tão discutida questão da prisão civil do depositário infiel e do duplo grau de jurisdição, entre outras possibilidades.[26] No mínimo, não se pode deixar de admitir a possibilidade de uma interpretação que venha a reconhecer um conflito insanável por uma interpretação conforme e que, por via de consequência, possa resultar em uma declaração de inconstitucionalidade de um ou mais aspectos do tratado (veiculado por Decreto Legislativo e com valor de emenda constitucional) por violação das **cláusulas pétreas**.

Seguindo esta linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há como falar, ainda mais no contexto dos direitos fundamentais, de uma hierarquia abstrata – mesmo para muitos dos que aceitam a distinção – entre normas formalmente (e, em regra, também materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente

25. Sobre o ponto, ver o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 428 e segs.
26. Cf. também a lembrança de George Galindo, *op. cit.*, p. 11 e ss.

constitucionais,[27] a própria incorporação mediante o procedimento previsto no § 3º, do art. 5º, CF, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior. Com efeito, há que levar em conta que a prevalecer o argumento de que o reconhecimento da condição de materialmente constitucionais (e fundamentais!) dos direitos assegurados nos tratados, em função especialmente da abertura expressamente consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, por si só – como já sinalado – já asseguram a hierarquia constitucional aos tratados em matéria de direitos humanos, o recurso ao § 3º do art. 5º não seria apenas desnecessário, mas, admitindo-se uma declaração de inconstitucionalidade da emenda pelo simples fato de contrastar com os limites matérias ao poder de reforma da Constituição, até mesmo desvantajoso. É que em se partindo de uma equivalência (também em termos de hierarquia normativa) entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados por norma infraconstitucional, mas com *status* de materialmente constitucionais, como, de resto, advogado pela doutrina majoritária, haveriam de ser observados, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios e critérios que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, que exigem uma exegese sistemática e pautada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa,[28] aspecto que será retomado logo a seguir.

De qualquer modo, há de ser levado a sério o argumento de que mediante o cumprimento do disposto no § 3º do art. 5º da CF os tratados assim incorporados teriam um regime jurídico mais forte (*status* de emenda constitucional) do que os tratados anteriores, os quais, a prevalecer a atual orientação do STF, gozam de hierarquia supralegal, sem prejuízo, contudo, da possibilidade de uma interpretação que, ao fim e ao cabo, assegure uma paridade em termos de hierarquia. Por outro lado, o dispositivo introduzido pela EC 45 pode ser compreendido como buscando reforçar o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar

27. Cf., por todos, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v. IV p. 09, bem lembrando que em favor das normas formalmente constitucionais (o que se aplica também às normas de direitos fundamentais) vigora, por assim dizer, uma presunção de materialidade constitucional, entendimento que, embora não uníssono, corresponde – ainda que com variações no que diz com a formulação e fundamentação – à posição dominante, notadamente no que se rechaça a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. De qualquer sorte, em que pese a sua relevância, cuida-se de discussão que não temos como adentrar nesta ocasião.

28. Nesse sentido, dentre tantos e limitados aqui ao universo da doutrina especializada (direito internacional), v. as já clássicas lições de Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I (notadamente p. 409 e ss., destacando a mudança de paradigma ocorrida com a posição central da pessoa humana também no contexto das relações internacionais) e Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,* 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91 e ss., assim como os qualificados aportes de George Rodrigo Bandeira Galindo*, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 314 e ss., e Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira,* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, (que retoma e atualiza o tema no seu recente e alentado *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.,* p. 386 e ss.).

na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo § 3º do art. 5º da CF.

Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são três as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: (a) hierarquia (equivalente) de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do art. 5º da CF; (b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; (c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Retomando a evolução no que diz com a discussão sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos, nunca é demais lembrar que a tese da paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos (tese advogada de há muito por expressiva doutrina e mesmo acolhida por parte dos Ministros do STF) é anterior à EC 45 e encontra sustentação já no teor do § 2º do mesmo artigo, que, na sua condição de norma inclusiva, consagrando a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, já vinha – e a doutrina já colacionada em prol da hierarquia constitucional assim já o sustenta há tempos – sendo interpretado como recepcionando os direitos humanos oriundos de textos internacionais na condição de materialmente constitucionais.

