

INTRODUCCIÓN

América Latina (o Latinoamérica) es una región de grandes paradojas; Francisco Orrego Vicuña la define como «un continente de contradicciones».¹ En el ámbito jurídico, quizá la contradicción más explícita esté en el tema de los derechos humanos. ¿Cómo es posible que una región tan «rica» en textos normativos que reconocen derechos humanos fundamentales sea también una de las regiones con las más graves y manifiestas violaciones de derechos humanos? ¿Cómo se explica que esas graves violaciones no sean corregidas adecuadamente por los Estados latinoamericanos? ¿Por qué las normas internacionales y nacionales de derechos humanos no son efectivamente aplicadas, *in totum*, en América Latina?

Esas cuestiones podrían ser respondidas desde diferentes perspectivas (políticas, sociológicas, antropológicas etc.). Sin embargo, desde la perspectiva jurídica, nos parece que esas preguntas deben ser sustituidas por otras. El jurista interesado en el tema de los derechos humanos en América Latina debe preguntarse, sobre todo, cómo son integradas las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos; cuál es la fuerza (y el rango normativo) de las normas internacionales de derechos humanos que son integradas en los sistemas jurídicos de América Latina; cómo los derechos humanos son protegidos institucionalmente en esa región; cómo esas normas internacionales/nacionales son interpretadas y aplicadas, de forma integrada, por los jueces y tribunales locales; cómo se da o debe darse la integración jurisprudencial de los derechos humanos en América Latina.

Esos interrogantes motivaron la elección de nuestro tema y la construcción de esta tesis doctoral. De hecho, percibimos que el camino viable para el ofrecimiento de respuestas a esas cuestiones es el análisis de la integración de los sistemas jurídicos (en el tema de los derechos humanos) en América Latina. Siendo así, el objetivo central de la presente tesis doctoral deberá ser examinar el modo en que los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos interaccionan con los sistemas jurídicos

¹ Cfr. Francisco Orrego Vicuña: *La integración política: su realidad, su necesidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 383.

latinoamericanos, especialmente con los respectivos sistemas constitucionales.

Las cuestiones que están inseridas en el tema de nuestra tesis parecen plantear problemas de gran importancia práctica y teórica. Sin embargo, en los trabajos académicos que abordan el tema de los derechos humanos, muchas veces se sugiere que el sistema de derechos humanos sería solo un elemento del orden internacional, que serviría de parámetro para evaluar el respeto por parte de los Estados extranjeros de los derechos básicos de las personas. En este sentido, ese enfoque de los derechos humanos conllevaría una perspectiva exclusivamente externa, desconectada de su importancia e interacción jurídica interna.

Nuestro propósito, en esta tesis, es precisamente desafiar tal perspectiva común. Trataremos de argumentar que la mayor importancia práctica de los derechos humanos reside en su dimensión interna, en su eficacia en la vida jurídica real de las personas, en su incidencia conjunta con las normas jurídicas internas. En virtud de esta dimensión, los derechos humanos no deben entenderse como un asunto propio y exclusivo del derecho internacional, sino como un conjunto normativo complejo cuya finalidad está conectada con su integración con las normas nacionales y su incidencia en las relaciones ordinarias que generan la protección efectiva de los seres humanos concretos.

El siguiente objetivo en la compilación de los resultados de la investigación doctoral será comprobar que el conjunto de normas de derechos humanos no puede integrarse en los sistemas jurídicos internos de los Estados latinoamericanos como si aquél conjunto estuviese compuesto por normas internacionales «ordinarias», iguales que cualesquiera otras. Las normas de derechos humanos tienen particularidades que las diferencian de todas las normas internacionales. Los principios y reglas de derechos humanos son especiales debido a sus contenidos y al carácter del consenso que los envuelve. Si son diferentes, tales normas de derechos humanos no pueden ser integradas en dichos sistemas jurídicos de manera idéntica a cualquier otra norma establecida en los tratados internacionales.

El convencimiento respecto a la necesidad de integrarse de forma distinta las normas de derechos humanos en América Latina solamente puede ser plenamente alcanzado si conocemos suficientemente el objeto de nuestro examen, o sea, si conocemos

qué son los derechos humanos. Por ese motivo, nos pareció necesario ampliar los límites de nuestra investigación y, antes de avanzar en el tema de la integración de las normas de derechos humanos en los sistemas jurídicos constitucionales latinoamericanos, profundizar la investigación sobre el origen, el concepto, los valores y la esencia de los derechos humanos. A nuestro juicio, contestar adecuadamente a la pregunta «¿qué son los derechos humanos?» nos ofrece ya la mitad de las respuestas que plantea el tema de la integración normativa.

De hecho, antes de interpretar, aplicar, buscar los efectos o integrar cualquier objeto, debemos conocerlo, principalmente si ese «objeto» es tan peculiar, especial y muchas veces incomprendido. Respecto a los derechos humanos, pensamos que ese principio lógico-metodológico es plenamente aplicable. No podemos discutir los derechos humanos y sus formas de aplicación integrada sin antes descubrir su esencia, sin tratar de saber qué significan exactamente. En otros términos, defendemos que cuestionar los conceptos —y, también, los fundamentos— de los derechos humanos debe preceder obligatoriamente a cualquier examen de sus sistemas y recursos de integración.

Otrosí, asumimos la premisa de que averiguar qué son los derechos humanos es, sobre todo, buscar sus fundamentos. Por lo tanto, vamos examinar, en el inicio de esta tesis doctoral, cuáles son los fundamentos filosóficos, culturales, religiosos, dogmáticos e históricos de los derechos humanos, a fin de construir no solo el concepto de derecho humano sino también captar los valores básicos que pueden caracterizar una concepción multicultural y global de los derechos humanos y que puedan servir de base para una teoría adecuada respecto a la integración normativa de esos derechos básicos y comunes de toda la humanidad.

Intentaremos demostrar en los primeros capítulos de la tesis que los derechos humanos no son una invención accidental y occidental, no son un producto intelectual de una generación de juristas o políticos. Trataremos de señalar que los derechos humanos tienen un fundamento ideológico-material —la dignidad humana— que es compartido por diversas ramas filosóficas, culturales y religiosas que no están necesariamente vinculadas. Tal fundamento no es comprendido unívocamente y posibilita diversas perspectivas culturales y regionales distintas; aun así, ese es un fundamento que tiene un centro axiológico y semántico común, una identidad propia que confiere sentido a

la existencia de los derechos humanos.

Defenderemos asimismo que los derechos humanos también tienen un fundamento histórico-procedimental. Ese fundamento es el consenso formado respecto a la existencia y la validez jurídica de las normas de los derechos humanos. Tal consenso, como veremos, fue desarrollado por declaraciones universales y documentos normativos globales y regionales que reconocen los mismos derechos básicos a todos los seres humanos. Por eso, trataremos de examinar también, en un capítulo propio, el proceso evolutivo de construcción histórica de los derechos humanos.

Veremos que existe un consenso global y algunos consensos regionales sobre los derechos humanos, y no un solo consenso universal. También los consensos universal y regionales son desarrollados por consensos nacionales, constitucionales. No obstante, según vamos a comprobar, los consensos regionales repiten, reafirman y desarrollan el consenso mundial y abordan al ser humano como un ser universal, cosmopolita, aunque con sus rasgos psicológicos y axiológicos especiales que son consecuencia de la propia libertad humana y favorecen el desarrollo de una sociedad internacional multicultural y tolerante.

También examinaremos cómo el mismo reconocimiento y la consolidación de los consensos y perspectivas supranacionales respecto a los derechos humanos se encuentran y se integran en el nivel constitucional. Además, observaremos que los consensos regionales —continentales— y nacionales presentan muchísimos puntos en común, lo que legitima un abordaje universal de las normas de derechos humanos y también una aproximación hermenéutica de todas las normas regionales y nacionales, así como de sus respectivos mecanismos de protección.

La demostración del consenso —o de los consensos— jurídico respecto a los derechos humanos nos aclara que los tratados supranacionales de derechos humanos no son fuentes exclusivas de dichas normas. Incluso antes de la vigencia de los convenios y pactos internacionales de derechos humanos, ya existía en la humanidad y en casi todas las comunidades políticas del orbe la conciencia de la obligatoriedad de esas normas en cuanto normas jurídicas y no simples normas éticas o morales. Ya se hacía y se hace presente, como veremos oportunamente, una costumbre internacional en el plano ideológico y

abstracto, que es formadora de un *ius gentium* cosmopolita centrado en el respeto al ser humano.

La tesis pondrá de manifiesto que es justamente esa conciencia (amplia, general, supracultural y supranacional) sobre la validez de los derechos humanos (en su sentido objetivo) lo que caracteriza tal consenso en cuanto consenso jurídico y no solo político o moral. La existencia de dicho consenso jurídico supranacional es una condición indispensable para las diversas formas de integración de los derechos humanos que examinaremos en esta tesis.

No olvidamos que tal conciencia jurídica global sufrió períodos de negación en algunas civilizaciones y en algunos momentos históricos. Es evidente que, por ejemplo, en las experiencias nacionalsocialistas y fascistas de los años 30 y 40 del siglo pasado, la negación de la igual dignidad de todos los seres humanos y el rechazo de los derechos humanos fueron institucionalizados en regímenes políticos de opresión; los mismos rechazos y negaciones todavía se encuentran hoy en muchos países del mundo. Aun así, la superación de esa degradante parte de la historia de la humanidad sirvió de motivación para la consolidación de un consenso global respecto a los derechos humanos, consenso este que fue responsable de la creación de la Organización de las Naciones Unidas y por la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como observaremos en el desarrollo de la presente tesis doctoral.

Tras asentar las bases conceptuales de los derechos humanos, trataremos de explicar en qué consiste la integración hermenéutica de los derechos humanos. Según veremos en nuestro estudio, las normas de derechos humanos no interaccionan con las demás normas de los sistemas jurídicos internos de una forma «todo o nada». Las normas de derechos humanos no funcionan, en su dimensión interna, simplemente reemplazando a otras normas del sistema interno. Sobre todo, las normas de derechos humanos influyen en las demás normas de los sistemas, modificando o perfeccionando sus significados y contenidos.

Por supuesto, como veremos, las normas internacionales de derechos humanos también pueden derogar —así como reemplazar— otras normas nacionales, principalmente cuando está reconocido su rango normativo supralegal o constitucional. Sin

embargo, cuando las normas internacionales de derechos humanos interaccionan con las normas constitucionales que también garantizan derechos a las personas, el resultado de tal integración será la armonización normativa, que se obtiene con la mencionada influencia de la perspectiva internacional de los derechos en el examen de las normas constitucionales. Esa «influencia» se ejerce por medio de la integración hermenéutica y jurisprudencial, según verificaremos oportunamente.

Una vez asentada teóricamente la idea de la integración hermenéutica, analizaremos de qué manera las normas de derechos humanos se integran en los sistemas jurídicos latinoamericanos. También deberemos dedicar especial atención a la integración de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otros tratados regionales de derechos humanos con las constituciones de América Latina. Ese convenio —así como su Protocolo de San Salvador— es el resultado de la consolidación del consenso americano respecto a los derechos humanos y tiene gran importancia para los Estados latinoamericanos. Tan importante cuanto el Pacto de San José es asimismo la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que puede y debe influir especialmente sobre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales latinoamericanos.

Este tema que aquí presentamos, el de la integración de los sistemas de derechos humanos en América Latina, también está entrelazado con el tema de la integración formal e informal entre los Estados latinoamericanos (así como entre los Estados caribeños). Otrosí, como veremos, aunque es cierto que ya es posible constatar hoy en día el surgimiento de un sistema comunitario americano (o de varios sistemas subregionales latinoamericanos), el punto central de este novedoso sistema deberá estar basado en el sistema interamericano de derechos humanos y en los núcleos constitucionales de derechos humanos que están siendo desarrollados y consolidados en América Latina.

En el examen del tema de la integración política, institucional, social, cultural y económica de los pueblos de América Latina, así como, posteriormente, en el estudio de la integración hermenéutica y jurisprudencial de los derechos humanos en esa región, deberemos también examinar el surgimiento de la «identidad latinoamericana». La existencia de esa identidad, que no anula ni sustituye las identidades nacionales o la propia

identidad universal del ser humano cosmopolita, favorece la integración (jurídica, política, cultural etc.) entre los Estados de América Latina y, de esa forma, también beneficia, como veremos, la integración de los derechos humanos en esos países.

Por otro lado, también observaremos que la integración normativa, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos promueve el desarrollo de un *ius commune* latinoamericano, que es, a su vez, un factor importante para la integración, política, social y económica de los pueblos y Estados de América Latina.

Posteriormente, deberemos también examinar el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos. En ese momento, será necesario examinar el sistema constitucional de cada Estado a fin de verificar, histórica, dogmática y jurisprudencialmente, cómo se plantea ese problema en cada país. Considerando que sería casi imposible, en una única tesis doctoral, examinar detalladamente los sistemas constitucionales de todos los Estados de América Latina y el Caribe, decidimos elegir los sistemas jurídicos nacionales que son representativos de la región, que expresan la diversidad latinoamericana y que presentan problemas y soluciones para la integración de los derechos humanos en los órdenes jurídicos internos.

Igualmente, consideramos como criterios válidos para la elección de los Estados investigados: (i) el criterio lingüístico (o sea, la existencia de pueblos de habla española o portuguesa), (ii) la participación de los Estados en los subsistemas de integración política, económica y social; (iii) la identificación, en el siglo XX, de las violaciones sistemáticas de derechos humanos en cada uno de esos países; y (d) la adhesión de cada Estado a la cláusula de jurisdicción obligatoria de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta los criterios mencionados, decidimos investigar el rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos en básicamente diecisiete Estados: Brasil, Argentina, Uruguay, Chile, Paraguay, Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana y México.

Tomando como parámetro los mismos Estados latinoamericanos, también examinaremos, a continuación, la integración jurisprudencial de los derechos humanos. Así, analizaremos la jurisprudencia constitucional de esos Estados a fin de verificar si la interpretación de los derechos humanos adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos está siendo aplicada como vinculante por los tribunales constitucionales y supremos de los Estados latinoamericanos.

Finalmente, comprobaremos de qué manera están siendo implementadas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esos Estados latinoamericanos, observando cómo se da la integración procesal e institucional de los derechos humanos en América Latina.

Recorriendo ese camino, creemos que nos será posible entender cómo tiene lugar la integración de las normas supranacionales (especialmente las interamericanas) de derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos, demostrando cuáles son las tendencias y evoluciones más importantes y perceptibles de cada sistema constitucional de la región y cómo es posible solucionar los problemas que se plantean en el tema de la integración de los sistemas jurídicos de América Latina.

1 LOS FUNDAMENTOS CULTURALES, FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 El problema de los fundamentos de los derechos humanos

Tradicionalmente, son mencionados dos conceptos muy difundidos de derechos humanos que se basan en diferentes criterios y que, si son empleados exclusivamente, pueden resultar vacíos y tautológicos. El primero consiste en la definición de los derechos humanos como los derechos que deben ser reconocidos a todos los seres humanos; tenemos aquí la aplicación del criterio subjetivo. Aisladamente, ese criterio no resuelve el problema conceptual porque no responde a la pregunta de cuáles son los derechos que deben ser reconocidos a todos los seres humanos.

El segundo concepto, recogido en un criterio ontológico, define los derechos humanos como todos aquellos que deben existir y ser reconocidos en razón de su contenido, o sea, de los bienes y pretensiones que son justificados directamente por el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos; aquí tenemos la aplicación del criterio material. Tampoco es suficiente ese criterio.

Aunque sean combinados los dos criterios anteriores (subjetivo y material), hace falta decidir cuáles son los derechos básicos que derivan de la naturaleza y dignidad humana y que, por tal motivo, deben ser garantizados para todas las personas. De esta manera, es necesario añadir un otro criterio de identificación de los derechos humanos: el criterio histórico-consensual. De acuerdo con ese criterio, los derechos humanos son los derechos así identificados según un consenso históricamente desarrollado.

Si examinamos bien los criterios conceptuales, percibiremos que ellos — cada uno— contienen fundamentos para la existencia de los derechos humanos. El problema conceptual es, en realidad, un problema de fundamento y de fundamentación. Así, la idea de que el criterio material es suficiente para la identificación de los derechos humanos se basa en la convicción de que los derechos humanos tienen un único

fundamento absoluto, la dignidad humana. En cambio, si defendemos que los derechos humanos son los derechos así identificados según un consenso históricamente desarrollado, estamos implícitamente afirmando que el consenso histórico es el fundamento básico de los derechos humanos.

Aquí nos topamos con un dilema muy parecido al que ya fue examinado por Carlos Santiago Nino en el inicio de su famosa obra *Ética y Derechos Humanos*. A su juicio, caracterizar —o asimismo fundamentar, para nosotros— los derechos humanos sería una forma de valorarlos y no se puede valorar un objeto antes de conceptualarlo, o sea, antes de definir su significado, pues la delimitación del objeto sería lógicamente anterior a su valoración. A pesar de eso, en el tema de los derechos humanos, también de acuerdo con Santiago Nino, la admisión o no de algunos fundamentos y rasgos de los derechos humanos (es decir, su valoración) tiene como consecuencia la redefinición conceptual de los derechos humanos, la mutación semántica de ese signo. Sencillamente, la opción por un concepto de derecho humano acarrea opciones sobre los fundamentos y rasgos de los derechos humanos, y, a la vez, la elección de esos fundamentos también influye en la definición de su concepto.²

Santiago Nino pretendió resolver ese dilema por medio de «*un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto*».³ Así, primero intentó desarrollar un concepto provisional para después confirmarlo o enmendarlo en el desarrollo de la fundamentación de los derechos humanos. Intentaremos esbozar un camino semejante, pero inverso. Considerando que la noción de los derechos humanos es el resultado de un desarrollo histórico, filosófico, ético, político, religioso y jurídico, nos parece que es —como mínimo— más didáctico y conveniente demostrar el desarrollo de esa *noción*, desplegando así sus fundamentos, para entonces pasar a construir un concepto de derecho humano que sea la base de su propia teoría.

A nuestro juicio, los fundamentos material e histórico-consensual determinan el concepto del derecho humano. La conjugación de los dos fundamentos nos ofrece respuestas respecto a los contenidos de los derechos humanos, lo que no puede ser

² Cfr. Carlos Santiago Nino: *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, pp. 11-14.

³ Cfr. idem, ob. cit., p. 13.

obtenido solamente por la aplicación del criterio subjetivo. Por otra parte, creemos que el estudio de los fundamentos material e histórico-consensual proporciona un conocimiento más profundo sobre la esencia de los derechos humanos.

Sin embargo, no existe una perspectiva única para explorar estos fundamentos. Todo lo contrario, cuando intentamos separar didácticamente esos fundamentos material e histórico-consensual, percibimos que ellos están imbricados y que están también superpuestos a muchos otros fundamentos filosóficos, políticos, morales y jurídicos que no pueden —o no deben— ser comprendidos separadamente.

Cuando nos referimos a *fundamento* de los derechos humanos, estamos, implícitamente, indagando u ofreciendo una respuesta respecto a por qué deben ser reconocidos tales derechos, o sea, cuál debe ser la razón que legitimaría tal reconocimiento. Norberto Bobbio, en su clásico *L'Età dei Diritti*, defiende que el fundamento absoluto de los derechos humanos es ilusorio y, muchas veces, es utilizado para justificar posiciones conservadoras que se cierran en la defensa de la libertad⁴.

Bobbio también sostiene que, después de ser firmadas por centenares de Estados las declaraciones internacionales de derechos humanos, la discusión del fundamento de los derechos humanos pierde su utilidad, pues tales declaraciones y principalmente los tratados internacionales pasan a ser el fundamento formal de los derechos humanos. Así, según el jusfilósofo italiano, no es conveniente y útil buscar «*la ragione delle ragioni*» y hoy no se debe tratar de justificar los derechos humanos, sino de protegerlos⁵. Políticamente, estamos plenamente de acuerdo con Bobbio. Jurídicamente, sin embargo, pensamos que saber el fundamento —o los fundamentos— de los derechos es indispensable para construir una teoría adecuada de los derechos humanos.

El primer fundamento de los derechos humanos, el fundamento material, está fusionado con la noción de dignidad humana. Ella es el centro de su fundamento material. Lo expresa bien Antonio Cassese:

La esencia, el corazón de la doctrina de los derechos humanos es el concepto de la dignidad de la persona. Respetar esos derechos significa tutelar la dignidad de

⁴ Cfr. Norberto Bobbio: *L'Età dei diritti*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1997, p. 14.

⁵ *Ibidem*, pp. 15-16.

todo ser humano⁶.

Sin embargo, no se puede entender la dignidad humana como un concepto cerrado, concebido ya listo y acabado. Si la propia esencia del ser humano es indefinible, tampoco puede ser definida apodóticamente su dignidad. La idea de dignidad humana está íntimamente enlazada con el modo como el ser humano se mira a sí mismo, reconociendo en su espejo todo el género humano. Como bien reflexionó Karl Jaspers, «*la dignidad del hombre reside en el hecho de ser indefinible. El hombre es como es porque reconoce esa dignidad en sí mismo y en los otros hombres*»⁷.

La igualdad entre los hombres es uno de los elementos constitutivos de la idea de dignidad humana. Pero cuando se declara que los seres humanos son iguales, está implícito el parámetro que se toma en consideración: las personas son iguales en su valor intrínseco. En virtud de la dignidad humana, un ser humano es siempre igual en dignidad a cualquier otro. Se trata aquí de una igualdad axiológica, valorativa. Si toda persona tiene en sí un valor absoluto, supremo, un hombre no puede «valer» más que otro. En este sentido, todos somos iguales.

La diferencia también es un elemento constitutivo de la dignidad humana y este elemento en nada choca con la premisa de la igualdad. Dos hombres son iguales en valor (pues el valor de uno y de otro es absoluto), pero son distintos en los rasgos que definen sus individualidades. Así, son iguales en tanto que pertenecen al género humano, pero son diferentes en tanto que son personas, no objetos fungibles. Lo enfatizó bien Hannah Arendt: «*La pluralidad es la condición de la acción humana porque somos todos iguales, esto es, humanos, de un modo tal que nadie jamás es igual a cualquier otro que vivió, vive o vivirá*»⁸.

Efectivamente, la diferencia es una consecuencia del ejercicio de la libertad

⁶ *I diritti umani oggi*, Bari, Editori Laterza, 2009, p. 54, traducción libre. Es bastante expresiva también la afirmación de Joaquín Herrera Flores, para quién los derechos humanos son la forma occidental hegemónica de lucha por la dignidad humana. Cfr. Joaquín Herrera Flores: *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*, traducción al portugués de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger y Jefferson Aparecido Dias, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 14.

⁷ *Introdução ao pensamento filosófico*, traducción al portugués de Leonidas Hegenberg y Octanny Silveira da Mota, São Paulo, Editora Cultrix, 2010, p. 55. Traducción libre.

⁸ *A condição humana*, traducción al portugués de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010, pp. 9-10. La traducción al español es nuestra.

humana. Una persona, a diferencia de una máquina o un objeto inanimado, es libre, o sea, toma decisiones, produce acciones, tiene voluntad. Haciendo cosas distintas, el ser humano produce efectos diferentes de los producidos en las mismas circunstancias por otras personas. He aquí donde reside su diferencia, como fruto de su libertad.

Valor absoluto, igualdad y libertad: esas son las nociones básicas que constituyen la idea de la «dignidad humana», pero esta expresión simboliza un concepto que se construyó y continúa construyéndose progresiva, histórica y culturalmente. En este sentido, el profesor argelino Madjid Benchikn explica que:⁹

La evolución de la dignidad de la persona humana rescata la historia del hombre, como individuo o como grupo, para vivir en pie. De Buda a Jesucristo y a Mahoma, se verifica la contribución de las grandes filosofías y de las grandes religiones para reforzar la dimensión universal del Ser Humano y su especificidad en relación con el resto de la «creación», que es innegable: el respeto a la criatura de Dios en las grandes filosofías y el hombre en el centro del universo en el Budismo. Aquí recordamos la advertencia del Profeta del Islam: «Si matas a un hombre, matas a toda la humanidad». Pero también conocemos la utilización de la religión en sentido contradictorio, y el fundamentalismo religioso nos recuerda que las religiones no siempre sirvieron al propósito de respeto a la dignidad humana.