De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.[29] Entendimento diverso, mesmo em que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos – criando uma "duplicidade de regimes jurídicos".[30]

Nesta quadra, embora o reconhecimento, pelo STF, da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, com prevalência, em caso de conflito, da solução preconizada pela Constituição, não há como transigir – no nosso sentir – com a noção de

29. Cf., por todos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, *Op. cit.*, p. 88 e ss., bem como p. 145 e ss.
30. Cf., por todos, Valerio Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público. Op. cit.*, p. 386.

que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionalmente assegurados e que não podem estar sujeitos a uma livre disposição por parte das maiorias legislativas, pena de contradição insuperável. Se por um lado é certo que não se deve negligenciar, como oportunamente lembrou o Ministro Gilmar Mendes, que "a sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia abri uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna", pois – assim prossegue o Magistrado e Jurista – "o risco de normatizações camufladas seria permanente",[31] não é, de outra parte, menos correto afirmar que tal argumento, por si só, não poderia ter o condão de deslegitimar a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e Constituição. Com efeito, mesmo a possível multiplicação das hipóteses de conflitos entre os direitos consagrados na Constituição e os direitos – com igual dignidade normativa – assegurados nos tratados de direitos humanos, não poderia sustentar a tese da hierarquia infraconstitucional (ainda que – pelo menos – supralegal) destes tratados. Eventuais distorções – assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art. 5º, § 2º) – haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação, e proporcionalidade.

Também o argumento de que a expressa referência de que cabe Recurso Extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional importa em exegese excludente da hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos e implique em controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo que não o extraído diretamente da Constituição originária não convence. Em primeiro lugar, pelo fato de que se uma regra de competência em matéria recursal indica a possibilidade deste controle em matéria de tratados isto não significa necessariamente que esta seja uma solução para todo e qualquer tratado e que o próprio sistema constitucional, como evidentemente o fez com a redação outorgada ao § 2º do art. 5º, não possa prever exceções. Também esta norma de competência desafia interpretação afinada com a "*ratio*" e o "*telos*" de outras disposições constitucionais e da ordem constitucional em seu conjunto. Em segundo lugar, pela circunstância de que nada impede que paralelamente ao direito constitucional em sentido também formal não possam existir normas materialmente constitucionais e que, ainda mais por força de dispositivo constitucional expresso, recebam igual valor normativo.

Por outro lado, para afastar o argumento de que mesmo vindo a prevalecer a tese da hierarquia constitucional, remanesceria problemática a situação envolvendo eventual conflito entre os tratados incorporados por emenda ou pelo procedimento

31. Cf. passagem do seu voto no RE 466.343-1, São Paulo, p. 06.

estabelecido pelo § 3º do art. 5º e as assim chamadas cláusulas pétreas da Constituição, já que, nesta hipótese, poderia a nossa Corte Suprema declarar a inconstitucionalidade da emenda que incorporou o tratado. Embora correto o argumento, igualmente não nos parece que esta seja a única conclusão possível, ainda mais em se privilegiando uma exegese teleológico-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, inciso II) e, de modo especial, de uma leitura conjugada do conteúdo normativo dos arts. 5º, § 2º, e 5º, § 3º, todos da CF. Nesse sentido, há que destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional a todos os direitos fundamentais, já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também – e acima de tudo – a serem todos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de serem também formalmente constitucionais, em especial quando incorporados por emenda constitucional e mesmo pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF (com estatuto equivalente ao das emendas).[32] Assim sendo, tais tratados receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado), seja quanto ao fato de – ainda que não mediante alteração de dispositivos da Constituição – passarem a integrar a Constituição formal, seja quanto ao fato de enrobustecerem a (controversa, como já se viu na parte relativa ao processo de incorporação!) tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer.

Com isso, caso chancelada a posição de que sempre todos os direitos humanos sediados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional – compreendido sempre no sentido de igual dignidade constitucional dos direitos humanos e fundamentais – eventual situação de conflito (neste caso mesmo em se cuidando de contraste entre emenda incorporadora de tratados de direitos humanos e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas diretrizes hermenêuticas já referidas, tendo como norte a solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de uma vez – e, convém que assim o seja – referida neste ensaio.[33]

32. Neste sentido, a posição sustentada, entre outros, especialmente por Piovesan, *op. cit.*, p. 72-73.
33. Que o acerto da premissa (também por nós adotada, cf. nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 148), não leva necessariamente – e por si só – à substancial inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em todo e qualquer caso, deve ser no mínimo objeto de maior digressão. Com efeito, em que pese o inequívoco acerto do Supremo Tribunal Federal (na já citada decisão proferida no RE 466.343-1) em reconhecer – finalmente – a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel por força de contratos de alienação fiduciária, acima de tudo se a partir dessa decisão ficar consagrada a noção de paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, há argumentos para que, em caráter excepcional, se possa justificar uma prisão civil do depositário infiel. No mínimo, já que existentes uma série de situações diversificadas, a decisão em prol da possibilidade (ou não) da prisão há que considerar as

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) – em entendendo de modo diverso – tivesse se limitado a expressamente chancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valerio Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa (s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós. Que uma posterior alteração do próprio § 3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para aprimorar e, portanto, reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir de estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

circunstâncias do caso concreto e a natureza do conflito entre direitos e princípios constitucionais. Assim, por exemplo, a própria ilegitimidade da prisão do depositário em casos de alienação fiduciária, como bem demonstra o voto exarado pelo Ministro Cezar Peluso (Relator), pode ser sustentada mesmo sem recurso ao direito internacional, apenas desqualificando a figura do depósito nos casos de arrendamento mercantil ou alienação fiduciária, já que quem não é depositário não poderia estar sujeito à sanção da prisão civil. O erudito e minucioso voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, investiu, com acerto, na aplicação do princípio da proporcionalidade, avaliando a questão do conflito entre direitos fundamentais e, com isso, apontado para uma solução mais genérica e apta a dar conta de todas as possíveis situações que envolvem a prisão do depositário e até mesmo eventuais problemas relacionados à prisão do devedor de alimentos. Certo é que se formos observar o que ocorre na hipótese específica do depositário judicial (por força de uma penhora, por exemplo), o conflito a ser considerado envolve, por um lado, tanto eventual direito fundamental do autor da ação (não necessariamente um direito meramente patrimonial) quanto a garantia fundamental do acesso à justiça efetiva (não meramente individual), ambas contrastando com o direito de liberdade do depositário infiel. O próprio argumento da dignidade da pessoa humana poderá, a depender das circunstâncias, socorrer até mesmo mais ao autor da ação. Por outro lado, nem sempre uma restrição (ainda mais temporária e em condições adequadas) da liberdade corresponde a uma violação da dignidade, pois se assim fosse nem mesmo a prisão penal, por mais dignas que fossem as condições de execução da pena, teria amparo constitucional. É evidente, de outra parte, como bem frisou o voto do Ministro Gilmar Mendes, que a prisão civil já será inconstitucional se puder ser considerada (como de fato haverá de ser na generalidade das situações) desproporcional, o que pode ocorrer mesmo que não se verifique concretamente uma violação da dignidade da pessoa. De qualquer sorte, se a linha argumentativa ora aberta (que, reitere-se, parte da premissa da dignidade constitucional dos tratados de direitos humanos) aponta para uma eventual possibilidade da prisão civil do depositário infiel, também é certo que tal possibilidade será sempre excepcional e condicionada tanto ao devido processo legal quanto à demonstração cabal da proporcionalidade da medida, naquilo em que uma restrição temporária da liberdade na esfera cível, de fato se revela como uma medida indispensável à salvaguarda de bem fundamental. Acima de tudo, porém, resulta evidente a necessidade de se investir mais na discussão do problema, considerando as peculiaridades de cada constelação fática e jurídica, seja qual for a tese vencedora.