Como veremos oportunamente, aunque la expresión «dignidad humana» quizá pueda ser producto de una cultura específica y de un movimiento histórico concreto, la idea básica de la dignidad humana es compartida por diversos grupos culturales, religiosos y sociales, en diferentes momentos históricos. Esa idea nuclear es la propia identificación del género humano y del valor absoluto que debe corresponder a cada miembro de este género.

Es cierto que considerar digna a la persona es atribuirle un valor intrínseco y supremo; es estimarla merecedora de vida, libertad, felicidad y respeto por el mero hecho de ser persona; es reconocer en ella un sujeto y no un objeto; es acatar la igualdad de su valor ante el valor de todos los demás seres humanos. Aun así, la idea de la dignidad humana admite varias perspectivas, quizá todas igualmente válidas, dependiendo del momento histórico y del contexto cultural.

Comprender la fundamentación cultural —religiosa, política, filosófica

⁹ «La dignité de la personne humaine en droit international», en *La dignité de la personne humaine*, coordinado por Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, Paris, Economica, 1999, p. 37, traducción libre.

etc.— de la dignidad humana y de los derechos humanos no es una actividad superflua y meramente académica. Hacerlo es importante porque revela ante todo la supraculturalidad del valor «dignidad humana» y de su consecuencia lógica: los derechos humanos. Así, el consenso religioso respecto a los valores básicos¹⁰ de los derechos humanos ayuda a comprender la validez global de esos derechos, aunque ese consenso religioso no sea *per se* suficiente para explicar su validez jurídica¹¹.

Uno de los más expresivos obstáculos argumentativos para la universalidad de los derechos humanos es su supuesta especificidad cultural. Según los críticos de los derechos humanos, tales derechos serían una creación occidental. De esa forma, imponer tales derechos a las comunidades culturales no occidentales sería socialmente una imposición indebida de naciones hegemónicas y, político-jurídicamente, una ofensa a la soberanía de los Estados independientes.

Así y todo, si observamos que el núcleo axiológico de la dignidad humana y de los derechos humanos es compartido por religiones y concepciones filosóficas que representan el pensamiento de la gran mayoría de la población humana mundial, podremos afirmar que la aceptación de los derechos humanos es globalmente legítima, independientemente del origen de la teoría jurídica de los derechos humanos.

En ese sentido, para los fines que buscamos, las religiones y las concepciones morales generalizadas son importantes como datos culturales, o sea, su

¹⁰ *Valor* (en el sentido cultural y social), según Talcott Parsons, puede ser definido como «*un elemento de un sistema simbólico compartido que sirve de criterio para la selección entre las alternativas de orientación que se presentan intrínsecamente abiertas en una situación*». Cfr. Talcott Parsons: *El sistema social*, 3ª ed, traducción de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1959, p. 31. Tal elemento de un sistema de símbolos, basando la interacción entre los actores sociales de un mismo sistema social, puede ser entendido como un elemento cultural que, por definición, es compartido. Debemos enfatizar que todo valor cultural es un elemento compartido, lo que no significa que todo valor sea entendido y aplicado de la misma forma en diferentes contextos culturales. Sin embargo, conforme intentaremos demostrar en toda nuestra tesis doctoral, existen valores culturales que están, *grosso modo*, compartidos por casi toda la humanidad, en diferentes contextos culturales, y que están relacionados a una idea básica y también compartida de dignidad humana. Esos valores globalmente compartidos, que están conectados con un consenso general de obligatoriedad jurídica respecto a su reconocimiento (y, por eso, pueden ser considerados valores *jurídicos*), son la base axiológica de la teoría de los derechos humanos.

¹¹ Algunos estudiosos hacen críticas a la relación que se plantea entre el consenso religioso y el reconocimiento de derechos éticamente justificados, pues la Historia estaría llena de ejemplos de consensos religiosos hoy inadmisibles desde el punto de vista de la teoría de los derechos humanos (como la aceptación de la esclavitud). Cfr. Tina Beattie: «Christian teleology and the end of human rights», 2008, p.8, disponible en <<http://sites.google.com/site/tinabeattie/SSTPAPER7.pdf>>. Fecha de acceso: 20.10.2014.

examen es útil como instrumento de estudio de la realidad cultural a que están sometidos los seres humanos vivientes hoy. Esas realidades culturales, a su vez, pueden comprobar —o no— el carácter supracultural de los derechos humanos, es decir, pueden demostrar que los derechos humanos no son una imposición occidental, ya que incorporan reglas mínimas de convivencia humana que obtienen, en su núcleo básico, la concordancia global.

No intentamos en estas pocas líneas examinar todos los elementos complejos de las principales doctrinas culturales, religiosas, políticas y filosóficas globales. Plantearemos, sencillamente, como lo hacen muchos estudiosos de la filosofía de los derechos humanos¹², que el núcleo de la idea de la dignidad humana y de la teoría de los derechos humanos está identificada con los valores que son compartidos por las religiones mayoritarias del orbe.

1.2 El humanismo jurídico en el judaísmo

Desde este inicio, hace falta dejar muy claro que ni en el judaísmo clásico, ni en el cristianismo original se halla una teoría clara —y jurídica— respecto a los derechos humanos¹³. No estamos proponiendo, por lo tanto, que la teoría de los derechos humanos deba su nacimiento a las doctrinas religiosas judaicas y cristianas.

En primer lugar, los preceptos religiosos o morales judaico-cristianos no concentran su atención en la posición activa de los «derechos», sino en la posición pasiva de los «deberes», o sea, en las «obligaciones del hombre»¹⁴. Así, en la Biblia, no se hace

¹² En tal sentido, vid. por todos James S. Dalton: «Human dignity, human rights and ecology: christian, buddhist and native american perspectives», en *Made in God's image: the catholic vision of human dignity*, editado por Regis Duffy y Angelus Gambatese, New Jersey, Paulist Press, 1999, p. 29. Defendiendo una perspectiva un poco más crítica respecto al consenso cultural universal de los derechos humanos, pero argumentando que es posible desarrollar una hermenéutica diatópica intercultural de los derechos humanos, confrontando, por ejemplo, la perspectiva judeocristiana de los derechos humanos con el *dharma* común de los hinduistas y budistas y el *umma* de los musulmanes, vid. Boaventura de Souza Santos: «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», traducido por Libardo José Ariza, en *El Otro Derecho*, n. 28, Bogotá, 2002, pp. 66-72.

¹³ Cfr. Jack Mahoney: *The challenge of human rights: origin, development, and significance*, Malden-Oxford, Blackwell Publishing, 2007, pp. 3-4.

¹⁴ Cfr. Jacob Dolinger: *Direito e amor*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2009, pp. 305-306. Pese al *focus* judaico en las obligaciones, es posible considerar, como incluso admite Dolinger, que esos deberes

referencia a los diez derechos básicos de la humanidad, sino a los diez mandamientos básicos de los hombres. En segundo lugar, como bien observa Jack Mahoney¹⁵, tales mandamientos fundamentales, antes de ser reglas de respeto a los seres humanos, son reglas de respeto a la autoridad de Dios.

Sin embargo, la crítica de Mahoney respecto a la distinción entre deberes y derechos en la tradición judaico-cristiana fue parcialmente rebatida, de forma anticipada, hace más de doscientos años, por uno de los considerados «padres» —o más bien: uno de los primeros *simpatizantes*— de la teoría de los derechos humanos: Thomas Paine.

Tratando de contestar a algunos miembros de la Asamblea General de los revolucionarios franceses, que defendían la publicación de la declaración de derechos humanos conjuntamente con una declaración de deberes, Paine señaló que toda declaración de derechos también es una declaración de deberes. Por lo tanto, la protección de los seres humanos impone necesariamente la creación de derechos y deberes, no existiendo lógicamente los primeros sin los últimos y *viceversa*.¹⁶

Así, trasplantando el raciocinio de Paine para la crítica de Mahoney, debemos observar que la atención de los judíos y cristianos a los deberes —sin una declaración explícita de los derechos— no debe significar el rechazo de los derechos materialmente humanos, considerando que, todo lo contrario, esos deberes deben ser cumplidos en respeto a Dios pero también debido al reconocimiento de los legítimos y justos intereses de todos los seres humanos.

Por otra parte, y sin lugar a dudas, con el judaísmo (y, posteriormente, con el cristianismo) surgen valores fundamentales que son propios del humanismo que respalda axiológicamente la moderna teoría de los derechos humanos. De hecho, en la cultura occidental, se cree que el inicio del humanismo se halla en el monoteísmo judaico.

Al contrario que las diversas religiones antiguas, en que las divinidades eran

humanos sean considerados como formas de protección de los propios seres humanos, lo que aproxima la dogmática judaica de la doctrina de los derechos humanos.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Así sostuvo Thomas Paine: «*A Declaration of Rights is, by reciprocity, a declaration of duties also. Whatever is my right as a man is also a right of another; and it becomes my duty to guarantee as well as to possess.*» Vid. «Rights of man», en *Common sense, rights of man, and others essential writings of Thomas Paine*, Nueva York, Penguin Books, 2003, p. 220.

entidades absolutamente distanciadas de los seres humanos, el judaísmo innovó al declarar que hay solamente un Dios, que el hombre es Su imagen y semejanza y también que todas las cosas del mundo deben servir al hombre y la mujer.¹⁷ Desde ese reconocimiento previo, se puede llegar a muchas conclusiones lógicas, como bien anotan Leslie Stevenson y David I. Habermas:

Como dice el Génesis 1, 26, la humanidad fue hecha a imagen de Dios con el fin de dominar el resto de la Creación. Los seres humanos son peculiares porque estamos dotados de algo de la racionalidad y de la personalidad de Dios. Somos seres racionales, pero también somos personas, dotadas de autoconciencia, libertad de elección y capacidad de mantener relaciones personales y de amar¹⁸.

De esta manera, de acuerdo con la visión tradicional del judaísmo, si el ser humano tiene en sí la imagen de Dios y todas las cosas deben servir al género humano, la persona es digna, es dotada de libertad y conciencia, no debe servir a nadie y a nada, sino al Todo Poderoso. Aquí es donde reside su dignidad y su valor intrínseco, dado por el simple hecho de ser hombre o mujer. Por lo tanto, en la tradición judaico-cristiana, existe una relación entre la idea del hombre como imagen de Dios y el reconocimiento de la dignidad humana.¹⁹ Según Celso Lafer, ese pensamiento judaico del hombre como imagen de Dios simboliza una visión de unidad del género humano, a pesar de la diversidad de naciones²⁰. La misma opinión es compartida por Günther Maluschke²¹.

El dogma de la creación del primer hombre como imagen de Dios también conlleva la doctrina de la dignidad humana por otro camino lógico. Si todos los seres humanos fueron generados por un mismo ser humano, que es una imagen de Dios, entonces todos los seres humanos también tienen esa imagen de Dios y, por lo tanto, comparten la misma dignidad²².

Según la religión judaica que precede a Cristo, todos los seres humanos son

¹⁷ Cfr. Génesis, 1:26-27.

¹⁸ *Dez teorias da natureza humana*, traducción al portugués de Adail Ubirajara Sobral, São Paulo, Martins Fontes, 2005, pp. 105-106. Traducción libre.

¹⁹ Cfr. Frances S. Adeney: «Human rights and responsibility: christian perspectives» en *Christianity and human rights: influencias and issues*, editado por Frances S. Adeney y Arvind Sharma. Albany, State University of New York, 2007, pp. 19-20.

²⁰ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009, p. 119.

²¹ Cfr. Günther Maluschke: «Desenvolvimento histórico dos direitos humanos», en *Themis*, v. 2, n. 1, 1998, p. 82.

²² Esto es lo que explica Milton Ridvas Konvitz: «Nota del Editor» en *Judaism and human rights*, 2ª ed., New Jersey, Transaction Publishers, 2001, p. 25.

iguales en dignidad y, por eso, son iguales en deberes y derechos básicos. Eso se puede percibir desde la lectura de diversos fragmentos de la Tora, la obra sagrada cuya autoría se atribuye al profeta Moisés y que comprende cinco libros: Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio.

La Tora reúne los principios básicos de la vida humana y sus preceptos morales fueron construidos en su origen como verdaderos preceptos jurídicos para toda la humanidad. Por eso, según Celso Lafer, las normas de los primeros libros de la Tora pueden ser consideradas un derecho común a todos los hombres y mujeres y representan una alianza de Dios y la humanidad, asumiendo un significado similar al de *jus naturae et gentium*²³. En esos libros, se pueden ver diversas normas que nos traen implícito el reconocimiento de la igual dignidad humana de todas las personas.

El principio de la igualdad puede ser percibido en el *Talmud*²⁴. Como bien señala Jacob Dolinger²⁵, el Talmud cuenta que la materia con la cual fuera creado el primer hombre fue recogida de todos los rincones del mundo, lo que simboliza la igualdad de todos los seres humanos, que comparten un mismo origen, una misma creación y un mismo creador.

Desde el mito del «pueblo elegido», se podría pensar que existiría por parte de la comunidad judaica antigua el pensamiento de que unas personas (el pueblo de Israel) serían más dignas que otras (los extranjeros). Pero esto no es verdad, en absoluto. Lo demuestra claramente la Tora.

En el libro Éxodo²⁶, está expresa la norma de que no se debe molestar o afligir al extranjero, recordándose en el segundo libro de Moisés que también los hebreos fueron extranjeros en Egipto. Ya en su tercer libro, Moisés proclama el precepto divino de que no se debe oprimir al extranjero y que este debe ser tratado como natural y amado como toda la gente del pueblo²⁷. Tenemos aquí el principio de la igualdad que es inherente al concepto de dignidad y que está en el núcleo de todas las normas de derechos humanos.

²³ Ibidem.

²⁴ El Talmud está compuesto por la *Mishnah* y la *Gemarah*, englobando, así, la ley oral judaica. Cfr. Jacob Dolinger: ob. cit., p. 309.

²⁵ Ob. cit., p. 310.

²⁶ Cfr. Éxodo, 22:21.

²⁷ Cfr. Levítico, 19:33-34.

Si todos los hombres y mujeres son un bien —un valor, un fin— absoluto en sí mismos, una persona no es mejor en dignidad que otra y, por eso, todas las personas deben ser tratadas y amadas igualmente; deben, por otro lado, tener los mismos derechos básicos. Así, la igualdad es inherente a la doctrina judaica, aunque esta sea una religión que acepta, puntualmente, algunas desigualdades que serían —desde su perspectiva religiosa— consecuencia de la propia voluntad divina²⁸.

No olvidamos que la religión judaica encierra valores dogmáticos que no se adaptan perfectamente a la teoría de los derechos humanos y a su elemento fundamental que es la igualdad. Así, por ejemplo, como bien explicita David Gelernter, la «separación» es un lema central entre las convicciones de los hebreos²⁹. Esa misma separación, aparentemente, está en conflicto con el principio de la igualdad y de la no discriminación, que son básicos entre los valores de los derechos humanos.

Sin embargo, la «separación judaica» no significa necesariamente una separación jurídica, o sea, no tiene como consecuencia una separación de derechos y deberes, sino una separación de convicciones y de culto, lo que no anula el principio de la dignidad humana que, en su núcleo, es compartida por los judíos así como por casi toda la humanidad. La separación judaica, en este sentido, debe ser interpretada como una perspectiva propia de los valores de la tolerancia y la libertad de pensamiento, que también son valores del judaísmo, como defiende el jurista brasileño Jacob Dolinger.³⁰

Entre los temas relativos a la igualdad, la distinción entre hombres y mujeres es una de las más problemáticas discriminaciones que se encuentran en el judaísmo.³¹ La visión de liderazgo del hombre en la familia, de «señor y maestro» de la mujer, puede chocar contra posiciones feministas de defensa de los derechos humanos. Sin embargo, como bien apunta Emanuel Rackman, en muchísimos puntos, el judaísmo alberga la isonomía legal, incluso en la relación jurídica entre hombres y mujeres, sea en

²⁸ Cfr. Emanuel Rackman: «Judaism and equality» en *Judaism and human rights*, 2ª ed., New Jersey, Transaction Publishers, 2001, p. 33.

²⁹ La separación como principio es aceptada tranquilamente por los judíos, como se percibe del estudio de David H. Gelernter: *Judaism: A way of being*, New Haven, Yale University Press, 2009, p. 31.

³⁰ Cfr. ob. cit., p. 311.

³¹ Cfr. Emanuel Rackman (ob. cit., pp. 35-8) y David Gelernter (ob. cit., pp. 98-101)

materia civil, sea en materia criminal.³²

La igualdad jurídica entre hombres y mujeres, que es un principio jurídico del judaísmo, fue empleada como fundamento de una famosa sentencia de la Suprema Corte de Israel, que condenó a un hombre por haber violentado sexualmente a su mujer, rechazando la justificación del acusado de que la mujer casada estaría obligada a tener sexo con su marido. Según la Corte, aceptar la excusa del esposo sería lo mismo que declarar la superioridad del hombre sobre la mujer, lo cual es contrario al ya citado principio de la igualdad.³³

Además de la igualdad jurídica, el humanismo judaico reconoce, como primer derecho fundamental, el derecho a la vida. Como bien apunta Luigi Bordin, con fundamento en el pensamiento de Lévinas, el primer mandamiento bíblico es «no matarás», lo cual, más que una simple prohibición, es «*un comando que implica el respeto absoluto a la finalidad de salvaguardar la fraternidad humana*»³⁴. Así nació para la humanidad lo que es el derecho humano más elemental de todos, el derecho a la vida, que pasó a ser un derecho supremo en la civilización occidental³⁵.

Otros derechos que se pueden extraer de la dignidad —y que son hoy considerados derechos humanos— son también reconocidos en la Tora. Por ejemplo, el segundo libro sagrado de Moisés valida el derecho al descanso del trabajador³⁶. De hecho, si el hombre vale por su naturaleza humana (para los judíos y también los cristianos, por ser el hombre hijo e imagen de Dios), su vida tiene un valor trascendente y su cuerpo no debe ser tratado como una máquina o un instrumento cualquiera; por eso, el descanso (un tiempo del hombre para Dios, para sí mismo y para su familia) debe ser garantizado, según la perspectiva religiosa judaica.

Según Jacob Dolinger, otros derechos y principios de derechos humanos

³² Ob. cit., p. 45.

³³ Cfr. Asher Maoz: «Can judaism be a source for human rights?», 2005, pp. 696-697, disponible en <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=taulwps>>. Fecha de acceso: 20.10.2014.

³⁴ «Judaísmo e filosofía em Emmanuel Lévinas: a escuta de uma perene e antiga sabedoria», en *Síntese Nova Fase*, v. 25, n. 83, 1998, p. 554, traducción libre, disponible en: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/viewFile/695/1121>>. Fecha de acceso: 3.7.2011.

³⁵ Cfr. Asher Maoz: ob. cit., p. 681.

³⁶ Cfr. Éxodo, 23:12.

pueden ser asimismo alcanzados desde las prescripciones religiosas del judaísmo, como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la libertad de locomoción, la intimidad y la privacidad, la integridad física y psíquica, la protección de los esclavos, la protección de los extranjeros etc³⁷.

No se debe tomar las consideraciones respecto a la fundamentación de los derechos humanos en la cultura judaica como una negación del hecho de que esa cultura religiosa está construida antes en deberes que en derechos. De hecho, la expresión «derechos humanos» no está expresa en ningún punto de la Tora. No obstante, por medio de los deberes de igual respeto a todos los seres humanos, reconocemos que el judaísmo creó una base axiológica que allana el camino hacia la protección de los derechos humanos en el occidente.

1.3 El cristianismo y la dignidad humana

Después del judaísmo, la gran revolución religiosa y cultural que solidificó el humanismo fue el surgimiento del cristianismo. Además de añadir nuevos preceptos morales de respeto a las personas humanas y de solidaridad, el cristianismo funcionó como puente de enlace entre el judaísmo y la cultura europea que empezaba a ser construida.

Ante todo, el cristianismo es un desarrollo del judaísmo. De esta manera, todo lo que plantea la teoría del *imago Dei* como fundamento de la igual dignidad de todos los seres humanos se aplica a la doctrina cristiana. Por lo tanto, para los cristianos, así como para los hebreos, la unidad del origen humano y la creación divina de los hombres y mujeres como la reproducción de Dios justifica la aceptación del valor supremo humano y de la atribución de derechos iguales comunes a todos los seres humanos³⁸. Pero, en ese sentido, el cristianismo significó, posiblemente, «un paso más adelante»; con la figura de

³⁷ Cfr. Ob. cit., pp. 311-334.

³⁸ Cfr. Béatrice Maurer: «Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central», en *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, editado por Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 123.

Jesucristo como el Dios y a la vez un hombre, dotado de una fuerza divina y, simultáneamente, de la fragilidad humana³⁹, el cristianismo aproximó todavía más la naturaleza humana a la dignidad divina.

Según Alberto Oehling de los Reyes, la teoría cristiana de la filiación divina viene reforzada por la doble existencia de Cristo, que es al mismo tiempo Dios y hombre. Esa relación de filiación divina garantizaría a todos los hombres la dignidad máxima y, por lo tanto, todos los derechos humanos que tienen su fuente en la dignidad humana.⁴⁰

La doctrina del *imago Dei*, que fue transmitida por el judaísmo para el cristianismo, es una de las causas ideológicas del rasgo cristiano llamado por David Hollenbach⁴¹ de «*intellectual solidarity*» («solidaridad intelectual»), o sea, de la tolerancia que debe mover el cristianismo hacia la aceptación de las perspectivas y creencias ajenas que estén inspiradas por el objetivo común de la búsqueda del bienestar humano. Por supuesto, esa es una característica del cristianismo, pero no es necesariamente un rasgo histórico de la Iglesia —o las iglesias— cristiana, la cual muchas veces hizo hincapié en posiciones dogmáticas incompatibles con la idea de tolerancia presente en la filosofía de Jesucristo.

La tolerancia intelectual derivada de la doctrina del *imago Dei* proporcionó la base ideológica para el universalismo jurídico que es inherente a la teoría de los derechos humanos. Tal tolerancia intelectual se basa en que todos los seres humanos tienen un origen común, son propensos a actuar hacia el bien (pues son reproducciones de Dios), tienen un interés común en el bienestar de todos y, por eso, pueden estar todos sujetos a reglas comunes de protección de los seres humanos, cualquiera que sea la creencia religiosa, moral o política específica de cada persona. Esas reglas comunes de igual protección básica a todos los seres humanos son exactamente las normas de los derechos humanos, de acuerdo con la teoría política y jurídica que se desarrolló en el mundo

³⁹ La fragilidad de Jesucristo, el Hombre-Dios, se demuestra especialmente en la *via crucis*, en que todas las dolencias humanas (además del cansancio, la tristeza y la duda) son sentidos vívidamente por un hombre que se supone ser Dios (o hijo de Dios).

⁴⁰ Cfr. Alberto Oehling de los Reyes: *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 100-101.

⁴¹ *The global face of public faith: politics, human rights, and christian ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2003, p. 13.

moderno.

Además de la doctrina del ser humano como imagen del Ser Supremo (en este sentido, somos todos «hijos de Dios»), la teología inaugurada por Cristo recibió de la religión de Moisés otros muchos preceptos morales y creencias (la existencia del pecado, del cielo e infierno, de un solo Dios, los diez mandamientos etc.), pero también proporcionó un cambio significativo en el parámetro moral del judaísmo, añadiendo con más fuerza principios morales que son fundamentales en la teoría moral que confiere soporte a los derechos humanos.

Las enseñanzas de Jesucristo inculcaron en la conciencia humana mandamientos de tolerancia, amor hacia todas las personas (amigas o enemigas), respeto al hombre y a la mujer, a los mayores, a los niños y a los minusválidos, además de solidaridad, compasión y rechazo a la violencia, o sea, todos los valores básicos de los derechos humanos. Esos mensajes quedaron claros en el célebre Sermón de la Montaña, en el que Cristo pide a las personas que toleren a sus calumniadores, que no respondan a la violencia con violencia, que amen a los enemigos y que asistan a todos los seres humanos sin esperar nada a cambio⁴². Todo eso solo tiene sentido si se presupone el reconocimiento de la dignidad intrínseca de que están dotados todos los hombres y todas las mujeres, todos los niños, los viejos, los minusválidos, los enfermos, los extranjeros y las personas vulnerables.