Tecidas algumas considerações sobre o problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos, está preparado o terreno para, no próximo e último item, enfrentarmos, ainda que em caráter sumário, alguns dos aspectos que dizem respeito ao assim chamado controle de convencionalidade, com destaque para os tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais.

3. Notas sobre o assim chamado de convencionalidade no Brasil e o exemplo dos tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos (portanto, também os que versam sobre direitos sociais, econômicos e culturais) ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF, quanto os demais tratados ratificados por maioria simples e aprovados até o advento da EC 45, os quais, de acordo com a atual orientação adotada pelo STF, possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, notadamente todo e qualquer ato normativo de matriz legal ou infralegal, a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são agora superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscrição – mediante um efeito "paralisante" – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente.[34] Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada e difundida no Brasil por Valerio Mazzuoli (em adesão à tradição francesa), busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do que até agora foi sumariamente exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira. Assim, importa sublinhar, não faremos referência a experiência de outros países na

34. Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional, para o que, desde logo, remetemos à literatura especializada.[35]

Uma primeira observação diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno. Aqui a posição adotada é no sentido de que todo e qualquer tratado de direitos humanos, pelo simples fato de prevalecer sempre, por força da sua superior hierarquia, sobre a normativa legal e infralegal interna, servirá de parâmetro para tal controle, e não apenas os tratados aprovados na forma prevista pelo art. 5º, § 3º, da CF. O fato de que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil não são iguais no tocante à sua hierarquia (dada a diferença estabelecida pelo STF, já apontada) não afasta a sua condição de parâmetro para o controle de convencionalidade. Tal controle, reitere-se, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá em virtude da hierarquia das normas. Da mesma forma não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratado, que, em virtude de determinadas peculiaridades, deveriam então ser incorporados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam então ser aprovados por maioria simples no Congresso Nacional.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade e, portanto, operam como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade. A dificuldade maior, nesses casos (por ora apenas o da Convenção das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da Constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e Constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional). Tal hipótese, contudo, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou – expressa e/ou implicitamente – praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas também pelo fato de que se haverá

35. V. especialmente Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, p. 391 e ss., priorizando aqui a experiência da Corte Interamericana. No mesmo sentido, v. também Luiz Guilherme Marinoni, *op. cit.,* p. 1180 e ss.

de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não pode ser afastada de plano.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (visto que a nossa posição pessoal sempre foi favorável à simetria entre tratados e CF e, portanto, ensejaria quadro distinto), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas: (a) incompatibilidade entre a normativa interna (legal e infralegal) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional e, portanto, devidamente ratificado, mas compatibilidade com a CF; (b) incompatibilidade com o tratado e com a CF; sinergia com a CF; (c) compatibilidade com o tratado e com a CF; compatibilidade com o tratado, mas desconformidade com a CF. O quadro sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, tornam a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como já se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valerio Mazzuoli[36] e Luiz Guilherme Marinoni,[37] aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do art. 5º, 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com

36. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli. Curso de Direito Internacional Público, *op. cit.,* p. 394 e ss.
37. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *op. cit.* p. 1187 e ss.

o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes de fazer.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado. Se a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade poder-se-á declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis – ressalvada a decisão do STF sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas, o que, de resto, não escapou ao olhar cuidadoso de Valerio Mazzuoli,[38] muito embora não se vá aqui enfrentar o mérito das posições esgrimidas pelo autor.

As considerações tecidas aqui, de modo ainda exploratório, visto que a experiência brasileira em matéria de controle de convencionalidade é recente e isolada, em linhas gerais são aplicáveis também aos tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, pelo menos no que diz com as diversas constelações que se podem oferecer no âmbito das relações entre tratados e ordem jurídica interna, mas também no que concerne aos pressupostos e consequências do controle de convencionalidade. Todavia, assim como se dá no caso dos direitos fundamentais previstos na CF, onde também se verificam situações de conflito e se colocam desafios particularmente agudos em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, o mesmo deve ser levado em conta na esfera do controle de convencionalidade.

Com efeito, nada obstante a circunstância de que não se há de falar em diferenças qualitativamente relevantes entre os tratados em matéria de direitos civis e políticos e os que dispõem sobre direitos sociais, em homenagem aos postulados da indivisibilidade, interdependência e complementariedade, o próprio pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais prevê a obrigação de realização progressiva de tais direitos por parte dos Estados signatários (o que se verifica também no caso do Sistema Interamericano), sem prejuízo de obrigações de caráter imediato, especialmente no

38. V. por todos, sobre os efeitos da decisão no controle de convencionalidade, especialmente Valerio Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público. Op. cit.,* p. 387 e ss.

âmbito das assim chamadas "*core obligations*", mas que não constituem a regra no caso da assim chamada dimensão positiva (ou prestacional) dos tratados de direitos sociais e em geral guardam relação com conteúdos e obrigações vinculadas a direitos civis e políticos, como a garantia de um mínimo existencial (vida com dignidade) ou a proibição de discriminação na garantia de igual acesso aos bens sociais. Convém lembrar, nesse contexto, que também em relação aos direitos sociais constitucionalmente consagrados nem todos aceitam a noção de uma plena exigibilidade, na condição de direitos subjetivos, dos direitos sociais, tema que aqui não poderá ser desenvolvido.

No caso do Brasil, cuja CF consagrou um elenco generoso de direitos sociais, incluindo um extenso rol de direitos dos trabalhadores, o problema que se poderá colocar não é de natureza quantitativa, pois todos os direitos sociais, econômicos e culturais previstos na ordem internacional e em tratados ratificados pelo Brasil foram objeto de previsão constitucional. Da mesma forma, como os direitos sociais consagrados pela CF compartilham da condição plena de direitos fundamentais, também não é aqui que se poderão verificar maiores problemas na relação entre tratados e ordem interna, mas sim, no campo dos níveis de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que concerne ao não atendimento, pelos atores estatais nacionais, dos parâmetros mínimos em matéria de direitos sociais estabelecidos pelos organismos internacionais que interpretam e zelam pela devida observância dos tratados internacionais. O quanto, contudo, não apenas o tratado como tal, mas também o conjunto de diretrizes emanadas pelos órgãos internacionais (especialmente Comitê da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) ou regionais, (como a CIDH, por exemplo) também servem de parâmetro para o controle de convencionalidade em nível interno – realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais – é algo que ainda carece, especialmente no Brasil, de maior reflexão e aplicação prática, mas poderá ser muito produtivo no sentido de reforçar a eficácia e efetividade dos direitos sociais. Especialmente útil se revela a consideração dos parâmetros do sistema internacional (designadamente quanto aos *standarts* sociais mínimos) quando inexistente legislação específica em nível interno ou para a concretização de cláusulas gerais.

De qualquer sorte, inviável o esgotamento do tema, enfatizamos que o nosso propósito, como anunciado desde o início, foi o de revisitar o tema e provocar algumas questões atinentes ao (no Brasil!) novo desafio de assegurar simultaneamente e de modo produtivo e harmônico, a primazia dos direitos humanos e fundamentais, de tal sorte a promover de modo integral e isento de lacunas de proteção a dignidade da pessoa humana. Para que isso se realize, é preciso que Juízes e Tribunais brasileiros, com destaque para os Tribunais Superiores, incluam o direito internacional dos direitos humanos na sua pauta de prioridades, inclusive no que concerne ao processo de formação dos Magistrados. Os desafios, portanto, são imensos, mas a evolução mais recente nessa matéria dá ensejo a um otimismo, muito embora não deslumbrado e cauteloso.