El mandamiento moral de Cristo impresiona aún más a los humanistas cuando prescribe el total respeto (además de tolerancia y compasión) a los «pecadores», o sea, a los infractores de las demás reglas de las leyes judaicas. Así, cuando Jesús indaga quién entre los acusadores de Magdalena no ha pecado en su vida⁴³, Él estipula una norma fundamental: todos los seres humanos merecen el mismo respeto, porque no hay «pecadores» y «no pecadores». Todo hombre y toda mujer, en algún momento de su vida, ha violado alguna regla moral o jurídica.

Esa norma de respeto a todos tiene en sí, a nuestro juicio, dos significados: (i) todas las personas, independientemente de cualquier circunstancia (y de cualquier

⁴² Cfr. Lucas, 6:28-35.

⁴³ Cfr. Juan, 8: 1-11.

crimen), tienen el mismo valor, la misma dignidad; (ii) los derechos básicos de las personas —aquí incluido el derecho a la vida— no pueden ser retirados de sus titulares por cualquier motivo que sea. Esa segunda regla, que moralmente está vinculada al principio del perdón, cuando analizada en un plano estrictamente jurídico, significa que algunos derechos que son desdoblamientos de la dignidad humana —los derechos humanos— son inalienables, imprescriptibles e inderogables. De hecho, esa última regla cristiana contrasta con diversas normas judaicas que admitían la pena de muerte⁴⁴.

Lo explicamos con otras palabras: si usamos como jurídico el principio moral que Cristo empleó en el caso de Magdalena y pensamos en los actos ilícitos en vez de los «pecados», llegamos a la conclusión de que algunos bienes fundamentales no pueden ser negados a las personas en razón de la perpetración de un acto ilícito. Esos bienes fundamentales son aquellos que se originan directamente de la dignidad humana, del valor mismo de ser humano. Entre ellos, el más claro es el derecho a la vida, que no debe, desde esa perspectiva, ser retirado de ninguna persona, cualquiera que sea su crimen. La pena de muerte, si admitimos esas premisas humanistas cristianas, debería ser totalmente proscrita de los sistemas jurídicos.

Además de la afirmación de la igualdad entre los hombres y de la tolerancia, el cristianismo revolucionó el parámetro religioso-moral mundial al defender como mandamiento supremo el amor hacia el prójimo, que es el fundamento ético que sostiene todos los derechos humanos basados en la solidaridad, como los derechos sociales, por ejemplo. De hecho, desde un punto de vista meramente individualista, no hay ninguna razón para que una persona sea obligada a prestar auxilio a otra. Tal amparo solo se justifica y concebimos como jurídicamente imponible el deber de solidaridad, que, al fin y al cabo, es una expresión del amor al prójimo defendido —entre otros— por Jesucristo⁴⁵.

El deber cristiano de solidaridad (conectado con el *caritas*, el amor hacia los seres humanos) tiene como fundamento la consideración de la dignidad del prójimo. La dignidad cristiana no es una razón individualista, un elemento aislado de la sociedad. Todo lo contrario, la dignidad cristiana es relacional. La reciprocidad en el cristianismo es fundamental y puede ser obtenida desde su «regla de oro»: *«lo que no quieras que te hagan*

⁴⁴ Cfr. por ejemplo, Deuteronomio, 19:21 y 22:22.

⁴⁵ Cfr. David Hollenbach; ob. cit., p. 15.

a ti no se lo hagas tú a los otros». Esa regla o principio —el principio ético de la reciprocidad— no es exclusiva del cristianismo, siendo ya existente en el pensamiento confuciano y hebraico antiguo (Hillel), pero es característico de la doctrina moral y religiosa cristiana, puesto que hace referencia a la igual dignidad de uno y de los demás seres humanos.⁴⁶

De ahí que, según Alberto Oerling de los Reyes, «*la vocación cristiana se explicita a través de la consideración de la propia dignidad, pero también de la consideración de la dignidad de los demás, es decir, de nuestros deberes en la vida familiar, respecto a los derechos de los demás, la solidaridad y la caridad*».⁴⁷ Esa dimensión relacional de la dignidad humana, o dimensión intersubjetiva, es considerada por la doctrina constitucionalista como una de las dimensiones fundamentales de la dignidad humana como norma jurídica⁴⁸.

El amor cristiano, la «*caritas*», que sería, según Luis Legaz y Lacambra, el resultado de la fusión entre los conceptos griegos «*eros*» y la «*ágape*», está en el centro de la teoría religiosa y moral cristiana.⁴⁹ Asimismo, el amor cristiano, influenciando la formación cultural europea, terminó también por aportar valores básicos al derecho occidental y por respaldar las normas universales de derechos humanos.

Como bien apunta el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, basado en la doctrina de Küchenhoff, el cristianismo ha hecho del amor al prójimo, de la *caritas*, del amor a las otras personas en cuanto hombres y mujeres, el valor central —y el elemento existencial— del ser humano y de todas las conductas humanas dirigidas a los otros. Ese valor, después de agregado a la cultura jurídica cristiana, posibilitó la formación del *Liebesrecht*, el Derecho del amor, o sea, el orden jurídico en que la *caritas* se inmiscuye en todas las normas del sistema⁵⁰, haciendo del Derecho una institución del

⁴⁶ Cfr. Karen Armstrong: *Uma História de Deus: Quatro Milênios de Busca do Judaísmo, Cristianismo e Islamismo*, traducción de Marcos Santarrita, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, p. 91; y Confucio: *Los Cuatro Libros*, traducción de Joaquín Pérez Arroyo, Barcelona, Paidós, 2002, libro XIII (Zi Lu), analecta XXIII, p. 178.

⁴⁷ Ob. cit., p. 101.

⁴⁸ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet: «As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível», en *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, ob. cit., p. 24.

⁴⁹ Cfr. *El derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 11-24.

⁵⁰ Cfr. Luis Legaz y Lacambra: ob. cit., pp. 105-113.

amor, promoviendo la humanización del Derecho por el amor en su sentido objetivo.

El universalismo también es uno de los rasgos fundamentales del amor cristiano, pues no elige destinatario, todo lo contrario, es dedicado a todos los seres humanos debido al hecho de su carácter humano; él «acoge a todos indistintamente», como bien ha notado el filósofo brasileño Leonardo Boff⁵¹, que resalta que la adoración cristiana de Dios no demanda necesariamente un rito especial, ya que puede ser practicada por todos los seres humanos (incluso los «pecadores»), en todos los lugares y en cualquier momento de la vida humana.

Esa humanización del Derecho por el amor tiene intrínseca relación con la humanización del Derecho —interno o internacional— por medio de los derechos humanos. El fundamento lógico del amor cristiano y de los derechos humanos es el mismo: la dignidad humana, o sea, la consideración del ser humano en cuanto ser humano, como un ser merecedor de amor y solidaridad, de respeto y auxilio, de libertad e igualdad.

Como podemos percibir, los principios morales cristianos, si son aplicados como principios jurídicos, forman el núcleo de la teoría de los derechos humanos que se desarrolló muchísimos siglos después de la vida de Jesucristo. No obstante, como bien apunta Charles Villa-Vicencio, la relación entre el cristianismo y los derechos humanos ha sido muy revuelta y contradictoria en la historia de los dos últimos milenios. De hecho, durante muchos siglos, la Iglesia Católica ha promovido la intolerancia religiosa y ha adoptado prácticas que hoy son consideradas ofensivas hacia los valores de los derechos humanos.⁵² A pesar de eso, los fundamentos morales cristianos, por encima de la historia religiosa cristiana, construyeron una importante base axiológica en el contexto moral y cultural europeo y occidental, lanzando las bases materiales para la construcción de la teoría de los derechos humanos como categoría jurídica universal.

No intentamos defender con el presente abordaje del cristianismo que todas las doctrinas religiosas cristianas ofrezcan la misma perspectiva ante los derechos humanos. Todo lo contrario, cada iglesia cristiana tiene su propia representación respecto a

⁵¹ *Cristianismo: o mínimo do mínimo*, Petrópolis, Editora Vozes, 2011, p. 98.

⁵² Cfr. «Christianity and human rights», en *Journal of Law and Religion*, v. 14, n. 2, 1999-2000, p. 579.

la formulación de la dignidad humana y la validez de los derechos humanos⁵³.

Sin embargo, aunque así sea, la raíz de la enseñanza de Cristo registrada en los Evangelios nos permite afirmar que el valor absoluto de la dignidad humana es compartido por las doctrinas religiosas cristianas, así como lo son las pretensiones de respeto (comprendidos en el campo jurídico como derechos subjetivos) originadas directamente del reconocimiento de la dignidad de todo y cualquier ser humano. Otrosí, como veremos a continuación, los valores éticos básicos que fueron firmados por Jesúscristo también son compartidos por otras doctrinas religiosas que, políticamente, parecen estar en contradicción con la religión cristiana.

1.4 La contribución islámica para la afirmación de la dignidad humana

El islamismo es una religión que desciende directamente del judaísmo y del cristianismo. Su surgimiento está identificado con la vida y las revelaciones expuestas por el profeta árabe Muhammad («Mahoma», profeta que vivió entre los años cristianos 570 y 632). La lucha religiosa (y política) de Mahoma (nombre por el cual el profeta es conocido en los países hispánicos) es retomar la fe en el Dios único (Allah, o «Al Lah», que significa «el Dios» en árabe); según Mahoma, Allah, el Sumo Dios de los árabes paganos es el mismo Dios (Yahweh) adorado por los judíos y cristianos y es la deidad que debe ser adorada por todos los hombres⁵⁴. Con ese fundamento, Mahoma combatía el politeísmo (los ídólatras) que prevalecía en la Arabia en el siglo VI y la «degradación moral» de aquel entonces.

Los preceptos religiosos supremos del islamismo están dispuestos en *Al-Qhurān* (el Corán), la «suna» y la «hadith»; el primero es el libro sagrado de los islámicos; las últimas son la tradición oral derivada de la vida, de las palabras y de las acciones del

⁵³ En este sentido, cfr. Christopher Marshall: «A little lower than angels: human rights in the biblical tradition», en *Human rights and the common good: christian perspectives*, editado por Bill Atkin y Katrine Evans, Wellington, Victoria University Press, 1999, p. 28.

⁵⁴ Cfr. Karen Armstrong, ob. cit., p. 143.

profeta Mahoma⁵⁵. En los 114 capítulos (suras) y 6 235 versículos del Corán, están narradas las revelaciones de Mahoma, coleccionadas por sus seguidores que, después de su muerte, formalizaron el mencionado libro sagrado.

Ante todo, Mahoma, con su Corán, no intentó instaurar un nuevo orden religioso y moral, sino *restaurar* el orden monoteísta que fue legado por los judíos y cristianos. Así, el Corán no cancelaba los mensajes de los profetas judíos anteriores; todo lo contrario, el Corán representaba una continuidad de la experiencia religiosa antecedente⁵⁶. Esto está expresado en una de sus suras:

Y no disputéis con los adeptos del Libro, sino de la mejor forma, excepto con los inicuos entre ellos. Decidlos: Creemos en lo que nos fue revelado, así como en lo que os fue revelado antes; nuestro Dios y El vuestro son Uno y a Él estamos sometidos⁵⁷.

Mahoma no se proclamó un Dios o un hijo de Dios, sino un profeta, el último de los tiempos, un sucesor de los muchos profetas anteriores de la humanidad, como Adán, Noé, Abraham, Moisés y Jesús. En este sentido, muchas suras del Corán hacen referencia a esos profetas, sus pactos con Dios y sus enseñanzas.

Según Mahoma, esos pactos de los profetas con Dios estaban siendo incumplidos por la humanidad, lo que hizo necesario su renovación por medio del profeta árabe y de las normas dispuestas en los suras. Luego, el orden religioso y moral nacido con el islamismo no propone un sistema de valores absolutamente nuevo, sino la reanudación de los valores de un solo Dios, de la solidaridad (caridad) y la rectitud moral, representando una renovación del pacto de Dios con el pueblo (inicialmente solo el pueblo árabe, posteriormente también todas las personas que espontáneamente decidieron convertirse al islamismo). De esta manera, nuestras consideraciones anteriores sobre las relaciones entre los valores hebraicos y cristianos y los valores de la dignidad humana y los derechos humanos son totalmente aplicables a la religión islámica.

Como bien advierte Mansour Challita, existe alguna disparidad entre los

⁵⁵ Para los sunitas, el Corán y la suna son las únicas fuentes oficiales del islamismo. A su vez, los xiitas («seguidores de Ali») creen en otras fuentes, como los escritos finales de la vida de Mahoma. Cfr. Ali Kamel: *Sobre o Islã: a afinidade entre muçulmanos, judeus e cristãos e as origens do terrorismo*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2007, pp. 101-102.

⁵⁶ Cfr. Karen Armstrong, ob. cit., p. 159.

⁵⁷ El Corán, 29:46.

libros sagrados de los judíos y cristianos, así como entre las culturas de la sociedad musulmana y la sociedad occidental, disparidades estas que asumen, muchas veces, la forma de un conflicto entre civilizaciones⁵⁸.

De hecho, la visión sobre los deberes de los hombres no es exactamente la misma en el Corán, el Tora y los Evangelios de Cristo. Tampoco son exactamente idénticos los preceptos de tolerancia de las religiones que se fundamentan en esos libros sagrados. Aun así, en todos ellos, existe un consenso mínimo en la concepción del valor humano.

El supuesto rasgo violento que muchas personas atribuyen al islamismo no es verdadero. De hecho, en su esencia, el islamismo es una religión pacífica. De acuerdo con el Corán, el acto de violencia solo puede ser motivado por la defensa. Así, desde la perspectiva islámica, la única guerra justa sería la guerra defensiva, que tiene el fin de parar una agresión externa. La *yihad*, aunque haya alguna disonancia interpretativa⁵⁹, nunca puede ser comprendida como una guerra islámica ofensiva contra otros pueblos, sino únicamente como actos de defensa propia, de repudio a un ataque injusto⁶⁰. Así está dicho el Corán⁶¹:

Y combatid, por la causa de Dios, solo los que os combaten. Pero no sed los primeros en agredir. Dios no ama a los agresores.

No se debe confundir la enseñanza islámica con la práctica real musulmana. Así como el pacifismo cristiano contrasta en la historia de la humanidad con la violencia de muchos cristianos, el pacifismo islámico también es exactamente opuesto a actos violentos de muchos radicales (incluso los terroristas islámicos). Sin lugar a dudas, la supuesta violencia islámica no es originada propiamente en la religión islámica pura, sino de una interpretación tergiversada del Corán.

Otro ataque ideológico que se hace contra el islamismo, en el tema de los derechos humanos, es la supuesta ofensa de la libertad religiosa. Según algunos críticos occidentales, la religión islámica repudiaría la tolerancia religiosa. Pero eso no es cierto.

⁵⁸ «Apresentação: o que você precisa saber para aproveitar plenamente a leitura do alcorão», en *Alcorão: livro sagrado do Islã*, Rio de Janeiro, Editora Best Seller, 2010, p. 10.

⁵⁹ La palabra «jihad» puede ser entendida de muchas maneras, significando guerra, defensa o incluso lucha individual por la virtud. En este sentido, cfr. Katerina Dalacoura: *Islam, liberalism and human rights*, 3ª ed., Nueva York, I. B. Tauris, 2007, p. 46.

⁶⁰ Cfr. Karen Armstrong, ob. cit., p. 163.

⁶¹ El Corán, 2: 190.

En el Corán, Mahoma no recomienda la conversión forzada de los paganos al islamismo (al contrario de lo que pasaba simultáneamente el mundo cristiano). Todo lo contrario, la conversión al Islam siempre fue un acto libre y espontáneo del ser humano.⁶² Los musulmanes, desde el principio, respetaban la coexistencia religiosa con los judíos y cristianos.

En las enseñanzas del profeta Mahoma consta la supremacía del Creador sobre todos los hombres, pero está escrito también que todos los hombres, independientemente de su nacionalidad, raza, color o clase social, son merecedores de la misericordia divina y lo son porque tienen el mismo valor ante Dios. Para los musulmanes, debe existir una relación muy próxima entre Dios y los seres humanos, lo mismo que se postula en las bases doctrinarias de las religiones judía y cristiana. Dios (Allah), así, no sería el Señor solo de los musulmanes, sino de los todos los seres humanos (siendo, pues, todos estos merecedores del mismo respeto). Eso lo demuestra el último capítulo del Corán.⁶³

No estamos desconsiderando que la religión musulmana niegue algunos de los derechos humanos que son hoy reconocidos internacionalmente en la civilización occidental. Sin embargo, el reconocimiento del igual valor de todos los seres humanos asimismo es parte de la cultura islámica que se desarrolla desde el siglo VI; por lo tanto, parte de la idea básica de la dignidad humana es compartida por los seguidores de Mahoma.

De hecho, el problema de reconocimiento de algunos derechos humanos desde la perspectiva islámica no se debe tanto a la teología musulmana, sino a la interpretación retrógrada del Corán, a su lectura dislocada de los contextos históricos y culturales de los antiguos coraixitas y de los pueblos islámicos modernos. Si examinamos con precisión el Corán desde su contexto histórico inicial, hemos de concluir que sus mandamientos fueron —en aquel entonces— avances históricos en la protección de los derechos de las personas, que significó, por ejemplo, la protección de los derechos sucesorios de las mujeres entre los musulmanes muchos siglos antes de tal protección en

⁶² Cfr. Karen Armstrong, ob. cit., pp. 163 y 166.

⁶³ El Corán, 114:1-6.

las naciones cristianas europeas.⁶⁴ Por lo tanto, si el ámbito contextual del Corán fuese trasladado al siglo XXI, seguramente los resultados de tal experiencia serían más compatibles con los valores que caracterizan la doctrina de los derechos humanos.

La igualdad entre todos los seres humanos es reforzada por el mandamiento islámico que niega el traspaso de la responsabilidad por acciones injustas a otras personas que no sean las realizadoras del hecho punible. Ese principio de la individualidad de la pena prohíbe que los castigos sean pasados a los descendientes o a los pueblos y es una de las normas básicas de los derechos humanos. Así está escrito en el libro sagrado:

Quien siga el camino de la rectitud, lo hará en su propio beneficio; y quien desencamine se perjudicará solo a sí mismo. Ningún alma cargará el fardo de otra alma. Y jamás castigamos un pueblo sin antes enviarle un Mensajero.⁶⁵

La situación de las mujeres en el texto del Corán no demuestra una absoluta igualdad ante los hombres. En el cuarto sura, están expresadas normas que imponen una situación de relativa inferioridad de las mujeres. Pero esto no es una ni novedad, ni una exclusividad islámica, si comparamos tales normas con las que fueron legadas por la Torah y los Evangelios cristianos. De hecho, la desigualdad entre los géneros debe ser contextualizada históricamente y no puede obstar una interpretación evolutiva del Corán (así como de la Biblia y de la Torah) que reconozca la igualdad jurídica entre hombres y mujeres.⁶⁶

La creencia en el hecho de que todos los seres humanos tienen la misma dignidad, el mismo valor absoluto como hijos de Dios, justifica la *caridad* como uno de los pilares fundamentales del islamismo. El deber de todas las personas de amparar a las otras en sus necesidades básicas solo tiene sentido si pensamos que, como premisa esencial, debemos reconocer la misma importancia a todos los individuos humanos. Ese deber de caridad, una vez trasplantado al mundo jurídico, se transforma en un deber de solidaridad, que está en el centro de todos los derechos humanos prestacionales.

El deber de caridad está expresado en El Corán:

⁶⁴ Cfr. Karen Armstrong, ob. cit., pp. 164-165.

⁶⁵ El Corán, 17:15.

⁶⁶ Uno puede criticar el islamismo denunciando que sus vertientes más radicales postulan la absoluta sumisión jurídica de las mujeres ante los hombres. Pero lo mismo se aplica a los radicales cristianos y judaicos. En realidad, la ofensa a los derechos humanos de las mujeres es mucho más una obra del totalitarismo religioso que de la opción por el islamismo, el judaísmo o el cristianismo.

¿Has visto a uno que rechaza la religión?
Es él quien rechaza al huérfano
Y no recomienda alimentar los pobres.
¡Ay de los que oran sin prestar atención a sus oraciones!
Aquellos aparentan tener la fe,
Pero les falta la caridad.⁶⁷

La idea islámica de la dignidad humana es el principal fundamento de la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981, en que se reconoce que el Creador *«ha colmado al hombre de privilegios como dignidad, grandeza y preeminencia sobre las demás criaturas»*, que *«todos los hombres serán iguales, sin privilegios ni discriminaciones basadas en el origen, raza, sexo, color, lengua o religión»*, que todo hombre *«nacerá libre y se realizará en un ambiente de libertad, al abrigo de toda pasión, coacción, envilecimiento y esclavitud»*. En el artículo 3º de esta declaración, también está expresamente reconocido que un *«árabe no es superior a un no árabe, ni un no árabe a un árabe, ni un rojo a un negro, ni un negro a un rojo salvo por piedad»*.⁶⁸

La dignidad humana es asimismo la base de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (Declaración de El Cairo), firmada el 5 de agosto de 1990 en la 19ª Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores en El Cairo, Egipto. En su artículo 1º, se reconoce que *«todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana»*.⁶⁹

A pesar de todos los pesares, entre las religiones masificadas de los tiempos modernos, el islamismo (así como también el budismo, como veremos después) es una de las más «universalizantes», ya que defiende la existencia de una familia universal de hermanos entre todos los seres humanos, independientemente de las nacionalidades, color de piel y lenguas. Eso queda claro en el artículo 1º de la Declaración de Cairo:

⁶⁷ El Corán, 107: 1.7.

⁶⁸ Cfr. Emilio Mikunda Franco: *Derechos humanos y mundo islámico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003, pp. 228-230.

⁶⁹ El texto completo de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de 1990 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5549.pdf>>. Fecha de acceso: 20.10.2014.

La humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Allah y su descendencia común de Adán. Todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana, así como en el de las obligaciones [para con Allah] y las responsabilidades sin distinción de raza, color, lengua, sexo, creencia religiosa, filiación política, nivel social o cualquier otra consideración⁷⁰.

Por supuesto, la perspectiva islámica de los derechos y deberes básicos de todos los seres humanos, asimismo la perspectiva respecto a la dignidad humana, no es idéntica a la perspectiva cristiana o judaica. Hay diferencias importantes, principalmente en lo referente a la consideración con las mujeres. Aun siendo así, con base en las ideas fundamentales del islamismo y en las citadas declaraciones de la comunidad islámica, es posible concluir que, también desde su perspectiva, el privilegio de un hombre solamente puede existir en relación a otros animales (a las demás criaturas), no sobre los demás seres humanos, pues todas las personas (hombres o mujeres) tienen la misma dignidad, son cada uno un fin en sí mismo. Todos son merecedores de libertad e igual respeto y, por lo tanto, de los mismos derechos humanos, que son originados de la dignidad humana.

La convivencia entre los valores islámicos y los valores de los derechos humanos fue históricamente comprobada por la asunción de los compromisos internacionales de respeto a los derechos humanos por los Estados de mayoría musulmana. De hecho, la compatibilidad entre los valores islámicos y los derechos humanos también fue expresamente reconocida en la Carta de la Organización de la Conferencia Islámica, de 1972⁷¹.

Entre los Estados árabes, solo Arabia Saudita se negó a firmar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la DUDH⁷². Posteriormente a la DUDH, muchos representantes de los países musulmanes fueron fundamentales en la elaboración de las dos más importantes convenciones de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³. Actualmente, los Estados con población mayoritaria islámica presentan un índice mayor de aprobación de convenciones de derechos humanos que, por ejemplo, los

⁷⁰ Idem, *ibidem*.

⁷¹ Cfr. Ann Elizabeth Mayer: *Islam and human rights*, 4ª ed., Boulder, Westview Press, p. 17.

⁷² Algunos estudiosos ponen en duda la participación efectiva de los musulmanes en la elaboración de la DUDH. Respecto al tema, cfr. Abdulaziz Sachedina: *Islam and the challenge of human rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 11.

⁷³ Cfr. idem, *ob. cit.*, pp. 12-15.

Estados Unidos de América⁷⁴.

1.5 El *hinduismo* y su compatibilidad con la doctrina de los derechos humanos

Así como no hay una única iglesia cristiana o una sola concepción religiosa islámica, el *hinduismo* presenta diversas facetas. Más que eso, el hinduismo ni siquiera es propiamente una religión, sino una expresión genérica que alcanza una gran cantidad de creencias religiosas hindúes. No hay una religión hindú, sino vertientes religiosas hindúes. Eso lo advierte Corstiaan J. G. van der Burg:

Es meramente un truismo decir que es muy fácil etiquetar el hinduismo como «una» tradición religiosa, porque ese mismo término nada más es que un denominador «paraguas» para una tradición cultural extremadamente compleja, pluriforme, diversificada pero también duradera, dentro de la cual se pueden distinguir una gran cantidad de religiones y credos.⁷⁵

Aunque no se pueda decir que hay un «único» pensamiento hindú, es posible establecer muchas diferencias entre el llamado hinduismo y las religiones semitas que analizamos anteriormente.

El primer gran rasgo del hinduismo es su relativo politeísmo. De hecho, según David Smith, el número de dioses y diosas identificados con la cultura hindú —en toda su historia— puede alcanzar el número de 330 millones⁷⁶. Sin embargo, obviamente, el sentido de deidad en el hinduismo es diferente de lo que se reconoce con tal término en el mundo occidental.

Entre los cristianos, judíos e islámicos, en la entidad de «Dios» se reconoce un Ser que es supremo, omnipotente, omnipresente, absolutamente perfecto y creador del universo. Diferentemente, en la tradición hindú, dioses y diosas serían seres superiores, especialmente dignos, pero no necesariamente dotados de la calidad suprema. Un hombre o

⁷⁴ Cfr. idem, ob. cit., p. 17.

⁷⁵ «Traditional hindu values and human rights: two worlds apart?», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi A. An-Na'im, Jerald D. Gort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam, Editions Rodopi, 2004, p. 110, traducción libre.

⁷⁶ *Hinduism and modernity*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, p. 138.

una mujer, en la concepción hindú, puede ser un «dios» o una «diosa», o mismo un avatar de un dios o una diosa, cosa que es impensable entre los judíos, cristianos o musulmanes. Para los hindúes, habría unos dioses más poderosos y virtuosos, y otros menos.

Pese a que haya muchos dioses y diosas en la cultura del hinduismo, se puede decir que el politeísmo hindú es un politeísmo relativo. Así como en muchas religiones y creencias conocidas como politeístas, el hinduismo posee algunos rasgos comunes a las religiones consideradas monoteístas. Es lo que observa el filósofo japonés Masao Abe:

Incluso las llamadas religiones politeístas no creen en varias deidades sin algún orden, ya que frecuentemente adoran alguna deidad suprema como el regente superior a innumerables dioses. Además, las tres deidades principales a menudo constituyen una trinidad —ejemplificada por la noción hindú de *trimurti*, la deidad tríplice de *Brahman*, y *Vishnu* y *Shiva*. Tal noción de trinidad en el politeísmo también implica la tendencia a la unidad en la diversidad— una tendencia hacia la singularidad.⁷⁷

La entidad divina hindú que más se acerca de la visión occidental y semita de Dios es el Brama, o Brahma, que sería el Dios creador del universo, formando la trinidad hindú conjuntamente con los dioses Vishnu y Shiva. De la adoración de Brahma y de sus principios eternos surgió el brahmanismo, o brahmanismo, que es una de las vertientes religiosas del hinduismo.

El brahmanismo se aproxima mucho más a las religiones monoteístas occidentales que a las demás facciones del hinduismo. El sistema normativo (religioso, moral e incluso jurídico) que lo rige es el llamado *dharma*, o darma, que es normalmente traducido como ley (o sistema de leyes) divina, ley universal, ley natural o ley eterna. La interpretación (o incluso la construcción) que se hace del dharma determina el contenido básico del sistema ético y religioso que sigue el hindú.

Según Corstiaan J. G. van der Burg, hay dos tipos religiosos que derivan de perspectivas distintas del dharma. El primer tipo plantea la existencia de un orden moral — el dharma— eterno, inmutable y universal, que sería altamente ritualizado, formal y que impone el orden y la jerarquía como límites absolutos a la libertad y a la igualdad. El

⁷⁷ «The buddhist view of human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, ob. cit., p. 150, traducción libre.

segundo tipo privilegiaría la libertad individual en la búsqueda del *camino de la salvación*.⁷⁸

Para J. G. van der Burg, solamente un tipo —al que llama el «tipo II»— del hinduismo es compatible con los valores de libertad, igualdad y tolerancia que sostiene la doctrina de los derechos humanos.⁷⁹ Sin embargo, como él mismo reconoce, los tipos del hinduismo son tipos ideales y, en la historia y cultura hindú, se presentan mezclados, «dinámicamente relacionados».⁸⁰

En la vida de la mayoría de los hindúes religiosos, la libertad del camino (el bhakti) y los deberes impuestos por el dharma coexisten y deben ser compatibilizados, lo que no es ajeno a la comprensión cristiana, que también postula la coexistencia lógica del libre albedrío y de los deberes creados por el orden divino. Incluso Mahatma Gandhi, que podría ser reconocido como un pensador y activista hindú del «tipo II», defendió los ideales de *anasakti* (no apego) y *ahimsa* (no violencia) de acuerdo con los deberes absolutos y universales del dharma.⁸¹

La superación de la falsa contradicción entre libertad y deberes (del dharma) puede ser obtenida con la percepción de que los deberes son exigidos a fin de proteger la incolumidad del propio ser humano (y demás seres vivos, de acuerdo con la filosofía hindú) y de que todos los derechos (incluso los derechos llamados «humanos») solo tienen sentido si son confirmados por los respectivos deberes. El orden y la libertad no son excluyentes, sino complementarios.

Eso lo percibió Raja Rammohun Roy cuando, ya en el siglo XIX, utilizó la exégesis de los *Upanishads* para defender el respeto a los derechos humanos en la India colonial, por medio de la valorización de los seres humanos y de la obediencia al dharma con énfasis en los valores de la caridad, moralidad, piedad, benevolencia, virtud y no

⁷⁸ Ob. cit., p. 111.

⁷⁹ Cfr. ob. cit., pp. 118-119.

⁸⁰ Ob. cit., p. 111.

⁸¹ La contradicción religiosa parece no ser ajena al hinduismo. Así, la interpretación de las fuentes escritas sagradas hindúes ha justificado en la historia indiana posiciones morales y políticas totalmente opuestas. Por ejemplo, la misma escritura sagrada *Bhagavadgita* que fue evocada por Gandhi para defender la lucha pacífica también fue aclamada por su asesino, el radical Nathuram Vinayak Godse, para justificar su homicidio. En tal sentido, vid. Rein Fernhout: «Combating the enemy: the use of scripture in Gandhi and Godse», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, ob. cit., pp. 124-128.

violencia.⁸² Hoy, la lucha india por los derechos humanos hizo prevalecer la perspectiva humanista del hinduismo, con el intento de superación de las costumbres impropias, como el suicidio provocado de las viudas (el *sati*) y la separación absoluta de las castas, por medio de marcos legales como la Constitución hindú de 1949 y el actual Código Penal hindú.

1.6 La referencia budista para los derechos humanos

El budismo no es una religión creada *ex nulo*, puesto que es parte de una tradición religiosa ya bastante desarrollada, la tradición hinduista. El budismo y el hinduismo no son religiones tan correlacionadas como lo son el cristianismo y el judaísmo, pero, sin lugar a dudas, tienen muchos valores comunes que nos permiten identificar una continuidad del desarrollo cultural y espiritual de los pueblos orientales.

Hay muchas versiones diferentes de la religión budista, pero todas ellas tienen como base el respeto absoluto a todas las formas de vida y la creencia de la potencialidad de desarrollo espiritual existente en todos los seres humanos. Dichos rasgos favorecen la plena compatibilidad entre el budismo y los valores fundamentales de los derechos humanos, como la el respeto a la vida⁸³, la libertad y, en especial, la igualdad entre los seres humanos.⁸⁴

La creencia en la igual capacidad de todos los seres humanos de desarrollar su perfección moral y espiritual determinó un importante cambio en el significado del «dharma». Como hemos explicado, esa expresión, en el contexto hinduista, representa la ley natural, universal, o el conjunto de normas que debe regir el universo y los hombres. Desde la perspectiva budista, el *dharma* pasa a tener también un significado procedimental,

⁸² Cfr. Victor A. van Bijlert: «Raja Rammohun Roy's thought and its relevance for human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, ob. cit., pp. 98-106.

⁸³ «No destruir la vida» es el primer mandato fundamental del budismo. En tal sentido, vid. Masao Abe, ob. cit., p. 147; y Jacques H. Kamstra: «Shinkoku (divine country) and the violation of human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, ob. cit., pp. 157-158.

⁸⁴ Cfr. Padmasiri de Silva: «Human rights in buddhist perspective», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, ob. cit., p. 135.

de búsqueda individual hasta la perfección individual y el *nirvana*.

Esa búsqueda espiritual individual no debe ser entendida como una adhesión al individualismo ético. Todo lo contrario, el budismo cuestiona la existencia aislada del «self», del ser humano absolutamente independiente e inmutable. Para el budismo, la existencia del ser humano solo puede ser comprendida y tener sentido con la existencia y la consideración del «otro», para quien el individuo debe tener siempre compasión, benevolencia y caridad. Así, la ética budista es una ética del cuidado, del amparo a los seres humanos, lo que es plenamente compatible con la teoría hodierna de los derechos humanos sociales.⁸⁵

La reciprocidad (que es uno de los valores fundamentales del budismo), que presupone la consideración de la igualdad de valor entre el «self» y el «otro», tiene como consecuencia la solidaridad entre los seres humanos. Es esta solidaridad la que impone un esfuerzo común a todas las personas que viven en sociedad a fin de que todos los hombres y mujeres puedan gozar de un conjunto mínimo de derechos iguales que correspondan a su dignidad absoluta.

Desde la perspectiva budista, la solidaridad también evoca los mandamientos de la reaproximación, la conciliación, la armonía y la paz.⁸⁶ Tenemos aquí un importante detalle que distingue la ética occidental de la ética budista, aproximando todavía más al budismo a la teoría de los derechos humanos: la doctrina budista no propone un modelo de justicia del tipo «todo o nada», no defiende la venganza o los castigos, sino que se fundamenta en la superación de los errores, la aceptación de los equívocos y la fe en el potencial de evolución de todos los seres humanos.

Actualmente, existen diversas vertientes del budismo por el mundo, siendo quizá la más conocida en el mundo occidental la versión tibetana, que tiene hoy como líder Tenzin Gyatso, el Dalai Lama. Gyatso es un famoso defensor de los valores de los derechos humanos. El 14º Dalai Lama cree en la compatibilidad de todas las religiones y defiende algunos valores y principios que pueden ser aplicables, por consenso, a toda la humanidad sin la necesidad de adhesión a cualquier creencia religiosa: son la dignidad

⁸⁵ Cfr. *idem*, ob. cit., p. 138.

⁸⁶ Cfr. Masao Abe: ob. cit., p. 149.

humana, la compasión, la solidaridad, la fraternidad, la misericordia, el cuidado, la tolerancia, el amor, la igualdad, la libertad en la búsqueda de la felicidad y, sobre todo, la paz⁸⁷.

Debido a la plena compatibilidad entre los valores budistas y los valores de los derechos humanos, la actual lucha por el respeto a los derechos humanos es también una lucha que los budistas toman prestada.

1.7 El diálogo religioso sobre los valores básicos de la dignidad humana y los derechos humanos

Después de examinar algunas de las principales doctrinas religiosas del mundo, debemos reflexionar si los fundamentos axiológicos de la teoría de los derechos son compartidos en las múltiples culturas del planeta, o si, por el contrario, son una imposición política de la civilización occidental. Esa cuestión adquiere relevancia jurídica en el momento de definir si la interpretación de las normas de derechos humanos debe intentar seguir una homogenización universal o si es imposible cualquier intento de tal uniformización hermenéutica. También es relevante solucionar tal indagación si se afronta la crítica a la validez universal de las propias normas de derechos humanos como *ius cogens* internacional (lo que examinaremos en un capítulo particular).

Confrontar las diferentes religiones a fin de investigar un posible conjunto mínimo de consenso respecto a la protección de los seres humanos es un camino indispensable en la crítica al universalismo político y jurídico de los derechos humanos. Como bien resume Abdullahi Ahmed An-na'im (desde su perspectiva islámica) la tentativa que se emprende con el fin de legitimar y defender tal universalismo debe necesariamente traducir el discurso de los derechos humanos a las culturas locales de las sociedades donde se quiera aplicarlo; esa traducción cultural debe ser precedida de un diálogo entrecruzado

⁸⁷ Cfr. Tenzin Gyatso (Dalai Lama): *Océano de sabiduría*, traducción de Nuría Martí, Barcelona, Editorial Paidós, 2000, *passim*.

de las culturas religiosas y de la búsqueda de un consenso intercultural.⁸⁸

Boaventura de Souza Santos entiende que sí es posible encontrar un punto de contacto común entre las principales religiones mundiales a fin de fundamentar axiológicamente los derechos humanos. Pero esa búsqueda científica no puede ser realizada teniendo en cuenta solamente las concepciones religiosas y morales del hermeneuta. En vez de eso, lo que propone Souza Santos es un método de hermenéutica diatópica, que sea construida bajo un diálogo intercultural. Son sus palabras:

En el caso del diálogo intercultural, el intercambio no es únicamente entre conocimientos diferentes sino también entre culturas diferentes, es decir, entre diferentes, en un sentido fuerte, universos de sentido inconmensurables. Estos universos de sentido consisten en constelaciones de topoi fuertes. Estos son los lugares comunes preeminentes de una cultura dada. Funcionan como premisas de argumentación, haciendo posible de esta manera la producción e intercambio de argumentos. Los topoi fuertes se hacen altamente vulnerables y problemáticos cada vez que son «usados» en una cultura distinta. Lo mejor que les puede pasar es que sean «bajados» de premisas de argumentación a argumentos. De esta manera puede resultar bastante difícil, sino completamente imposible, entender una cultura determinada desde el topoi de otra cultura. Quiero proponer en consecuencia una hermenéutica diatópica. En el campo de los derechos humanos y la dignidad, la movilización de apoyo social a las reivindicaciones emancipadoras que contienen potencialmente solo es alcanzable si tales reivindicaciones han sido aprehendidas en el contexto cultural local. La aprehensión, en este sentido, no se puede obtener a través de la canibalización cultural. Ella requiere diálogo intercultural y hermenéutica diatópica.⁸⁹

Incluso autores que defienden ser los derechos humanos un producto cultural, imposible de ser concebido *a priori*, abstractamente, reconocen que la dignidad humana y sus valores conexos son sentidos por toda la humanidad. Entre todos, citamos ese reconocimiento por Joaquín Herrera Flores⁹⁰:

De ahí que para nosotros lo universal no sean los derechos humanos (forma particular de encaminar los antagonismos sociales) sino la idea o la intuición de dignidad humana. A lo largo de la historia se ha luchado de un modo plural y diferenciado por conseguir arrancar a los poderes hegemónicos parcelas de dignidad. En términos muy generales podríamos caracterizar ese universalismo de la dignidad como las plurales y diferenciadas formas de lucha por conseguir un lugar en el mundo y desde ahí construir las condiciones que permitan a los seres

⁸⁸ «Towards an islamic hermeneutics for human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi Ahmed An-na'im, Jerald G. Dort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam-New York, Editions Rodopi, 2004, p. 241.

⁸⁹ Ob. cit., p. 70.

⁹⁰ *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de la Catarata, 2005, p. 28.

humanos sentir que su vida es una vida digna de ser vivida.

Creemos que una de las mejores formas de estudiar los valores de la humanidad en diversos momentos históricos es examinar los valores de las principales concepciones religiosas del mundo. Haciéndolo, aunque de forma superficial, pensamos que es posible concluir que los valores de la dignidad humana y de los derechos humanos fueron y son compartidos por diversos pueblos y culturas humanas, lo que le confiere su carácter global.

Aunque encontremos divergencias en esas concepciones, reconocemos en todas ellas un núcleo común. Y aunque no sean los derechos humanos un producto final inventado y acabado, la lucha histórica por los derechos humanos no es un movimiento histórico de un pueblo o una civilización, sino que es una amalgama de acciones y pensamientos asimétricos que tiene su origen en diferentes lugares y momentos de la historia de la humanidad.

Por último, debemos señalar que el reconocimiento de la característica supracultural y suprareligiosa del núcleo básico de valores de los derechos humanos legitima el flujo hermenéutico y jurisprudencial de los derechos humanos, permitiendo la integración hermenéutica entre diversos órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales del mundo que, directa o indirectamente, están dedicados a la aplicación de las normas de derechos humanos.

1.8 Los valores humanos en la filosofía y la cultura griega presocrática

Así como hicimos cuando abordamos el tema de los valores humanos compartidos por el judaísmo y el cristianismo, debemos alertar también que en el pensamiento griego antiguo no se encuentra ninguna teoría parecida a la teoría de los derechos humanos y ni siquiera a una teoría de derechos «morales» directamente extraída del valor absoluto de todo y cualquier ser humano.⁹¹ Además de eso, según Günther

⁹¹ Cfr. Jack Mahoney; ob. cit., pp. 1-3.

Maluschke, la idea de dignidad humana tampoco es propia de la cultura griega antigua. Son sus palabras:

Respecto al concepto de «dignidad humana», se puede notar que la antigüedad griega y romana —con la excepción del estoicismo— no conocía la idea de dignidad que pertenece a todos los seres humanos. En la antigüedad, un hombre tenía dignidad únicamente en función de su posición en el orden social o su virtud especial, y él tenía derechos solamente como ciudadano de una comunidad política, o sea, de una polis.⁹²

En ese mismo sentido, Gerhard Oestreich también observa que en el mundo antiguo griego no se tenía como válido ningún derecho universal que fuese aplicado rigurosamente a todos los seres humanos, ya que la esclavitud era una realidad social que suponía una diferencia absoluta en el goce de derechos. Según Oestreich, en la polis, «*la imagen humana era asociada a una idea de dignidad que encontraba plena realización solo en el miembro con pleno título, o sea, en el ciudadano*».⁹³ Así, al principio, para los griegos antiguos, la dignidad humana no era un rasgo idéntico de todos los seres humanos, sino solamente de los seres humanos que participaban de la polis, donde eran considerados personas con derechos.

En la Grecia homérica, la vida es representada frecuentemente como una situación de superación por medio de la guerra. Según Emilio Lledó, «*en el mundo homérico es, originalmente, la guerra la que orienta y determina los hechos de los hombres*».⁹⁴ Los héroes griegos antiguos muestran su valor y dignidad en el conflicto armado, bien sea en la posición de vencedor, bien sea en la posición de derrotado. La violencia presupuesta por el clamor de la guerra constante no es propiamente adecuada para los valores que informan los derechos humanos. No obstante, como bien observa Antonio Truyol y Serra, la Grecia de Homero también reconocía en la polis un ambiente de paz, de convivencia social bajo los principios de justicia y dignidad. Así señala el filósofo español⁹⁵:

⁹² Ob. cit., p. 82, traducción libre.

⁹³ *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, traducido al italiano por Gustavo Gozzi, Roma, Editori Laterza, 2007, p. 14.

⁹⁴ «El Mundo Homérico», en *Historia de la ética: 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006, p. 21.

⁹⁵ *Historia de la filosofía del derecho y del Estado: vol. 1: De los orígenes a la Baja Edad Media*, 14ª ed., Madrid, Alianza Universidad Textos, 2004, p. 103.

La *polis* hacía posible ante todo una convivencia pacífica, como ya puso de relieve Homero en su soberbia evocación de la ciudad en la paz y en la guerra que decoraba el escudo de Aquiles, en el canto XVIII de la *Iliada*. Garantizaba el imperio de la justicia, que gracias a ella quedó sustraída a la acción individual. En un principio la justicia se concebía esencialmente como represión de cuanto infringiera el orden establecido; este sentido puramente represivo se ensancharía luego, hasta identificarse con la idea de una armonía, de un equilibrio en las relaciones humanas, de un orden en la sociedad bajo el amparo de una sanción divina.

Así y todo, creemos que los antiguos griegos también desarrollaron algunas ideas éticas que colaboraron para la construcción del valor absoluto del hombre y del respeto igual y universal a todos los seres humanos. Incluso antes del gran filósofo Sócrates, fueron establecidos importantes fundamentos éticos del pensamiento griego, que es una de las bases fundamentales de todas las culturas occidentales. Los llamados pensadores presocráticos también son responsables de gran parte de este desarrollo moral del mundo occidental.

Usualmente, los pensadores presocráticos son representados por los autores modernos como filósofos preocupados exclusivamente con el mundo físico, natural. Pero, como bien apunta Guido Fassò, los griegos presocráticos también demostraron preocupación por el mundo moral, político y jurídico⁹⁶. Es posible, así, afirmar que hubo una línea común de pensamiento ético entre en la filosofía griega presocrática.

Los filósofos presocráticos creían ante todo en la perfección de la naturaleza. Por lo tanto, es bastante lógico que los mencionados pensadores creyeran en la vigencia de reglas universales para las relaciones humanas, así como creyeran en la existencia de reglas universales para los elementos de la naturaleza. El rasgo universal de la naturaleza tenía así como consecuencia, para los griegos antiguos, el universalismo jurídico. En este sentido, se concebía la existencia de un derecho perfecto, universal e inmutable como la propia naturaleza, o como elemento de esa misma naturaleza.

Curiosamente, esa noción de derecho natural o divino de los filósofos presocráticos está conceptualmente muy cerca de la idea *dharma* de la tradición hindú, idea esta que es contemporánea a los pensadores griegos antiguos. Esos dos conceptos de culturas distintas no tienen cualquier conexión geográfica o histórica, pero su proximidad

⁹⁶ *Storia della filosofia del diritto: I. Antichità e Medioevo*, v. I, 5ª ed., Roma, Editori Laterza, 2008, pp. 14-15.

ideológica nos revela la tendencia de las primeras sociedades humanas desarrolladas de identificar la perfección de las reglas de convivencia social y política (las reglas jurídicas) como producto de la perfección de la propia naturaleza.

Según Truyol y Serra, la creencia en el derecho divino, de naturaleza universal e inmutable, fue compartida por varias escuelas griegas presocráticas. Así, Anaximandro de Mileto, de la Escuela Jónica, trasladó la idea de la justicia (*Dike*) a todo el universo, representado entonces como una polis infinita. Por lo tanto, si hay justicia y leyes que rigen la polis, también debe haber justicia y leyes inmutables que rijan todo el universo.

También Pitágoras y sus discípulos —los pitagóricos— creían en la absoluta armonía del universo, que podría ser traducida en números. En esa armonía universal estaba incluida la idea de justicia —la justicia aritmética— que suponía la igualdad de las personas y el igual respeto de todos los seres humanos (incluso de las mujeres). A su vez, Heráclito, con su filosofía que veía el mundo como una realidad eternamente cambiante, percibía una lógica armónica en el cambio, un *logos*, el cual, en el campo de la justicia, significaba la existencia de una ley divina, universal, que vale para todos los hombres y debe ser respetada por las leyes humanas⁹⁷.

La existencia del derecho divino —o de la naturaleza— como sistema superior de normas jurídicas fue muy bien representada en la tragedia griega *Antígona*, de Sófocles. El dramaturgo Sófocles (496 a 406 a.C.), aunque sea conocido hoy principalmente por sus obras teatrales, fue también un hombre dedicado a la vida política de Atenas, y por lo tanto fue también una persona preocupada por la política y el derecho. En su *Antígona*, Sófocles suscita uno de los más importantes dilemas respecto a la teoría del derecho: la contraposición entre un derecho de la polis (derecho positivo) supuestamente injusto y un derecho superior justo y natural.

En esa famosa tragedia, Sófocles narra que los hermanos de Antígona, Polinices y Eteocles, lucharon en lados opuestos en una guerra entre las ciudades de Tebas y Argos, guerra esta en que salieron vencedores los tebanos. Ambos personajes, que son hijos del anterior rey Edipo y Yocasta (y hermanos de Antígona e Ismena), murieron en la

⁹⁷ Ob. cit., pp. 104-107.

batalla. Creonte, entonces rey de Tebas, decidió ofrecer los rituales fúnebres apropiados solamente a Eteocles, que luchó por Tebas, y prohibir, por medio de un documento legal, que se enterrase dignamente a Polinices, que luchó por Argos. Antígona decidió desobedecer la decisión real, enfrentándose a Creonte. Cuando fue indagada sobre el motivo de la desobediencia civil, Antígona así se justifica: el decreto real sería violador del derecho divino. He aquí el fragmento más famoso de *Antígona*⁹⁸:

CREONTE: Y, así y todo, ¿te atreviste a desobedecer la ley?

ANTÍGONA: Sí, porque no era Zeus quien me la había decretado, y Dike, compañera de los dioses subterráneos, nunca perfiló entre los hombres decreto de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que surgieron. No voy yo a atraerme el castigo de los dioses por temor a lo que pudiera pensar alguien: ya veo mi muerte —y ¿cómo no?—, aunque tú no hubieses decretado nada; y, si muero antes de tiempo, yo digo que es ganancia: quien, como yo, entre tantos males vive, ¿no sale acaso ganando con su muerte? Y así, no es desgracia, para mí, tener este destino; y en cambio, si el cadáver de un hijo de mí madre estuviera insepulto y yo lo aguantara, entonces, eso sí me sería doloroso; lo otro, en cambio, no me es doloroso: puede que a ti te parezca que obré como una loca, pero, poco más o menos, es a un loco a quien doy cuenta de mi locura.

En la tragedia de Sófocles, Creonte no da la razón a Antígona y le impone la pena de muerte. Cuando Creonte, aconsejado por Tiresias, se arrepiente de su orden y revoca su decreto, reconociendo la supremacía de la ley divina, ya es muy tarde: Antígona, su hijo Hemón (novio de Antígona) y su mujer Eurídice ya se habían suicidado, lo cual fue imputado tácitamente por Sófocles como consecuencia de la violación de la ley superior eterna.

Curiosamente, en la tragedia *Edipo Rey*, Sófocles presenta a Creonte en una situación en que él, hermano de Yocasta, amenaza con desobedecer el dictamen del soberano Edipo por creer que su orden ofendía la justicia (o sea, el orden divino). He aquí el diálogo de los personajes⁹⁹:

⁹⁸ Sófocles: *Édipo Rei e Antígona*, traducción al portugués de Jean Melville, São Paulo, Martin Claret, 2007, p. 96, traducción libre.

⁹⁹ Sófocles: ob. cit., p. 48.

EDIPO: No me convenciste. Hablas como si estuvieses dispuesto a desobedecer.

CREONTE: Sí, porque veo que no estás siendo justo.

EDIPO: Justo para conmigo, considerando quien soy.

CREONTE: ¿Y por qué no también para conmigo?

EDIPO: ¡Porque tú eres un traidor!

CREONTE: ¿Y si lo que tú dices no es cierto?

EDIPO: Aun en este caso debo ser obedecido, ya que soy el rey.

CREONTE: ¡No si tu orden es injusta!

Lo que importa para la investigación histórica y cultural de los fundamentos de los derechos humanos no es atestar la creencia de los griegos antiguos en la existencia de un derecho natural (divino), considerando que el orden de los derechos humanos no debe ser confundido con un orden de derecho natural. Lo importante sí es percibir que, según el testimonio de Sófocles, en la Grecia Antigua, eran concebidos un orden de valores de protección a los seres humanos que debía ser respetado por el poder soberano (ya fuera este despótico, ya fuera democrático).

El poder político nunca podría ser absoluto en el sentido de poder violar el derecho básico de las personas, como, en el caso de Antígona, la libertad religiosa y la dignidad de la persona difunta. Proceder a los ritos fúnebres de su hermano estaba protegido en la esfera de la libertad religiosa de Antígona, así como también era una forma de respetar la dignidad del ser humano que ya estaba muerto.

Estos derechos (considerados por Sófocles como divinos) debían ser respetados por el soberano aunque el cadáver fuera de un enemigo del Estado, como era el caso de Polinices. Toda persona, dado el hecho de ser humano, independientemente de cualquier circunstancia, debería gozar de esos derechos —humanos—, según la tradición griega presocrática.

1.9 El humanismo de los sofistas

Aunque no haya existido propiamente una escuela filosófica sofista¹⁰⁰, los sofistas son reconocidos hoy por las críticas de sus opositores, los herederos de Platón y Aristóteles. Según sus críticos, los sofistas enseñarían onerosamente retórica a sus alumnos y defenderían el relativismo moral, o sea, negarían la existencia de los valores éticos absolutos, poniendo de relieve la conveniencia como elemento de creación de la moral. Esa mala prensa de los sofistas no corresponde con justicia a su importancia para la formación de la cultura griega que tanto influenció al mundo occidental¹⁰¹.

La palabra «sofista», derivada de «*sophía*», o «sabiduría», puede ser traducida como «sabio». Los sofistas, en la Grecia clásica (siglo V a.C.), simplemente eran «sabios» que impartían clases (remuneradas) sobre los más diversos temas, como retórica, oratoria, gramática, poesía, artes etc. Eran los sofistas, pues, personas con incumbencia para participar de la formación cultural de los ciudadanos griegos. Esa difusión cultural promovida por los sofistas en el auge de la civilización griega antigua (en el siglo V a.C., en el periodo comprendido entre las Guerras Médicas y la Guerra del Peloponeso) justifica la denominación de «Ilustración griega» conferida hoy a la sofística¹⁰².

Según Truyol y Serra, más que participantes de una doctrina consensual, los sofistas preparaban a los individuos para la vida pública y tenían en común una actitud espiritual que fue fundamental para la consolidación de la democracia entre los griegos. Son sus palabras:

Sin formar propiamente una escuela, tenían los sofistas en común, más que una doctrina, una actitud espiritual y rasgos externos que los distinguen de sus predecesores. Si antes la filosofía se cultivaba en círculos cerrados y con móviles desinteresados, ahora se traslada a la vida pública, y tiende ante todo a formar ciudadanos capaces de lucirse en las asambleas, que en la democracia ateniense desempeñaban un papel esencial. En este sentido, la sofística era como una exigencia de la evolución democrática en Atenas y otras ciudades. De ahí que los sofistas, atendiendo a la demanda de su público, cultiven de preferencia la retórica, y den más importancia a la argumentación, en sí, al arte de convencer por el

¹⁰⁰ Cfr. Antonio Truyol y Serra: ob. cit., p. 114.

¹⁰¹ Cfr. Carlos García Gual: «Los sofistas y Sócrates», en *Historia de la ética: 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006, p. 48.

¹⁰² Cfr. Idem, ob. cit., p. 37.

discurso, que a la búsqueda de verdad. Esta propensión a la retórica va unida al racionalismo y al espíritu crítico, que les hace poner en entredicho la tradición y ha dado lugar a que se designe a veces la época de los sofistas como la Ilustración griega.¹⁰³

El supuesto relativismo moral de sofistas, que tanto fue rechazado por sus opositores, en realidad significaba una actitud de apertura para el diálogo, la argumentación, el convencimiento racional; significaba la moderación en la defensa de las opiniones propias y la tolerancia hacia las opiniones de los adversarios. Tal rasgo de la sofística fue indispensable para la construcción del espíritu democrático entre los griegos. Como bien señala Guido Fassò, la fe optimista de los sofistas en la razón deliberativa suponía el sacrificio de la absolutidad y universalidad de la verdad (luego, la asunción del relativismo), pero en beneficio de los seres humanos (en este sentido, el hombre es, incluso en el sentido ético, «la medida de todas las cosas») y del ejercicio democrático que está fundamentado en las instituciones políticas.¹⁰⁴

El espíritu democrático de los sofistas también puede ser atestado por la creencia de sus más importantes representantes en la igualdad entre todos los seres humanos. Ese rasgo es —a lo mejor— la más importante aportación sofista para la diseminación en el mundo occidental de la cultura de los derechos humanos.

Para los sofistas, la razón y el sentimiento moral fueron concedidos por Zeus (o por la naturaleza) a todos los seres humanos, hombres o mujeres, griegos o extranjeros. Por lo tanto, todas las personas tienen capacidad para participar de la vida pública y deben tener acceso a la educación para facilitar tal participación. Según García Gual, «*en ese reparto igualitario se fundamenta el derecho que todos tienen a participar en la política, en los asuntos que a todos les conciernen*».¹⁰⁵ Por lo tanto, podemos observar que la libertad de participación política, tan importante en la moderna doctrina de los derechos humanos, también tiene como fuente el pensamiento sofista.

La defensa teórica de las mujeres, de los extranjeros y de los esclavos por los sofistas es consecuencia de su creencia en la igualdad de los seres humanos¹⁰⁶. Ese

¹⁰³ Ob. cit., p. 114.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 23, traducción libre.

¹⁰⁵ Ob. cit., p. 47.

¹⁰⁶ La gran mayoría de los sofistas eran adeptos de la doctrina de igualdad entre los seres humanos, pero no todos. Entre ellos, Calicles fue el más famoso defensor del derecho del «más fuerte». Su concepción

socorro a los marginados fue considerado muy revolucionario por la opinión pública griega conservadora, generando incluso persecuciones a importantes sofistas, como el más famoso de ellos, Protágoras, que fue procesado (como Sócrates) en Atenas y vio cómo su tratado *Peri Theôn* fue quemado en la plaza pública¹⁰⁷.

Protágoras no fue el único sofista defensor de los grupos sociales carentes de poder y participación política. Entre los sofistas más conocidos, Truyol y Serra menciona a Hippias como un gran crítico de los privilegios de la ciudadanía, Licofrón como opositor a los privilegios de clase, Alcidas como enemigo de la esclavitud y Antifón como defensor de la igualdad entre griegos y bárbaros¹⁰⁸. Además de eso, muchos otros pensadores sofistas, ya en el siglo V a.C., defendían los derechos de las mujeres y cuestionaban si era natural la sumisión de la mujer al marido¹⁰⁹.

Para fundamentar sus valores revolucionarios, los sofistas desarrollaron una doctrina que no era del todo inédita en Atenas: la idea que defiende la coexistencia de la *physis* (como derecho natural) y del *nómos* (como derecho legal, originado de los pactos sociales). Esa doctrina es así explicada por García Gual¹¹⁰:

Los sofistas distinguieron entre los productos de la naturaleza y los de la convención social, y aplicaron esa distinción a las instituciones de nuestro mundo, a las leyes, a las costumbres, a los credos religiosos y políticos, etc. Frente a la naturaleza, *phýsis*, está la convención, *nómos*, bien cooperando, bien oponiéndose. La cultura humana es una combinación de ambos elementos. Hay un orden natural y un orden determinado por leyes y convenios humanos. Éste es uno de los temas centrales para la reflexión sobre la civilización y lo social. Aunque las soluciones aparezcan diversas, el problema se presenta como un fondo común a la discusión general de la época.

Los sofistas destacaron la oposición y el contraste entre la naturaleza, universal y eterna, y las convenciones legales, surgidas aquí y allí, con un valor concreto. Estos intelectuales viajeros habían advertido las variaciones de las creencias y las leyes, según los pueblos y según las circunstancias —un pensamiento que se encuentra bien recogido en Heródoto—, y sabían que las leyes, costumbres y creencias religiosas de los humanos no son inmutables ni están fundadas sobre un patrón universal. Al subrayar la antítesis frecuente entre la *phýsis* y el *nómos* —encarnado en los *nómoi* de diversas ciudades y épocas— los sofistas insisten en el carácter progresista de la cultura; y, en una primera época,

moral sostenía que las leyes fueron construidas para proteger a los frágiles ante los fuertes, lo que sería, en su opinión, contrario a la naturaleza.

¹⁰⁷ Cfr. Carlos García Gual: «Los sofistas y Sócrates», ob. cit., p. 50.

¹⁰⁸ Ob. cit., p. 116.

¹⁰⁹ Cfr. Idem, ibidem.

¹¹⁰ Ob. cit., pp. 44-45.

esas teorías sobre la relatividad de las convenciones legales y el horizonte amplio de lo natural se inscriben en una visión optimista de la civilización.

Está muy claro que el proclamado relativismo sofístico representó una crítica al *status quo* helénico, pero legitimó la libre creación de leyes en la civilización griega antigua. En el ámbito político y jurídico, la doctrina sofística reconocía el relativismo del *nómos*, pero se fundamentó en la inmutabilidad de la *physis* para defender principios de justicia que respetan la igualdad entre todos los seres humanos (la isonomía) y que sirven al propósito de limitar el poder político constituido.

1.10 El humanismo singular de Sócrates (según Platón)

Sócrates era un arduo defensor de la justicia, de la razón, de las leyes y de la virtud. Su concepción universal de la justicia y de la virtud es una inspiración para la futura teoría de los derechos humanos. Su propia metodología de búsqueda del conocimiento parte de una premisa humanista: todos los seres humanos tendrían dentro de sí la verdad y la virtud en estado potencial.

Para Sócrates, enseñar no sería embutir una verdad extraña y artificial, sino traer a la superficie del alma un contenido que ya está en su interior. Enseñar sería revelar al discípulo un conocimiento que ya estaría silencioso en su inconsciente, sería ayudarle a descubrir —«parir»— la verdad por sí mismo; tenemos aquí el método mayéutico.¹¹¹ Así, todo el saber y toda la virtud (y el valor moral) ya estarían en la posesión de todo ser humano por el simple hecho de ser este humano y ser también, por lo tanto, racional. Esa premisa filosófica es un pensamiento fantástico que atribuye una misma capacidad a todas las personas y tiene por consecuencia el reconocimiento de un igual valor para todos los seres humanos.

La fe de Sócrates en los hombres le hace concluir que la virtud —*areté*— puede ser desarrollada por todos los seres humanos por medio de la búsqueda del conocimiento. De acuerdo con su pensamiento filosófico, nadie hace el mal a sabiendas, o

¹¹¹ Cfr. Carlos García Gual: «Los sofistas y Sócrates», ob. cit., pp. 70-71.

sea, todo el mal tiene su origen en la ignorancia.¹¹² Por lo tanto, no existirían por naturaleza personas malas, sino personas ignorantes, ya que toda persona puede, a su juicio, alcanzar el bien por medio de la educación y de la filosofía.

La filosofía moral socrática tiene el carácter universalista (que inspiró, entre otros, el idealismo platónico)¹¹³. Afirmaba Sócrates que existía un orden objetivo universal de valores que debía ser alcanzado por medio de la razón y del ejercicio de la *areté*, de la virtud (ahí incluidas todas las «virtudes cardinales», como la *sophía*, la *andreía*, la *sophrosyne* y, principalmente, la *dikaiosyne*¹¹⁴). Según el filósofo, la verdad moral sería un elemento de la realidad, de la misma forma que lo es la verdad natural, que se refiere a un fenómeno de la naturaleza. El universalismo moral socrático puede ser considerado como un precursor de las doctrinas filosóficas racionales y universales, las cuáles tiene su ápice en la teoría moral kantiana.

Pese a su premisas filosóficas de búsqueda de la virtud por la razón compartida por todos los seres humanos, la filosofía política socrática y su concepción de justicia también tiene un rasgo contractualista en la creencia de que el convenio entre las personas crea la justicia, y que las leyes de una sociedad política son un convenio de voluntades del cual se benefician todos los ciudadanos. Ese convenio, por su importancia colectiva, sería más importante para Sócrates que cada ser humano individualmente identificado. En ese sentido, a nuestro juicio, la filosofía política de Sócrates ubica el colectivo (la *polis*) por encima del individuo. Eso se puede constatar desde sus diálogos con Critón, relatados por Platón.

En la obra «Critón, o del Deber», Platón narra un diálogo entre su maestro Sócrates y Critón. Según la narrativa, Sócrates, en aquel entonces un hombre de setenta años, estaba detenido y fue procesado injustamente por las autoridades de la ciudad-Estado de Atenas, bajo la acusación de corromper a la juventud, de no creer en los dioses de la ciudad y de introducir dioses extraños entre los jóvenes¹¹⁵. A pesar de su elocuente defensa,

¹¹² Cfr. Carlos García Gual: «Los sofistas y Sócrates», ob. cit., p. 69.

¹¹³ Cfr. Carlos García Gual: «Platón», en *Historia de la ética: 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006, p. 100.

¹¹⁴ Respectivamente: sabiduría, coraje, moderación y justicia.

¹¹⁵ La acusación contra Sócrates y su defensa están descritas en la obra «Defensa de Sócrates», contada por Platón. Cfr. Platón: «Defensa de Sócrates», en *Grandes obras del pensamiento*, traducción de Francisco García Yagüe, Madrid, El País, 2010, pp. 29-72.

Sócrates fue condenado por sus conciudadanos a la pena de muerte. La historia de Platón cuenta que su amigo Critón, en la noche anterior a su ejecución, intentó salvar al filósofo, sobornando a los guardianes de la cárcel. Pero Critón no logró convencer a Sócrates de que este debería salvar su propia vida. De hecho, el diálogo con Critón se transformó en una discusión sobre la justicia, discusión esta que fue aparentemente «vencida» por Sócrates.¹¹⁶ Su premio, sin embargo, fue su propia muerte.

Según Platón, Sócrates estaba de acuerdo con Critón en que su sentencia de muerte no era la más acertada, era fruto de un juicio equivocado; sabía Sócrates de que él no merecía morir. No obstante, Sócrates acreditaba que la ejecución de la sentencia era un acto de cumplimiento de las leyes de Atenas, y que estas representaban lo justo, puesto que resultaban del convenio entre los ciudadanos. Esta sería una regla de justicia, que sería enunciada desde la siguiente pregunta: «¿se ha de hacer o se ha de burlar aquello que convenimos con alguien y que es justo?» A esta pregunta Critón contestó con las palabras que Sócrates quería oír: «*Debe hacerse*»¹¹⁷.

Notamos que en la pregunta de Sócrates había una premisa que no fue directamente impugnada por Critón: que lo que convinieron ellos era necesariamente «justo», o sea, que todas las leyes contienen una convención absolutamente justa, o que sea siempre «justo» obedecer las leyes y sea siempre «injusto» desobedecerlas. Así, Critón y Sócrates parecían creer que lo que se conviene en un pacto político-social es siempre justo, aunque viole los derechos básicos indisponibles de las personas, como el derecho a la vida y la libertad de pensamiento.

A continuación, Sócrates simula una serie de preguntas que las «leyes» y la *polis* harían al propio Sócrates si supiesen de su intento de evasión¹¹⁸:

¿Verdad que con lo que te propones llevar a cabo intentas destruirnos a nosotras, las leyes, y a la ciudad entera en lo que está de tu parte, o tal vez te parece posible que siga existiendo, que no se venga abajo aquella ciudad en la cual no tienen fuerza alguna las sentencias pronunciadas, sino que pierden su autoridad y son aniquiladas por obra de los particulares?

¿No te comprometiste a someterte a las sentencias que la ciudad

¹¹⁶ La discusión entre Sócrates y Critón está registrada en la obra de Platón: «Critón, o del Deber», en *Grandes obras del pensamiento*, ob. cit., pp. 85-107.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 98.

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 98-100.

pronunciase?

¿(N)o te trajimos al mundo nosotras, ya que por nuestra mediación casó con tu madre tu padre y te engendró? Di, pues: ¿tienes algún motivo de disgusto con aquellas de nosotras que son leyes relativas a los matrimonios, por considerar que no son buenas?

¿Y con las leyes concernientes a la crianza y educación del niño, que tú también disfrutaste?

(...)

¿Cómo, pues, vas a disfrutar de esa igualdad con respecto a tu patria y sus leyes, de suerte que si nosotras tratamos de quitarle la vida, por considerarlo justo, intentes tú también, en la medida de tus fuerzas, matarnos, para defenderte, a nosotras, las leyes y la patria, y digas que esa conducta es justa, tú, un hombre que siente verdadera preocupación por la práctica de la virtud?

Independientemente de la cuestión de saber si la decisión del filósofo fue o no moralmente correcta, nos interesa aquí en especial la justificación ofrecida por Sócrates. Según su modo de ver las cosas, la precedencia en la valoración moral debe siempre favorecer la colectividad, la *polis*.

Según Sócrates, las leyes de la ciudad serían *ipso iure* justas porque representarían un acuerdo político-social entre los ciudadanos y deberían ser cumplidas en toda y cualquier ocasión, a fin de evitar el peligro de la destrucción de la propia comunidad. De esta manera, para Sócrates, la vida de la *polis* y de sus leyes sería más importante que la vida humana de uno. Por lo tanto, la muerte de un ser humano sería justificable si sirviera de instrumento para la subsistencia de la sociedad política y sus leyes.

Esa preferencia dada por Sócrates en favor de la comunidad y con el sacrificio de la vida humana concreta —la suya propia— no refleja exactamente el significado —hoy reconocido— de la dignidad humana. Como ya afirmamos anteriormente, la idea de la dignidad humana simboliza el valor absoluto de la vida humana, del hombre y de la mujer. Como fin absoluto que es, una persona no podría, teóricamente, tener su propia existencia sacrificada en favor de otro ente (otra persona, una colectividad o un ente abstracto), si estamos de acuerdo con el principio en cuestión. Por eso, teorías morales —como la del propio Sócrates y la de Aristóteles, la cual analizaremos posteriormente— que atribuyen una importancia absoluta a una entidad colectiva, y así

justifican la supresión de bienes y libertades que se originan directamente del valor absoluto de la vida humana, son hoy consideradas ofensivas al principio de la dignidad humana.

Es menester advertir que el Sócrates a quien hicimos referencia no es necesariamente el «hombre histórico Sócrates», que vivió, probablemente, entre los años 469 y 399 antes de Cristo; sino que es el «Sócrates de Platón», el Sócrates mencionado en los diálogos platónicos, lo cual, como bien advierte Giorgio del Vecchio, «*es, en gran medida, el propio Platón*».¹¹⁹

De esa manera, podemos afirmar que la filosofía política de Sócrates, que atribuye valor supremo a la comunidad, es, en parte relevante, la teoría política también de Platón.¹²⁰ Debemos, así, tranquilamente admitir que también para Platón, en el conflicto entre los derechos básicos de la persona y el interés de la comunidad política, debería prevalecer este último. Esta misma conclusión es compartida por Giorgio del Vecchio, según el cual, en la teoría política de Platón, el poder del Estado sería ilimitado, nada sería reservado exclusivamente al arbitrio de los ciudadanos y todo estaría bajo la competencia y la injerencia del Estado.¹²¹

A pesar de la supremacía colectiva absoluta que apuntamos en el pensamiento de Sócrates y Platón, el humanismo socrático, en todos los otros puntos, coincide con los valores de los derechos humanos. Sócrates era ante todo un pacifista y creía —al igual que Jesucristo, cuatro siglos después— que sería mejor sufrir una injusticia que cometerla.¹²² Sus lecciones inspiraron a otros filósofos griegos que fundamentaban sus pensamientos en la fe en todos los seres humanos, en la valorización de la isonomía, en el pacifismo y en el cosmopolitismo, todos ellos muy importantes para la formación de la moderna teoría de los derechos humanos.

¹¹⁹ *História da filosofia do direito*, traducción al portugués de João Batista da Silva, Belo Horizonte, Editor Líder, 2006, p. 19.

¹²⁰ En este sentido, cfr. Antonio Truyol y Serra, ob. cit., p. 146.

¹²¹ *Ibidem*, p. 20.

¹²² Cfr. Platón: *Gorgias*, 469b-c, s.f., disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000468.pdf>>, acceso en 26.3.2012; Antonio Truyol y Serra: ob. cit., p. 131.

1.11 Aristóteles: ¿valores humanistas?

Si nos dedicamos a confrontar la filosofía moral (con base en su *Ética a Nicómaco*) con la filosofía política (basada en su *Política*) de Aristóteles, discípulo de Platón, llegaremos a una conclusión semejante a la que alcanzamos confrontando los pensamientos moral y político socráticos. Aristóteles, en su teoría moral¹²³ (o en su estudio sobre la *Ética*), adopta premisas que son compatibles con las ideas básicas de la dignidad humana. A pesar de eso, en su teoría política, el mismo Aristóteles llega a algunas conclusiones que, hoy, consideramos incompatibles con el ideal del valor absoluto del ser humano.

El elemento nuclear de la teoría moral aristotélica es la virtud moral (o simplemente *virtud*, en su sentido estricto). Todo valor moral, el bien, según Aristóteles, reside en la virtud, y esta, que es cognoscible por medio de la razón, solo puede ser hallada entre los elementos del alma. Todo bien y toda felicidad correspondería a las virtudes morales y estas no existirían fuera del alma. El alma, que es la inmaterialidad de los seres racionales, en el plano de los seres vivos, sería una exclusividad de los seres humanos. Por lo tanto, entre los seres del mundo visible, solamente las personas —que están dotadas de almas— tendrían virtud moral, valor, y dignidad.

De acuerdo con el pensamiento de Aristóteles, la acción moral, por medio de la cual se ejercita la virtud, solo puede ser atribuida a los seres racionales (los seres humanos), pues solo estos son capaces de elegir, de dirigir la voluntad hacia un fin¹²⁴. La idea de elección, que es comprendida por Pedro Simon Abril¹²⁵ como libre albedrío, dependería de la existencia de la razón y solamente tendría significado en la esfera del alma humana.

¹²³ No intentamos aquí de hacer cualquier diferenciación conceptual entre moral y ética. Así, cuando nos referimos a «teoría moral» o «doctrina moral», hacemos referencia tanto a una como a otra especie.

¹²⁴ Cfr. Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, v. I, traducción de Pedro Simon Abril, Villatuerta, Ediciones Folio, 1999, pp. 99-100.

¹²⁵ Según Antonio Alegre Gorri, Profesor de Historia de la Filosofía de la Universidad de Barcelona, Pedro Simon Abril fue el primer traductor de la obra de Aristóteles de la lengua griega al castellano. Su traducción de *Ética a Nicómaco* fue finalizada al final del siglo XVI. Es esta la versión que consultamos. Cfr. «Sobre las Ediciones de Aristóteles y sobre la Edición de la *Ética a Nicómaco*», en Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, v. I, traducción de Pedro Simon Abril, Villatuerta, Ediciones Folio, 1999, pp. 15 y 99.

De todas las virtudes, la más especial, la más perfecta sería la justicia. La superioridad moral de la justicia en comparación con las demás virtudes es reconocida por Aristóteles porque, según él, la justicia —o la obra justa— beneficia al otro, alguien que no el propio hombre justo. Esa alteridad explicaría la perfección de la justicia en cuanto virtud. Son las palabras del discípulo de Platón:

La justicia, pues, encierra en sí y comprende todas las virtudes, y es la más perfecta de todas las virtudes, porque es el uso de la virtud que es más perfecta. Y es perfecta, porque el que la posee puede usar para con otro de virtud y no para consigo mismo solamente. Porque muchos en sus cosas propias pueden usar de la virtud, lo que no pueden hacer en las ajenas. Por esto dice muy bien aquel dicho de Biante, que el mando y señorío demostrará quién es el varón. Porque el señorío para el bien de otro se encamina, y consiste ya en el bien común. Y por esta misma razón sola, la justicia entre todas las virtudes parece bien ajeno, porque para el bien de otro se dirige, pues hace las cosas que son útiles a otro, o al que gobierna, o a la comunidad de la república. Aquel, pues, es el peor de todos, que contra sí mismo y contra sus amigos usa de maldad, y el mejor de todos será, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino el que para con otro, porque ésta es la obra de mayor dificultad. De manera que justicia no es una sola especie de virtud, sino una suma de todas las virtudes¹²⁶.

Aristóteles asimila la idea de justicia a las virtudes ejercitadas en el ambiente de la comunidad política. La justicia sería un concepto correlato a la igualdad y la legalidad, entendida esta última como respeto exacto a los preceptos legales. En este sentido, justo sería quien guarda la igualdad y vive conforme a la ley; injusto sería quien obra diferentemente. Así le parece al mencionado filósofo:

Parece, pues, que así el que no guarda igualdad, se dice injusto, y así también claramente aquel se dirá ser justo, que vive conforme a la ley y guarda igualdad en el trato de las cosas, y lo justo será lo que es conforme a ley y a igualdad, y lo injusto lo que es contra la ley y desigual¹²⁷.

A juicio de Aristóteles, así como la felicidad es el fin de toda virtud en general, la justicia (que es una virtud en especial) tendría como finalidad la felicidad de toda la comunidad política («*decimos ser justas las cosas que causan y conservan la felicidad y los miembros de ella en la civil comunidad*»¹²⁸).

Las diferentes perspectivas de la igualdad son fundamentales para la construcción de la teoría de la justicia de Aristóteles. De la isonomía como proporción al

¹²⁶ Ob. cit., p. 155.

¹²⁷ Ob. cit., p. 154.

¹²⁸ Ibidem.

mérito y como medida idéntica se originan, respectivamente, sus nociones de justicia distributiva y justicia sinalagmática. Lo explica Antonio Truyol y Serra¹²⁹:

La justicia distributiva tiene por objeto el reparto de los honores y los bienes en la comunidad, y exige que cada cual perciba una porción adecuada a sus méritos. Es el principio de igualdad el que postula aquí una desigualdad de trato, pues siendo los méritos distintos, han de serlo los premios. La justicia distributiva consiste, pues, en una relación proporcional, que Aristóteles califica de «proporción geométrica».

La justicia correctiva o sinalagmática no mira a las personas en primer término, sino a las cosas; y en ella la aplicación del principio de igualdad conduce a una consecuencia distinta, ya que no se valoran méritos distintos, sino que se mide impersonalmente el beneficio o el daño que las partes o sujetos pueden experimentar, esto es, las cosas y los actos en su valor efectivo, intrínseco, considerándose como iguales los términos personales. Aristóteles emplea, en relación con esta especie de justicia, la fórmula de «proporción aritmética».

La teoría aristotélica de la justicia también contempla la equidad como elemento de complementación del orden legal y como corrección de la abstracción de las leyes. Así lo expone Truyol y Serra¹³⁰:

Esta doctrina se completa con la de la equidad (*epieikeia*). La ley tiene carácter general y no se refiere cabalmente a los casos particulares, sino que es preciso adaptarla luego a los mismos. De ahí una tensión entre la generalidad abstracta de la ley y la singularidad concreta de los casos reales. Esta tensión puede superarse gracias a la equidad, la cual no es otra cosa que la adaptación de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida, en aras de la justicia natural.

Como podemos verificar (especialmente desde su *Ética a Nicómaco*), la doctrina moral aristotélica está apoyada en unas bases compatibles con la idea abstracta de dignidad humana. Sus conceptos de alma (identidad inmaterial del ser humano), acción moral (una exclusividad del ser racional), voluntad y elección (libertad de la persona), igualdad, equidad y la idea de felicidad como finalidad humana son apoyos lógicos e ideológicos que sustentarían futuras doctrinas filosóficas, éticas y jurídicas sobre el valor igual y absoluto de la persona, la dignidad humana.

No obstante, a nuestro juicio, en su doctrina política, Aristóteles no centra su atención en la identidad del alma humana, en la igual capacidad virtuosa de todo ser humano, en la necesidad de garantizar una igualdad de situaciones jurídicas a todas las

¹²⁹ Ob. cit., p. 160.

¹³⁰ Ibidem.

personas y una libertad básica a todos. Creemos que esta no fue su perspectiva porque el centro de preocupaciones de su teoría política está en la existencia y permanencia de la comunidad política, y no en los intereses básicos de cada persona individualmente considerada.

Sin lugar a dudas, en el plano de su teoría política, la valorización de la comunidad política es un rasgo de la filosofía de Aristóteles, para quién la polis (o el Estado en su concepción antigua) se originó de manera natural. Para él, todos los hombres y mujeres tendrían la predisposición a unirse, a fin de garantizar la preservación de la especie¹³¹. Del mismo modo, los hombres se unirían en torno a comunidades para evitar el perecimiento de cada uno de ellos. El instinto de asociación, pues, surgiría tanto en la matriz familiar como en la esfera social y, de hecho, se revelaría aun cuando la agrupación humana no fuese estrictamente necesaria, es decir, *«aun cuando no necesiten la mutua ayuda los hombres, no menos buscan la convivencia»*.¹³²

Por lo tanto, para Aristóteles, el Estado no surgió de acuerdos conscientes de hombres y mujeres, sino de un proceso natural. En consecuencia, a diferencia de los teóricos modernos (y, como vimos, también de Sócrates), Aristóteles no se apoya en ningún acto colectivo de voluntad de los seres humanos para justificar y legitimar la existencia de la polis. Esta, la ciudad-estado griega, existiría por obra de la naturaleza inmanente de los hombres, puesto que *«el hombre es, por naturaleza, un animal cívico»*¹³³, y lo sería porque *«existe, por naturaleza, el impulso hacia tal comunidad»*.¹³⁴ Por eso, la comunidad política se legitimaría a sí misma, por obra de su propia naturaleza.

A pesar de que no haya nacido de un contrato, de una manifestación de la libertad de los hombres y mujeres iguales, la polis aristotélica, en teoría, está gobernada de acuerdo con el bien común. Ese bien, a la diferencia de lo que se pueda pensar con base en la historia griega, no se limita, en teoría, a los hombres propiamente ciudadanos. También las mujeres y los esclavos se beneficiarían de la existencia de la polis. A ellos se les aplicaría, teóricamente, el objetivo de la prosperidad común. Pero tampoco eso debe

¹³¹ Cfr. Aristóteles: *Política*, traducción de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 46.

¹³² Ibidem, p. 128.

¹³³ Ibidem, p. 47.

¹³⁴ Ibidem, p. 48.

significar, para Aristóteles, que las mujeres y esclavos pueden regir la sociedad política. Esta debería ser gobernada, según Aristóteles, por la inteligencia y la razón de los ciudadanos, los que son varones y libres, cualidades esas que no podrían ser reconocidas a todas las personas que se hallaban regidas por la polis griega. Ciudadanos, para Aristóteles, son los que participan en la justicia y en el gobierno¹³⁵, y esa libertad de participación no era atribuida a todos, sino a los hombres adultos y no esclavos.

De esta forma, en la arquitectura política diseñada por Aristóteles, la «ciudad-Estado» (o mejor dicho, la *polis*) no está apoyada en la igualdad o la libertad de todas las personas, aunque la libertad y la igualdad sean cualidades necesarias para los que participan del gobierno de la polis. Por lo tanto, la igualdad que, de acuerdo con la teoría moral aristotélica, es un presupuesto de justicia en cualquier acción humana, adquiere otro grado de importancia y otra perspectiva en el plano de su teoría política, pasando a significar una atribución proporcional de poderes y deberes entre los ciudadanos (hombres libres y mayores) de la *polis*.

De hecho, para Aristóteles, la igualdad no puede significar lo mismo que significaría para la venidera teoría de los derechos humanos, porque su premisa básica es la de que «(u)na ciudad no se compone de iguales».¹³⁶ La desigualdad sería natural y, por lo tanto, igualmente natural sería la sumisión de un hombre a otro. En su «*Política*», el filósofo asegura que «(m)andar y ser mandado no solo son hechos, sino también convenientes, y pronto, desde su nacimiento, algunos están dirigidos a ser mandados y otros a mandar».¹³⁷ De esta manera, la desigualdad (política, no moral), como causa, sería natural y, como consecuencia, no sería un hecho injusto, sino que, muchísimas veces, sería incluso un resultado lógico y «razonable» de las relaciones y de las particularidades humanas.

En las relaciones de género, Aristóteles fue explícito cuando declaró que las mujeres deberían ser subyugadas a los hombres. En sus palabras traducidas al castellano, «(t)ambién en la relación del macho con la hembra, por naturaleza, el uno es superior; la

¹³⁵ Ibidem, p. 117.

¹³⁶ Ibidem, p. 75.

¹³⁷ Ibidem, p. 51.

*otra, inferior; por consiguiente, el uno domina; la otra es dominada».*¹³⁸

Creemos que en la doctrina de Aristóteles ya estaba presente el pensamiento de que la mujer debería estar limitada en la esfera privada —para que el hombre fuese capaz de dedicarse a la esfera pública—. Utilizamos aquí la locución «esfera privada» como correspondiente a la expresión «administración doméstica» empleada por Aristóteles. Según él, la autonomía del hombre sobre la «administración doméstica» justificaba la exclusión de tres clases de seres humanos —los esclavos, las mujeres y los niños— de las relaciones públicas, en que se manifiesta el poder político. Son sus vocablos: «*Conque las partes de la administración doméstica eran tres: una, la del dominio del amo, sobre la cual se ha hablado antes; otra, la paterna, y en tercer lugar, la conyugal*»¹³⁹. Así, ya la teoría política aristotélica excluía a las mujeres del terreno público, desplazándolas hacia la esfera doméstica, es decir, la esfera privada.

Como se puede concluir, esa misma lógica de la justicia en la dominación humana, que sería obra de la naturaleza, es usada por Aristóteles para justificar la esclavitud. De acuerdo con el pensador griego, algunos hombres nacieron para emplear la mente y otros para usar el cuerpo. En consecuencia, unos serían nacidos para vivir como esclavos y otros como amos¹⁴⁰. Así, como bien señala Gerhard Oestreich, para Aristóteles, la esclavitud no solo es útil, como también justa.¹⁴¹

Ese pensamiento aristotélico fue utilizado, muchos siglos más tarde, como instrumento teórico de legitimación de la esclavitud de los indígenas. En efecto, la teoría de la existencia de siervos por naturaleza —*servi a natura*— fue avocada en el siglo XVI por Juan Ginés de Sepúlveda para legitimar la dominación de los indios por españoles, en una disputa intelectual famosa con el célebre Bartolomé de las Casas.¹⁴²

Esas afirmaciones del filósofo de *Athina* pueden sorprender a muchos. Es normal que se pregunte como se compatibiliza esa aceptación de la desigualdad humana y esa defensa de la perpetuación de la exclusión y sumisión humana con la teoría clásica

¹³⁸ Aristóteles: *Política*, ob. cit., p. 52.

¹³⁹ *Política*, ob. cit., p. 68.

¹⁴⁰ Cfr. Aristóteles: *Política*, ob. cit., pp. 52-53.

¹⁴¹ Ob. cit., p. 15.

¹⁴² Cfr. Mauricio Beuchot: *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1994, p. 24.

aristotélica de que los ciudadanos libres e «iguales» deberían gobernar la ciudad. Hay que se observar, no obstante, que Aristóteles, en sus escritos políticos, no asevera que todos los hombres son iguales y libres; lo que afirma es que todos —y solamente— los hombres (pero no las mujeres) que son iguales y libres deben regir el gobierno civil.

Las palabras igualdad y la libertad, aquí, empleadas en sentido político y no moral, son condiciones para el ejercicio del poder político, pero el fundamento lógico de la existencia del «Estado» (en sentido amplio) y del poder político-normativo no residiría en la igualdad o la libertad, sino en la causa natural de la comunidad política, con la cual la *polis* se legitimaría a sí misma, sería buena *per se* y tendría leyes buenas y dirigidas a la felicidad de todos por presunción absoluta.

Con esas consideraciones, pensamos que, a diferencia de su teoría moral, la teoría política aristotélica se distancia de la idea pura de dignidad humana tal y como la concebimos en los tiempos actuales. La filosofía moral aristotélica, por lo tanto, le importa mucho más a la fundamentación moderna de los derechos humanos que su filosofía política.

1.12 El humanismo estoico

En el plano moral, la escuela griega llamada «estoicismo» puede ser considerada una heredera del pensamiento de los filósofos presocráticos, de los sofistas, de Sócrates, Platón y Aristóteles. Para los estoicos, la felicidad residiría en la virtud y las actitudes virtuosas deberían ser el fin de toda acción humana moral. Pero la virtud, de acuerdo con la filosofía estoica, sería vivir de modo armónico con la naturaleza¹⁴³. Así, de acuerdo con la doctrina de Zenón de Citio, el «padre» del estoicismo, «*el sumo bien consiste en vivir del modo conforme a la naturaleza, que es vivir según la virtud*»¹⁴⁴, lo que significaría vivir de acuerdo con la razón, el *logos*. Eso lo explica Antonio Truyol y

¹⁴³ Cfr. Fábio Konder Comparato: *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, p. 111.

¹⁴⁴ Cfr. Guido Fassò, ob. cit., p. 82.

Serra¹⁴⁵:

Vivir con arreglo a la naturaleza equivale, pues, a vivir según la razón. La virtud consiste en el imperio de la razón sobre los sentidos y la eliminación de las pasiones, vituperadas por los estoicos como enfermedades del alma. Así entendida, la virtud es el único bien, y el vicio, su opuesto, el único mal. Lo demás es indiferente. La virtud puede definirse, con Crisipo, como aquella disposición constante que realiza el acuerdo del individuo consigo mismo y con la naturaleza.

Según John Sellars¹⁴⁶, la tricotomía virtud-vicio-indiferente —o bien, mal y neutro— fue mitigada posteriormente con el desarrollo de la filosofía estoica. Además de esos valores, fueron reconocidos también los valores indiferentes preferentes y no-preferentes, pero estos valores accesorios no interferirían en la distinción entre el bien y el mal.¹⁴⁷

Para la escuela de la Stoa, la virtud, la perfección —*areté*— tiene su fundamento en la naturaleza. La naturaleza sería perfecta y estaría regida por un orden racional, una razón universal, una razón recta, la *lógos orthós*¹⁴⁸. Ese orden incluiría normas de comportamiento aplicables a todos los seres humanos virtuosos del mundo. Aquí reside el germen de la idea de un derecho universal aplicable a todos los seres humanos.

En el plano político, la filosofía estoica desarrolló y expandió el cosmopolitismo movida por una nueva realidad institucional que se formaba en el mundo antiguo posterior al imperio macedónico. Según Celso Lafer, la concepción del estoicismo se basa en un momento de la historia helenista que coincide con el fin de la democracia y de las ciudades-Estado. Esa pérdida de soberanía de la *polis* explicaría el surgimiento de la idea de una *cosmopolis*, en que todos los seres humanos son iguales y cordiales.¹⁴⁹

Para los estoicos, la reunión de todas las personas crearía una comunidad universal del género humano, a que correspondería un derecho universal, fundado en un

¹⁴⁵ Ob. cit., p. 178.

¹⁴⁶ *Stoicism*, Los Angeles, University of California Press, 2006, p. 111.

¹⁴⁷ Ob. Cit., p. 112.

¹⁴⁸ Cfr. Guido Fassò, ob. cit., p. 83.

¹⁴⁹ La analogía con la idea de *cosmopolis* de los helenos nos permite ver que el proceso histórico de fortalecimiento del *ius gentium* y de los derechos comunes de toda la humanidad está directamente vinculado a la revisión de concepciones previas de la soberanía; es decir, no es posible avanzar en la protección global de los derechos humanos sin admitir límites a los poderes soberanos.

patrimonio universal y en la igualdad de valor de todos¹⁵⁰. Siendo uno de los rasgos de la idea de dignidad humana la consideración igual de los seres humanos, independientemente de raza, género y nacionalidad, observamos también que la filosofía estoica puede ser considerada también como una de las precursoras del principio de la dignidad humana.

La igual participación de todos los seres humanos en la razón universal, el *lógos*, puede explicar uno de los rasgos más importantes de los estoicos: el igualitarismo. Así, según Gerhard Oestreich, de acuerdo con la doctrina estoica, todo hombre es equiparado al otro, dado que participa de la razón universal y es dotado, como todos los otros, de razón¹⁵¹. También lo pone de manifiesto Truyol y Serra¹⁵²:

De la común participación de los hombres en el *logos* divino resulta su igualdad esencial. Nada significan, por tanto, las diferencias por razón del nacimiento. Al cosmopolitismo va unida la repulsa de la esclavitud. Ya no hay esclavos por naturaleza, como sostuviera Aristóteles; por naturaleza, todos los hombres son libres, y la esclavitud es puramente convencional. A lo sumo afectará al cuerpo, el alma quedará incólume en su libertad original, no sufriendo menoscabo la dignidad que su índole divina confiere al hombre.

La consecuencia más importante del principio de la igualdad esencial de los hombres, fundada en su común patrimonio racional, es la teoría estoica del derecho natural. Hay un conjunto de principios éticos que dimanarían de la naturaleza concebida en sentido estoico, o sea, de la razón que rige el universo, y que más especialmente gobierna a los hombres, por la participación que en ella tienen. A la comunidad universal del género humano corresponde un derecho también universal. Tenemos aquí el precedente inmediato de la teoría cristiana de la *lex aeterna* y la *lex naturalis*.

La libertad también es un valor que la filosofía moderna se apropia de los estoicos. Según Giorgio del Vecchio, el estoicismo doctrina la existencia de una libertad que jamás puede ser destruida por cualquier opresión; tal sería la libertad que se conquista con la supresión de las pasiones y con el ejercicio de las virtudes. En este sentido, no habría diferencia entre hombre libre y esclavo, pues todos serían parte de la sociedad del género humano, que sería fundada bajo la identidad de la naturaleza humana y de la ley racional¹⁵³.

El universalismo y el igualitarismo estoico proporcionaron consecuencias

¹⁵⁰ Ob. cit., p. 119.

¹⁵¹ Ob. cit., p. 16.

¹⁵² Ob. cit., p. 179.

¹⁵³ Ob. cit., p. 32.

teóricas mucho más avanzadas entre las ya concebidas en la antigüedad, culminando incluso en discursos que propugnaban la igualdad entre hombres libres y esclavos. Entre todos, el estoico romano Séneca¹⁵⁴ se destacó defendiendo la igualdad natural entre los ciudadanos romanos y los esclavos. Según Juan Carlos García Borrón¹⁵⁵, ningún otro moralista clásico «llevó más lejos la idea de la igualdad natural de los hombres». Según Séneca, ni los señores pueden mandar todas las cosas a los esclavos ni estos estarían obligados a obedecerlas todas, y los hombre libres y ricos no serían mejores que los esclavos, ya que en todos hay una igualdad natural y cualquier diferencia solo puede ser verificada por medio de la virtud de las acciones¹⁵⁶.

En la Carta XLVII de las *Ad Lucilium Epistulae Morales*, Séneca pide a su interlocutor que trate bien a sus esclavos. Transcribimos aquí algunos extractos interesantes de la carta:

Fue con placer que supe las historias de personas que fueron a tu casa en la cual tú vives con tus esclavos como se estuviesen en familia: esto es lo que conviene a tu sabiduría y a tu cultura.

...

Quiera pensar sobre eso: aquello que tú llamas tu esclavo nació de la misma semilla, goza del mismo cielo, respira, vive, muere de la misma manera que tú. Puedes verlo libre así como él puede verte esclavo.

...

Vive con quien está bajo su poder cómo te gustaría que tu superior viviese contigo.

Por lo tanto, trata a tu esclavo con benevolencia, incluso con afabilidad; hazlo participar de tus conversaciones, de tus decisiones, de tu vida cotidiana.¹⁵⁷

Las críticas contra la esclavitud y en defensa del humanismo igualitario también encontraron eco en los escritos del jurista y político estoico romano Cicerón, que

¹⁵⁴ La reputación de Séneca sufre hoy críticas contradictorias. Aunque sea autor de muchos escritos en favor de los esclavos (o sea, contra la esclavitud), Séneca también es conocido por haber sido el tutor del emperador romano Nerón, uno de los tiranos más odiosos de la historia de la humanidad. Cfr. John Sellars: ob. cit., p. 12.

¹⁵⁵ «Los estoicos», en *Historia de la ética: 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006, p. 239.

¹⁵⁶ Cfr. Idem, ob. cit., p. 240.

¹⁵⁷ *As relações humanas: a amizade, os livros, a filosofia, o sábio e a atitude perante a morte* (título original: *Ad Lucilium Epistulae Morales de Lucius Annaeus Seneca*), traducción del francés al portugués y selección de Renata Maria Parreira Cordeiro, 2ª ed., São Paulo, Landy Editora, 2007, pp. 47-50. La traducción al castellano del texto es nuestra.

también criticó severamente las hostilidades entre los pueblos. Esto es lo que explica Antonio Truyol y Serra¹⁵⁸:

El humanismo igualitario de Cicerón conduce, como era de esperar, a una actitud crítica frente a la esclavitud, aunque ésta reciba para el jurista una relativa legitimación del uso común de las gentes en la Antigüedad. Pero en Cicerón el ideal humanitario recibido del estoicismo se aplica especialmente a las relaciones entre los pueblos. En *De officiis* se afirma que es una injusticia el no dejar a los extranjeros que vivan en nuestras ciudades o el no permitirles el comercio pacífico — puntos de vista que se anticipan al *ius communicationis* de Francisco de Vitoria. También encontramos consideraciones sobre el carácter irracional del recurso a la violencia para resolver las cuestiones humanas: la manera adecuada de resolverlas es la discusión, y solo cuando no se pueda usar de ésta será admisible aquél. Se trata de una idea que recuerda a Hesíodo e implica una condenación de la guerra cuando no la impone la legítima defensa o no ha habido previa reclamación de una reparación de los agravios sufridos. Es notable la amplitud con que se atiende a los problemas de moral y de derecho en su aplicación a otros pueblos y especialmente a los enemigos en tiempo de hostilidades. Cicerón se revela, por consiguiente, como un precursor inmediato de la teoría cristiana de la guerra justa. En términos generales afirma, contra el relativismo utilitarista de Carnéades, que también las comunidades humanas están sometidas a la ética en sus relaciones recíprocas. Hay, en particular, acciones tales, que ni por su misma patria hará un sabio. Existe una sociedad del género humano regida por el *ius gentium*. El que como patriota romano interpretara Cicerón el engrandecimiento de su patria como el premio a una lucha secular por el derecho, y que, por consiguiente, legitimara en conjunto las conquistas romanas, no disminuye el alcance teórico de tales principios, como no le impidió de deplorar la destrucción de Corinto.

El cosmopolitismo estoico romano resultó posteriormente en efectos relevantes cuando estuvo incluido en un contexto jurídico que teorizó por primera vez el concepto de derecho subjetivo. De hecho, una importante contribución romana para la teoría de los derechos humanos es la propia concepción del derecho («*ius*») en sentido subjetivo. El derecho en sentido objetivo (o sea, el derecho en cuanto sistema normativo) puede ser de una forma u otra reconocido en otras sociedades de la Antigüedad, pero la idea de que una persona «tiene un derecho» solamente se consolidó con el aporte de los jurisconsultos romanos y de la práctica judicial romana.

En otros sistemas normativos antiguos (incluso en el judaico), el derecho objetivo era entendido como un conjunto de deberes, no de derechos. Ya escribimos anteriormente que, en el judaísmo antiguo, no se encuentran exactamente derechos, sino deberes, mandamientos, válidos como forma de respeto a la voluntad divina. Se llega a la misma constatación si examinamos otras culturas antiguas. El pensamiento romano

¹⁵⁸ Ob. cit., pp. 191-192.

(concebido en una lógica del pluralismo religioso) pasa a identificar en la persona (no en todos los seres humanos, sino en algunos) el centro del interés jurídico e imputarle un conjunto de posiciones jurídicas activas que son hoy conocidos como «derechos»¹⁵⁹. Posteriormente, en las doctrinas cristianas de clara inspiración romana, la noción de derechos subjetivos de las personas fundida con la concepción de un cosmopolitismo jurídico de inspiración estoica favoreció las primeras formulaciones teóricas respecto a los derechos humanos.

La duplicidad conceptual —los significados objetivo y subjetivo— del signo «*ius*» entre los romanos era conocida por los propios juristas de Roma. En su sentido objetivo, también se podrían encontrar distinciones y clasificaciones para el derecho. Una de ellas identificaba el *ius gentium*, cuyo concepto más claro está registrado en el primer —y quizá más importante— libro del Digesto. De todas las menciones de ese libro a la idea de *ius gentium*, una de ellas, atribuida al jurista *Gaius*, expresa una perspectiva suya que revela la influencia que el *ius gentium* de los romanos ejerció sobre la doctrina moderna de los derechos humanos. He aquí transcrito el famoso fragmento de *Gaius*¹⁶⁰:

Todos los pueblos, que están regidos por las leyes y las costumbres, utilizan parte de un derecho propio y parte de un derecho común a todos los hombres. Así, el derecho que cada pueblo constituye a sí mismo se conoce como *ius civile*, pues es un derecho propio de la *civitas*. Pero aquello que está constituido por la razón natural de todos los hombres, y está protegido igualmente por todos, se conoce como *ius gentium*, es decir, el derecho de que se utilizan todas las gentes.

De acuerdo con el fragmento de *Gaius*, el derecho de los pueblos, ya sea formado por las «leyes», ya sea por la «costumbre», está compuesto por una parte que es común a todos los seres humanos —*omnium hominum*— y por otra parte que es específica

¹⁵⁹ Ese salto de los deberes hacia los derechos, que es una premisa básica de la teoría de los derechos humanos, es actualmente objeto de crítica por los filósofos políticos conocidos como comunitaristas, para quienes una sociedad demasiado centrada en los derechos (individuales, en principio) sería una sociedad que favorece el individualismo y el egoísmo, olvidando los intereses de la comunidad como un todo. Sin embargo, creemos que esa crítica comunitarista puede ser fácilmente rechazada por medio de tres constataciones: (i) los derechos y los deberes son dos caras de una misma moneda, o sea, no hay derechos sin deberes ni deberes sin derechos; por lo tanto, en un derecho humano está siempre implícito un deber humano; (ii) la protección de los derechos humanos no es un interés de una sola persona, sino de toda la comunidad (o aún mejor: de toda la humanidad), así que proteger los derechos humanos es una forma de proteger a toda la comunidad; (iii) hoy son reconocidos como derechos humanos también derechos colectivos, es decir, derechos ejercidos colectivamente por el grupo, lo que excluye cualquier argumento de que los intereses egoístas serían prioritarios en la teoría de los derechos humanos. Respecto a ese debate académico, cfr. Jack Mahoney: ob. cit. pp. 91-98.

¹⁶⁰ D. 1.1.9, traducción libre.

de la comunidad política —la *civitas*—. El derecho específico de la comunidad y de los ciudadanos, creado por ellos propios, sería el *ius civile*. El derecho común a todos, a su vez, no sería creado por nadie, sino constatado por la razón humana que reconoce todos los seres humanos como seres iguales; este es el derecho de las gentes, el *ius gentium*.

Las concepciones estoicas y romanas de derecho, igualdad y cosmopolitismo fueron transmitidas a la Europa cristiana que se creó con la fusión de la cultura romana (que por sí misma era heredera de la cultura griega) y las culturas de los pueblos preeuropeos. Esa transmisión fue responsable del humanismo de los primeros filósofos cristianos, como Tomás de Aquino, y también incluyó la pretensión del cosmopolitismo jurídico que era desconocido por las comunidades «bárbaras» y que proporcionó, posteriormente, la base ideológica para la construcción de la doctrina moderna de los derechos humanos.

1.13 Tomás de Aquino y la dignidad humana

Aunque el sentido de derecho subjetivo, individual, haya sido construido por los romanos clásicos, tal concepto quedó latente parcialmente durante muchos siglos en la Edad Media. Así, entre los humanistas cristianos del primer período medieval, aunque el cosmopolitismo jurídico estuviese siempre implícito, no se halla definida una teoría precisa respecto a los derechos humanos.

También Tomás de Aquino, el más importante pensador cristiano del periodo, siendo mucho más un seguidor del pensamiento griego que del pensamiento romano, no fundamentó expresamente su filosofía moral, política y jurídica en la existencia de derechos subjetivos, aunque su teoría haya influenciado siglos después a muchos estudiosos y defensores de los derechos humanos, como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Bartolomé de Las Casas.¹⁶¹

El valor del hombre (y, por lo tanto, su dignidad), para Tomás de Aquino,

¹⁶¹ Cfr. Jack Mahoney: ob. cit., p. 5.

residía en su alma. Según el teólogo católico más famoso, el ser humano está formado de cuerpo y alma, y esta contiene intelecto (potencialidad de conocer) y voluntad (potencialidad de adoptar conductas morales). En esto sería distinto el ser humano de todos los demás seres de la tierra. Por tener alma, la persona sería superior a los animales en general y, por eso, sería digna de valor. «*Anima est superior corporalibus creaturis*», escribió el filósofo¹⁶².

Aquino reconoce como entes superiores a los humanos a los ángeles, a Dios y a Su Hijo Jesucristo. Pero estos dichos seres superiores serían seres sin cuerpos. Los seres humanos, entre los seres con cuerpo, serían los más dignos.

Los seres con alma serían superiores a los seres con cuerpo y sin alma porque el alma, por esencia, entendería, por medio del intelecto, la materia, al tiempo que lo contrario no sería verdadero («*anima per essentiam suam corporalia intelligat*»¹⁶³). Efectivamente, para Tomás de Aquino, puesto que Dios sería el Creador de todas las cosas y todos los seres, estos, como criaturas finitas y determinadas, tendrían alguna semejanza con el Ser Supremo (superior a todo).

Esa misma semejanza, para Aquino, se encontraría entre todas las cosas, pero los seres inferiores tendrían una semejanza imperfecta con los seres superiores, y estos, a su vez, también tendrían una semejanza imperfecta con Dios («*unde essentia superioris creaturae, etsi habeat quandam similitudinem inferioris creaturae prout communicant in aliquo genere, non tamen complete habet similitudinem illius, quia determinatur ad aliquam speciem, praeter quam est species inferioris creaturae*»¹⁶⁴). Como cada ser solo podría comprender lo que es semejante y, al mismo tiempo, igual o inferior, un ser superior puede comprender el ser inferior totalmente, pero este solo puede comprender el anterior parcialmente, en la medida de su semejanza.

De esta manera, en la filosofía tomista, entre los seres corporales, los seres humanos son supremos, porque tienen, cada uno, un alma (o sea, intelecto y voluntad) que es reproducción imperfecta de Dios y que les atribuye mayor valor en el plano terrestre. Así, dado que cada ser humano tiene alma, cada ser humano es igualmente una

¹⁶² *Suma de teología: primeira parte*, Uberlândia, EDUFU, 2006, cuestión 84, p. 82.

¹⁶³ *Ibidem*. Traducción libre: «*el alma, por esencia, entiende lo que es corporal*».

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 88.

reproducción finita, determinada e imperfecta de Dios y tiene un igual valor, una igual dignidad.

La perspectiva tomista es especialmente importante para la afirmación jurídico-axiológica de la dignidad humana por las consecuencias que generan sus premisas axiomáticas y sus conclusiones lógicas.

En primer lugar, si todos los seres humanos son seres inferiores a Dios (reproducciones finitas, limitadas e imperfectas), ningún hombre puede creerse superior a otras clases de hombres; un hombre es siempre solo un hombre, nunca un Dios por encima de las otras personas. Por eso, sería ilegítimo cualquier sistema de gobierno en que uno o más hombres se posicionan por encima de todos; no puede haber «superhombres», pues solo Dios tiene el valor divino, la dignidad divina. Por lo tanto, no sería admisible desde la perspectiva tomista la aceptación de la legitimidad de los tiranos totalitarios (como, por ejemplo, Hitler, Mussolini etc.) que se ponen política y jurídicamente por encima de todas las personas y de sus derechos elementales.

En segundo lugar, si todos los seres humanos tienen el valor —la dignidad— humano, que es superior al valor de todos los animales, ningún hombre o mujer puede ser considerado un animal de valor subhumano y ninguna raza o etnia puede ser desclasificada como un género inferior del género humano. Toda persona tiene alma y un hombre es siempre superior a un animal irracional, sin alma. Por lo tanto, la aplicación de la filosofía tomista necesariamente impondría como conclusión la no justificabilidad de toda y cualquier pretensión de declarar la inferioridad de una clase de personas.

Así, con base en las premisas de Tomás de Aquino, por ejemplo, sería absolutamente ilegítima la doctrina nazi que supondría la inferioridad de los judíos, del mismo modo que también sería inaceptable el pensamiento de los colonizadores católicos europeos que defendían la inexistencia del alma y de la condición humana entre los miembros de los pueblos indígenas americanos.

En resumen, podemos concluir que la filosofía tomista consolidó la doctrina cristiana respecto a la dignidad humana y a la igualdad de todos los seres humanos. Esa doctrina, como es bien sabido, fue fundamental para la construcción de la teoría moderna

de los derechos humanos.

1.14 La defensa de la dignidad humana y de los derechos humanos por Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria: el humanismo católico

La doctrina de Tomás de Aquino influyó a muchos pensadores humanistas pre-modernos. En España, hay dos estudiosos que se destacaron más en el desarrollo de teorías humanistas cosmopolitas: Francisco de Vitoria y Bartolomé de Las Casas. El primero, ya en 1539, defendía la existencia de una comunidad de todos los hombres y pueblos de la tierra (cristianos o no), comunidad esta que sería determinada por la amistad natural entre los miembros del género humano y por la posibilidad universal de comunicación.¹⁶⁵ El segundo, a su vez, concibió un sistema basado en los derechos de los hombres en general, en que son afirmados los principios de libertad, igualdad y, sobre todo, de la dignidad humana¹⁶⁶; por eso, Las Casas es considerado uno de los principales precursores de los derechos humanos¹⁶⁷. La misma aserción es válida para Vitoria¹⁶⁸.

Mientras que Francisco de Vitoria era ante todo un teórico, Bartolomé de Las Casas, antes de ser un teólogo o filósofo, era un verdadero defensor práctico de la dignidad humana, en especial de la dignidad humana de los pueblos indígenas. La gran batalla de la vida del fray Bartolomé fue la defensa de los pueblos de América contra la opresión de los españoles, en especial la lucha contra la esclavitud y el odioso sistema de las encomiendas, una contienda que puso en peligro la propia vida del fraile.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño: *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, p. 57.

¹⁶⁶ Cfr. Idem, *ibidem*, pp. 82-83.

¹⁶⁷ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño: «Estudio preliminar al tratado *De Regia Potestate*», en Bartolomé de las Casas, *Obras completas*, v. 12, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. XXXIII-XXXVIII.

¹⁶⁸ Es posible también ubicar a Francisco Suárez en la compañía de Las Casas y Vitoria. Suárez es uno de los precursores del estudio del derecho internacional y, según el juez brasileño de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, para Suárez, el fundamento del derecho de gentes reside en la igualdad del valor humano: «*En la visión de Suárez (autor del tratado De Legibus ac Deo Legislatore, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano*». Cfr. *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 540.

¹⁶⁹ Cfr. Mauricio Beuchot: *ob. cit.*, pp. 22-23. La intensa pelea en favor de los indígenas que marcó la vida de Las Casas le consagró como un verdadero héroe de la América Latina. Lo demuestran los siguientes

El fundamento teórico de la dominación de los indígenas por los colonizadores europeos era la supuesta naturaleza distinta de los europeos cristianos y los americanos nativos. Los primeros, los cristianos, estarían dotados de razón y humanidad; los últimos, los indígenas, serían bárbaros, infieles, tendrían un pésimo instinto, les faltaría la razón, no merecerían el tratamiento humano y el reconocimiento de los derechos básicos, como la vida y la libertad.

Esa doctrina (basada en la idea aristotélica de la esclavitud natural¹⁷⁰), que era empleada por los encomenderos para justificar la conquista española en América y sus poderes sobre la vida y el trabajo de los nativos, fue defendida, entre otros, por Juan Ginés de Sepúlveda¹⁷¹. Contra esa doctrina discriminatoria se oponía Bartolomé de Las Casas, apoyándose en las premisas de que los indígenas también eran seres humanos y de que todos los seres humanos eran iguales en racionalidad y dignidad, concluyendo, desde esas premisas, que también los indígenas estaban dotados de derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad de sus tierras. De acuerdo con sus argumentos, la libertad es la regla de la naturaleza y toda servidumbre es accidental, no natural: «*Servitus non habet causam naturalem, sed accidentalem*»¹⁷².

Según Las Casas, el indígena es un hombre, persona, y todo hombre es un animal racional; luego, el indígena también es una parte de la unidad específica que comprende toda la humanidad¹⁷³. Como hombre, el indígena tiene cuerpo y alma, conocimiento racional y voluntad, está dotado por Dios de libertad, que sería la voluntad ejercida de modo consciente y responsable¹⁷⁴. Su libertad sería igual a la de todos los demás seres humanos, pues todas las personas, independientemente de razas o pueblos,

versos escritos por Pablo Neruda en su homenaje: «*Pocas vidas da el hombre como la tuya, pocas sombras hay en árbol como tu sombra, en ella todas las ascuas vivas del continente acuden, todas las arrasadas condiciones, la herida del mutilado, las aldeas exterminadas, todo bajo tu sombra renace, desde el límite de la agonía fundas la esperanza. Padre, fue afortunado para el hombre y su especie que tú llegaras a la plantación, que mordieras los negros cereales del crimen, que bebieras cada día la copa de la cólera. ¿Quién te puso, mortal desnudo, entre los dientes de la furia? ¿Cómo asomaron otros ojos, de otro metal, cuando nacías?*». Cfr. Pablo Neruda: «Fray Bartolomé de Las Casas», en *Obras completas*, v. I, Barcelona, Opera Mundi, 1999, pp. 482-484.

¹⁷⁰ Cfr. Mauricio Beuchot: ob. cit., pp. 31-32 y 37.

¹⁷¹ Cfr. idem, ibidem, p. 24.

¹⁷² Bartolomé de las Casas: «De Regia Potestate», en *Obras completas*, v. 12, edición de Jaime González Rodríguez e introducción de Antonio-Enrique Pérez Luño, Madrid, Alianza Editorial, 1990, primer principio, p. 34.

¹⁷³ Cfr. Mauricio Beuchot: ob. cit., p. 33.

¹⁷⁴ Cfr. idem, ibidem, pp. 34-35.

serían iguales en substancia.

Para Las Casas, no existirían diferencias substanciales entre los hombres, sino diferencias circunstanciales; así, todos los seres humanos —incluidos los indígenas— estarían dotados de los mismos derechos básicos que serían desdoblamientos de la naturaleza humana¹⁷⁵. He aquí la esencia del reconocimiento de la dignidad humana y de la declaración de derechos humanos universales, que son incompatibles con cualquier sistema de dominación y opresión.

Según la doctrina de Las Casas sobre la igual libertad de todos los seres humanos, al principio de la historia del género humano, todos los seres humanos y los otros animales eran gobernados exclusivamente por el derecho natural, siendo la libertad una realidad que excluía toda esclavitud o servidumbre. Dios no hizo un hombre siervo de otro hombre. Por lo tanto, la libertad no exigiría prueba, todo lo contrario, es la servidumbre la que necesita ser demostrada, por ser una excepción a la libertad natural.¹⁷⁶

De la libertad de los seres humanos y de la igualdad entre todos ellos, Las Casas también concluyó que los súbditos tienen autonomía colectiva, en el sentido de que los deberes impuestos por el poder soberano no pueden ser creados sin el libre consentimiento del pueblo y en favor de todo el pueblo¹⁷⁷. Si todos los seres humanos son libres, el pueblo colectivamente también es libre y, como tal, no puede ser gobernado sin su propio consenso («*nulla subiectio imposita fuit sine consensu Populi*»). Además de eso, los poderes del príncipe y de los magistrados, según Las Casas, están triplemente limitados por las concesiones de la voluntad popular, por la utilidad común del propio pueblo y por el respeto a las libertades naturales.¹⁷⁸

Las Casas, en la justificación teórica de su filosofía moral y política, se inspiró en las lecciones de Tomás de Aquino y de Francisco de Vitoria; este último fue su contemporáneo. De Tomás de Aquino, Las Casas tomó prestada las ideas de alma, voluntad, libertad y derechos originados de la naturaleza humana. De Francisco de Vitoria,

¹⁷⁵ Cfr. idem, ibidem, pp. 34, 45 y 47.

¹⁷⁶ «De Regia Potestate», ob. cit., 1.1, p. 34.

¹⁷⁷ Esa conclusión del fraile está muy cerca del concepto lincolniano de democracia, en sentido de que aconseja que sea el poder ejercido con el consentimiento del pueblo (por el pueblo) y según el interés del pueblo (para el pueblo).

¹⁷⁸ «De Regia Potestate», ob. cit., 4.5. 4.6 y 5.1, pp. 64-66.

Las Casas cogió las ideas de que ningún hombre nace esclavo, de la preminencia de la libertad sobre todos los bienes, de la igualdad de todos los hombres y de la sociabilidad humana.

Francisco de Vitoria fue él mismo un teólogo fuertemente influenciado por Tomás de Aquino. Su obra más famosa, las *Relecciones Teológicas*, adopta muchos de los fundamentos de la *Summa Theologiae*. El primero es sobre la propia naturaleza humana, que es definida por Vitoria como la razón y la virtud de que están dotados todos los seres humanos. Eso sería lo que diferenciaría el hombre de los otros seres animales, que tendrían más aptitudes corporales, pero no razón y virtud. Así estaba escrito en sus *Relecciones Teológicas*:

Así como el hombre supera a los demás animales por la razón, por la sabiduría y por la palabra, así también a este eterno, inmortal y sabio animal le fueron negadas por la providencia muchas cosas, que fueron en cambio otorgadas a los otros animales¹⁷⁹.

La consecuencia de la racionalidad y virtud humana sería, de acuerdo con el pensamiento vitoriano, la libertad de todo ser humano, que sería más importante que cualquier bien privado. De este bien —la libertad— estarían dotados todos los seres humanos, siendo todos los hombres libres por obra del derecho natural¹⁸⁰. Siendo todos los indígenas —«indios» era la palabra empleada por Vitoria— seres humanos, estos no podrían ser siervos de los príncipes cristianos.¹⁸¹

Si todos los hombres están dotados de razón y virtud, y por lo tanto de libertad, todos los seres humanos, en esencia, serían iguales. Así, para Vitoria, si todos son iguales, la fuerza no podría ser un factor de creación de derechos, sino el consentimiento.¹⁸² Solo el consentimiento sería compatible con el reconocimiento de la libertad de las personas y con otro rasgo humano percibido por Vitoria: la amistad. Para él, un hombre no sería un lobo para otro hombre, sino un hombre, un amigo¹⁸³. Por eso, la

¹⁷⁹ Cfr. Ramón Hernández: *Los derechos humanos: Francisco de Vitoria*, Salamanca, Editorial San Esteban, 2003, p. 45.

¹⁸⁰ Cfr. idem, ob. cit., p. 47.

¹⁸¹ Cfr. idem, ob. cit., p. 49.

¹⁸² Cfr. idem, ob. cit., p. 53.

¹⁸³ Cfr. idem, ob. cit., p. 56. Ramón Hernández advierte que la frase de que «el hombre es el lobo del hombre» no es originalmente de Thomas Hobbes, sino de Plauto. Ese pensamiento de la naturaleza agresiva humana, antes de ser rechazada por Vitoria, ya habría sido criticada por Ovidio. Transcribimos el fragmento del escrito de Francisco de Vitoria: «*Como se dice en las Pandectas: la naturaleza estableció*

guerra no podría ser iniciada libremente de principio; sería ella excepcional. Ordinaria sería la paz, la libertad, el respeto mutuo.

Como observamos, los pensamientos de Las Casas y Vitoria están basados en las mismas premisas filosóficas y se apoyan en la idea de que todos los seres humanos —indígenas o cristianos, en aquel entonces— tienen la misma dignidad humana. Esa idea fundamental justificó toda defensa de los derechos «naturales» de los indígenas contra la explotación colonial en los siglos XVI a XIX y esa misma idea es la que justifica la existencia de los derechos humanos actualmente reconocidos en el mundo.

1.15 Immanuel Kant y la teorización de la dignidad humana

Con la llegada de la modernidad, las doctrinas humanistas filosóficas, políticas y jurídicas naturalmente estuvieron influenciadas por la nueva supervaloración de la razón humana y el gran maestro del humanismo ilustrado fue el mismo del racionalismo e idealismo moderno europeo: Immanuel Kant.

Kant formuló toda su compleja teoría moral en base a la noción de la dignidad humana. Ya su teoría política se vincula a preceptos racionalistas que tienen como rasgo principal la universalidad. Como veremos, dignidad humana y universalidad son las bases de la teoría de los derechos humanos. Por eso señaló Antonio Enrique Pérez Luño que la «*teoría de los derechos humanos, tal y como hoy la conocemos, sería inconcebible de no haber mediado la impronta kantiana*»¹⁸⁴. En el mismo sentido, Michael J. Sandel señala que «*la importancia atribuida por Kant a la dignidad humana define nuestras concepciones actuales de los derechos humanos universales*»¹⁸⁵.

cierto parentesco entre todos los hombres. Por ello es contra el derecho natural que el hombre se aparte del hombre sin ninguna causa. No es un lobo el hombre para el hombre, como dijo ya Ovidio, sino hombre». Ese, sin lugar a dudas, es un pensamiento típicamente aristotélico, que explica la sociedad humana por medio de la naturaleza humana asociativa, pensamiento este que llegó a Vitoria por medio de Tomás de Aquino.

¹⁸⁴ Ob. cit., p. 117.

¹⁸⁵ Cfr. Michael J. Sandel: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, traducción al portugués de Heloísa Matias y Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 137; traducción libre.

El pensamiento de Immanuel Kant puede ser considerado el ápice de la filosofía racionalista europea. Kant, con su «Crítica de la Razón Pura» (1781), trató de fijar métodos universales del pensamiento humano. En esta obra, Kant plantea que el verdadero pensamiento supera el nivel empírico y debe estar fundado en facultades racionales, independientes de la experiencia sensorial; debe ser puro, o sea, *a priori*¹⁸⁶. Así, la metafísica kantiana fue considerada el antídoto contra la teoría empirista.

Además de su análisis epistemológico de la racionalidad pura, Kant sustentó la existencia de una racionalidad práctica, basada en principios éticos que sean también universales, absolutos y formales, que se traduzcan en imperativos categóricos. Aquí tenemos las bases de la filosofía moral kantiana, plasmada en sus obras «Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres» (1785) y «Crítica de la Razón Práctica» (1788).

Para Kant, la razón práctica es también una aplicación de la razón pura y tiene por ley fundamental la siguiente: «*Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal*»¹⁸⁷. Esa ley de la razón práctica, que obliga a uno comportarse de un modo tal que pueda ser descrito como norma general, tiene por consecuencia, según Kant, también leyes morales universales, que surgen únicamente de la razón y que, por eso, pueden ser consideradas principios prácticos *a priori*¹⁸⁸.

En la concepción de la ley universal moral, Kant rechaza la búsqueda de la felicidad sensorial de los epicúreos¹⁸⁹ y de los novedosos utilitaristas, cuyo «padre» e ícono, en aquel entonces, era el filósofo inglés Jeremy Bentham. Para el filósofo prusiano, entre la búsqueda del placer o de la virtud, la conducta moral (que debería estar libre de los deseos y las necesidades) debería buscar la última, como bien defendían los estoicos, para

¹⁸⁶ Cfr. Immanuel Kant: *Crítica de la razón pura*, tomo II, traducción de Manuel G. Morente, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, pp. 225-231.

¹⁸⁷ Cfr. Immanuel Kant: *Crítica de la razón práctica*, traducción de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial Losada, 2007, p. 48. El mismo imperativo categórico es enunciado por Kant en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*: «*Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde*». Cfr. Immanuel Kant: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Köln, Anaconda, 2008, p. 57.

¹⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 49-50.

¹⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 187.

quienes el principio práctico supremo sería exactamente la virtud.¹⁹⁰

De esta manera, para Kant, la legislación nunca podría residir en un juicio de utilidad. La ley moral, siendo una ley de la razón pura y, por lo tanto, estando alejada de cualquier contemplación de consecuencias prácticas, sería siempre una ley que está destinada al bien concebido universalmente y que tiene validez objetiva. Esa ley sería un imperativo categórico, absoluto, no condicionado. Según Kant, la ley moral nunca podría estar traducida en un imperativo hipotético, instrumental¹⁹¹.

La noción del bien en sí mismo, de la virtud como valor supremo, es el centro de la teoría moral kantiana. ¿Pero qué parámetro tiene la razón para distinguir el bien del mal? La respuesta a esta pregunta se obtiene desde la noción de dignidad humana en Kant, noción esta que sirve de punto de referencia para todas las teorías jurídicas de inspiración kantiana, incluso la teoría de los derechos humanos.

Para Kant, el ser humano, siendo un ser racional, es un valor absoluto, o sea, existe como un fin en sí mismo, no como medio para el manejo arbitrario de esta o aquella voluntad. Por lo tanto, en todas sus acciones, tanto las que afectan a uno mismo como las que afectan los otros, el hombre debe siempre ser tratado como un fin. Por otro lado, los seres cuyas existencias no dependen de la voluntad humana —o sea, los seres irracionales— tendrían siempre un valor relativo.

En este sentido, un objeto no racional tendría su valor determinado solamente cuando fuera considerada su importancia para los seres humanos; por eso, su valor es relativo (a la necesidad o utilidad humana). Estos objetos que sirven a los seres racionales y que tienen valor instrumental son llamados *cosas*. Los seres racionales, que tienen valor absoluto, son las personas; estas no pueden, según el pensamiento kantiano, ser utilizadas como medio del arbitrio ajeno¹⁹². Según Fábio Konder Comparato, adoptando el pensamiento kantiano de dignidad humana, las cosas tienen precio (valor relativo), pero las personas solo tienen dignidad (valor absoluto)¹⁹³.

¹⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 188.

¹⁹¹ Cfr. Michael J. Sandel: *ob. cit.*, pp. 151-152.

¹⁹² Cfr. Immanuel Kant: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, *ob. cit.*, pp. 68-69.

¹⁹³ Cfr. Fábio Konder Comparato: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 21.

Desde su perspectiva del ser humano como un valor absoluto, un fin en sí mismo (el propio concepto de dignidad humana), Kant concluye construyendo un imperativo categórico más: «*Obra de tal modo que puedas considerar la humanidad, tanto en su persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como medio de que necesites*»¹⁹⁴.

Como podemos constatar, según Kant, todo y cualquier ser humano es siempre un fin en sí mismo, independientemente de cualquier circunstancia, y como tal debe siempre ser tratado. Como ser racional, el hombre está dotado de voluntad, libertad; es persona, tiene personalidad.

Por eso, de acuerdo con la lección de Antonio Enrique Pérez Luño, la «*dignidad constituye, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona*»¹⁹⁵. De esa forma, según el mismo jusfilósofo de la Universidad de Sevilla, la autodisponibilidad y la autodeterminación de las personas serían consecuencias lógicas de la teoría moral del pensador prusiano, que está centrada en la idea de dignidad humana¹⁹⁶.

Paralelamente a su filosofía moral, Kant desarrolló su filosofía política bajo las mismas bases, pero desde una perspectiva diferente. En su «*En Defensa de la Ilustración*», queda clara la distinción concebida por Kant entre uno y otro sistema filosófico. El elemento diferenciador está en la adopción de diferentes perspectivas del ser humano, centrándonos en una de sus tres cualidades: (i) como hombre privado; (ii) como político (ciudadano); y (iii) como cosmopolita (ciudadano del mundo). Esos tres fragmentos de su teoría son denominados por Kant como moral (o filosofía moral), derecho político (o filosofía política) y derechos de las gentes (o internacional), respectivamente¹⁹⁷. Así, en la vida privada (el «hombre privado»), estaría el individuo alcanzado por la moral; en la vida pública, que es el espacio en que el Estado debería ejercer influencia, estaría la persona regulada por el «derecho político» —o la justicia, decimos nosotros—; en la vida internacional, estarían los Estados regidos por el derecho cosmopolita.

¹⁹⁴ En el original: «*Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst*». Cfr. *Ibidem*, p. 70.

¹⁹⁵ *Ob. cit.*, p. 132.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Cfr. Immanuel Kant: *En defensa de la Ilustración*, traducción de Javier Alcoriza y Antonio Lastra, Barcelona, Alba Editorial, 1999, pp. 244-245.

La perspectiva del hombre cosmopolita es abordada por Kant en su «Sobre la Paz Perpetua», en la que establece los principios básicos del derecho internacional. Aunque se pueda pensar que esta obra sea relevante en el estudio de los derechos humanos (y, por lo tanto, de la dignidad humana), la verdad es que en tal libro Kant aborda las personas colectivamente consideradas en cuanto sociedades políticas, Estados.

Kant solamente aborda el hombre de manera individual en su «Sobre la Paz Perpetua» cuando menciona el supuesto derecho de visita de los extranjeros, que tendría como fundamento el principio de la hospitalidad universal¹⁹⁸. De esta manera, no siendo abordada la persona individualmente considerada en esta obra (que es el centro de su teoría del derecho internacional), creemos que el «derecho cosmopolita» kantiano es un derecho entre los Estados y no entre personas concretas, lo que excluye un posible abordaje de normas de derechos humanos basados en la dignidad humana.

El examen de la perspectiva kantiana del «derecho político» (o mejor, filosofía política), a su vez, es importante para nuestro estudio porque nos permite traspasar el deber-ser individual, de la conciencia de uno, para el deber-ser social, que se exige en las relaciones de una sociedad política.

Como vimos, la dignidad humana es un elemento central en la filosofía moral kantiana. Por su parte, en su teoría política, el centro reside en la racionalidad y en la garantía y limitación de la libertad de los ciudadanos. Aparentemente, estamos tratando de cosas distintas. Sin embargo, como veremos posteriormente, existe un enlace entre un campo y otro, puesto que la libertad de la persona tiene su origen en la dignidad humana y esta, la dignidad, debe ser considerada una premisa para la racionalidad kantiana también en el terreno de su derecho político.

En el campo de la teoría política —o «derecho político»—, Kant expresamente opta por la teoría contractualista, aunque trate de oponerse a Hobbes. Según el filósofo prusiano, las sociedades en general pueden ser creadas por contratos entre una multitud de hombres, contratos esos que formarían un *pactum sociale*. Entre esos contratos, hay algunos peculiares que forman las sociedades políticas; aquí tenemos un *pactum unionis*

¹⁹⁸ Cfr. Immanuel Kant: *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 2008, p. 27.

*civilis*¹⁹⁹.

A diferencia de las normas morales, que serían leyes universales «internas» que limitarían la acción de la persona en su vida privada, las normas generadas por esos pactos sociales serían «leyes externas» y formarían lo que Kant llama «derecho público». Ese derecho tendría como objeto «*la limitación (externa) de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en cuanto sea posible según una ley universal*»²⁰⁰.

Como obra del pacto y del «derecho político», surgirían para cada hombre los siguientes Estados *a priori*: la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre; su igualdad con los demás, en cuanto súbdito; y la independencia de cada miembro de una república, en cuanto ciudadano.²⁰¹

La libertad kantiana en cuanto hombre podría ser traducida como la libertad de los modernos, según la fórmula de que nadie puede obligar a uno a buscar su felicidad de acuerdo con un camino diferente del que quiera uno elegir, siempre que esa elección no cause perjuicio a la libertad de los demás²⁰². Por su parte, la igualdad en cuanto súbdito tiene como significado que nadie puede coaccionar a otro sino por medio de la ley pública y de su ejecutor, el Estado²⁰³. También de la igualdad surge el poder de cada miembro de la sociedad política para alcanzar una posición de cualquier nivel a que puedan llevarle su talento, su diligencia y su suerte²⁰⁴. Finalmente, el reconocimiento de la independencia de cada ciudadano significaría que cada uno debe tener participación en la voluntad pública y entonces ser considerado colegislador de la ley pública²⁰⁵.

El orden político-normativo concebido por Kant se legitimaría por medio del concepto de «*contrato originario*». En este punto, Kant sigue exactamente la doctrina inaugurada por Hobbes. Sin embargo, a diferencia de Hobbes, Kant es expreso en reconocer que ese pacto social no es un hecho, sino una mera idea o razón. Así Kant alinea

¹⁹⁹ Cfr. Immanuel Kant: *En defensa de la Ilustración*, ob. cit., p. 258.

²⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 259.

²⁰¹ Cfr. *Ibidem*, p. 260.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Cfr. *Ibidem*, pp. 261-262.

²⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 263.

²⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 265.

su teoría política con su filosofía moral y su pensamiento epistemológico.

Para Kant, el pacto social no necesita existir; solamente es necesario que sea el contrato posible y se origine en la razón, que sería apriorística y universal. Aquí tenemos la «prueba de legitimidad» de la ley pública, de la norma idealmente generada por el pacto social: la ley sería legítima solamente si puede haber sido emanada de la voluntad unida de todo un pueblo y si considera a cada súbdito como si hubiera votado de acuerdo con una voluntad tal que busque la virtud general²⁰⁶. Así, presume Kant que del pueblo idealmente considerado solamente podría emanar una regla que fuese *per se* racional.

De esta manera, según Kant, la racionalidad debe ser el parámetro de legitimidad de las leyes políticas. Como la razón, para el mismo filósofo, es universal, los preceptos de su derecho no podrían tener otra cualidad; o sea, los preceptos también deben ser universales. Y la razón kantiana, como ya observamos, toma como premisas morales la dignidad humana y la libertad de la persona.

Por lo tanto, uniendo la filosofía moral kantiana con su filosofía política, llegaremos a la conclusión de que también debe ser consecuencia de su derecho político la legitimación de sistemas jurídicos de carácter universal que respeten la dignidad de las personas y la libertad individual. Universalidad, dignidad humana y libertad: tenemos aquí el núcleo de la teoría de los derechos humanos, que también cuenta con la contribución kantiana.

1.16 Los juristas y pensadores clásicos europeos que desarrollaron la doctrina de los «derechos del hombre» (y «de la mujer»)

La idea de que existe un orden jurídico que protege a los seres humanos independientemente del *quod princeps placet* no es una novedad de la Edad Moderna. Conforme hemos visto, esa idea se remonta a los pensadores griegos antiguos y a los filósofos iusnaturalistas escolásticos. Pero la creencia en el derecho natural no se confunde

²⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 267-270.

con el reconocimiento de los derechos humanos. De veras, es posible admitir la existencia de derechos innatos, inalienables e iguales de todos los seres humanos independientemente de su fundamento metafísico (en la razón divina, en la razón humana, en la naturaleza, en el orden positivo etc.).

Es importante observar que no todos los sostenedores de la existencia del derecho natural ponían su atención dogmática en los derechos subjetivos de todas las personas; muchos, como San Agustín, concentraban el foco en los deberes²⁰⁷ de las personas y en el cumplimiento de las reglas divinas. Sin embargo, entre los iusnaturalistas surgieron los primeros defensores de los derechos innatos de los hombres. Entre los más célebres defensores académicos de la época moderna, Gerhard Oestreich menciona al francés Hugo Donellus (1527-1591), que ya enseñaba, en la Universidad de Altdorf, la doctrina de que toda persona es portadora de derechos innatos a la vida, a la integridad corporal, a la libertad y al respeto público²⁰⁸.

Por su parte, entre los primeros juristas ingleses, que son conocidos por su pragmatismo, encontramos Edward Coke, que fue famoso por su defensa de la *common law* contra las normas impuestas unilateralmente por el rey. Coke fundamentaba la *common law* en la razón, pero no en la razón natural y sí en razón concreta e histórica del pueblo inglés.²⁰⁹

No era Coke, pues, un jurista iusnaturalista. Su contemporáneo Giovanni Selden, por otro lado, sí era un iusnaturalista. Los dos, Coke y Selden, independientemente de las divergencias de fundamentos, creían y defendían la existencia de derechos inalienables de todas las personas intangibles a la voluntad del monarca. Coke y Selden, comulgando con esta misma creencia, formularon y promovieron la *Petition of Right* (1628), uno de los documentos históricos más importantes en la lucha por el reconocimiento de los derechos básicos de los seres humanos.²¹⁰

²⁰⁷ Para San Agustín, el deber fundamental de la persona en la sociedad es conservar la paz social. Cfr. San Agustín: *La ciudad de Dios*, libro XIX, capítulo XIV, disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki/La_ciudad_de_Dios_XIX>. Fecha de acceso: 12.4.2012.

²⁰⁸ Cfr. ob. cit., p. 51.

²⁰⁹ Cfr. Guido Fassò: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna*, Roma, Editori Laterza, 2008, p. 100.

²¹⁰ Cfr. Idem: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna* (ob. cit.), p. 103.

La construcción de la cultura de los derechos en la Inglaterra tampoco puede prescindir de la historia de los *levellers*. Los así denominados «*levellers*» (o «niveladores», en castellano) eran intelectuales y políticos liberales que defendieron, en la Guerra Civil Inglesa del siglo XVII, la soberanía popular, la igualdad entre todos los seres humanos, el sufragio universal, la tolerancia religiosa y los derechos innatos de todas las personas. Considerados muy revolucionarios en aquél entonces, la ideología liberal de los *levellers* fue fundamental para incluir en la conciencia colectiva inglesa la necesidad de garantizar a los seres humanos una efectiva igualdad jurídica entre todos ellos y un conjunto de derechos básicos e iguales de que puedan disfrutar.²¹¹

El documento escrito más importante de los *levellers* fue la declaración pública conocida como «*An Agreement of the People*», firmada, entre otros, por John Lilburne, el más famoso de los *levellers*, también conocido como «Freeborn John». Entre los preceptos fundamentales del *Agreement*, encontramos lo siguiente:

4. Que, en todas las leyes hechas o por hacer, cada persona puede ser obligada por igual, y que ninguna tenencia, propiedad, alquiler, grado, nacimiento o lugar confieran cualquier exención en el curso habitual de los procedimientos judiciales a que los demás están sometidos.

5. Que todas las leyes sean isonómicas, que ellas sean buenas y no evidentemente destructivas para la seguridad y el bienestar del pueblo.²¹²

Coke, Selden y los *levellers* vivieron al inicio de un siglo particularmente fértil de la historia inglesa. John Locke (1632-1704), a su vez, vivió el final de este mismo siglo, el siglo XVII, y fue muy influenciado por todos los contextos y emociones que se intercalaron en aquél entonces, siendo al mismo tiempo motivado por la necesidad de seguridad y estabilidad institucional y por la precisión de garantizar los intereses fundamentales de los individuos ante el Estado.

Ese antagonismo de motivaciones puede justificar, a lo largo de la vida de Locke, la mezcla de escritos de connotación voluntarista y absolutista, por un lado, y de argumentaciones de orden racionalista y liberal, por otro²¹³. Pero, al fin y al cabo, la tendencia final liberal de defensa de los derechos individuales prevaleció en la obra de

²¹¹ Cfr. idem: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna* (ob. cit.), pp. 104-105.

²¹² Traducción libre. El texto original del «*An Agreement of the People*» puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.constitution.org/eng/conpur074.htm>>. Fecha de acceso: 14.4.2012.

²¹³ Cfr. idem: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna* (ob. cit.), pp. 152-157.

Locke, especialmente en su obra más importante: el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*.

En la mencionada obra, John Locke recorre a la concepción política contractualista de Thomas Hobbes, que presupone la existencia ideal anterior de un Estado de naturaleza y de un pacto social que origina el Estado, la soberanía estatal y la limitación de la libertad individual.²¹⁴ Según Hobbes, en una realidad humana sin poder político central, la lucha por los bienes y por la satisfacción de los deseos no respetaría a las reglas de justicia; allí, «*nada puede ser injusto*»²¹⁵. En ese Estado de guerra, el fraude y la violencia estarían no solamente permitidas sino que serían las «*virtudes cardinales*»²¹⁶. Aquí está la guerra «*de todos contra todos*», que no consiste solo «*en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente*»²¹⁷. Esa guerra natural, para Hobbes, tiene su término final en el pacto social.

De hecho, John Locke, el gran precursor del liberalismo político inglés, tomó de Hobbes la causa justificante del consentimiento como elemento legitimador del poder político. Así, solamente por medio de sus manifestaciones de voluntad —o sea, del contrato, pacto— podrían los hombres disponer de poderes de gobierno en favor del Estado.

También consintió Locke en que, antes del poder soberano público y del pacto social, existiera un Estado original de naturaleza, pero ese Estado no sería un Estado de guerra, sino un Estado en que la ley era solamente la ley natural que podría ser ejecutada con libertad por las personas, o sea, cada individuo era simultáneamente árbitro y ejecutor del derecho natural, aplicando con su propia fuerza y subjetividad tal orden jurídico. Esa ausencia de seguridad en la aplicación del derecho natural y en la defensa de la libertad y los bienes individuales es lo que tendría justificado el pacto social y el Estado, según Locke.

²¹⁴ Según dicha concepción filosófico-política contractualista, la soberanía estatal y las libertades jurídicas (los derechos básicos de las personas) nacen o nacieron simultáneamente. Por lo tanto, la soberanía y los derechos (humanos) ya surgirían de forma compuesta, integrada, demandando la conciliación entre ellos.

²¹⁵ Cfr. Thomas Hobbes: *Del ciudadano y Leviatán*, traducción de Enrique Tierno Gálvan y M. Sánchez Sarto, Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 127.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Thomas Hobbes: ob. cit., p. 125.

De acuerdo con lo que explica Guido Fassò, esa sería una diferencia primordial de las teorías de Hobbes y Locke: mientras el primero defendía la restricción de toda libertad en favor de la paz social (garantizada por el Estado), el último explicaba la existencia del Estado (y presuponía el pacto social) por la necesidad de garantizar una paz social que respete los derechos individuales innatos a todos los seres humanos.²¹⁸

Para Locke, el traspaso de poderes de los individuos hacia el Estado no es integral como sí lo era para Hobbes. Para el pensador liberal, los hombres deben reservar para sí sus libertades y su *property*, que tendrían como causa última de justificación la propiedad de la persona sobre su propio cuerpo («*every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself*»²¹⁹).

La preservación de los bienes esenciales, según Locke, es lo que legitimaría verdaderamente el Estado, más que las manifestaciones de voluntades en su nacimiento²²⁰. Esas manifestaciones originales (es decir, el contrato social) no podrían transferir los derechos a la vida, la libertad y la propiedad, porque esos serían derechos naturales, inalienables e indisponibles de todos los hombres y, de acuerdo con el raciocinio de Locke, nadie podría transferir lo que no puede disponer.²²¹

Por coincidencia o no, la salvaguardia de los derechos individuales ante el poder estatal resonó en la *Bill of Rights* (1689), la cual prácticamente refundó el pacto constitucional del Estado inglés. El pensamiento liberal lockiano también estuvo impregnado en la ciencia jurídica inglesa posterior, que tuvo como principal icono al jurista William Blackstone (1723-1780).

Blackstone, quizá el más famoso e importante jurista inglés de todos los tiempos, fue un importante defensor de la supremacía de los preceptos fundamentales de la *common law* sobre los actos del Estado, incluso de su Parlamento. Para Blackstone, los derechos individuales conquistados por el pueblo inglés, consolidados por los jueces y acomodados en la *common law*, no podrían ser suprimidos por los poderes estatales

218 Cfr. Guido Fassò: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna* (ob. cit.), p. 161.

219 Cfr. John Locke: *Second treatise of the government*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1980, p. 19.

220 Cfr. Fábio Konder Comparato: *Ética*, ob. cit., p. 208.

221 Cfr. Fábio Konder Comparato: *Ética*, ob. cit., p. 218.

constituidos²²².

La doctrina de defensa de los derechos individuales de los juristas ingleses influyó decisivamente a los revolucionarios norteamericanos que, antes y durante la lucha por la independencia de las colonias, defendieron que todos los seres humanos nacían con derechos iguales y deberían conservar esos derechos innatos y su libertad durante toda la vida. Entre esos revolucionarios, en el plano teórico, se destacó el británico Thomas Paine²²³ y su obra-panfleto *The Rights of Man* (1791-1792).

Hoy se considera a Paine un defensor de la versión americana del jusnaturalismo, que entiende los derechos civiles como verdaderos derechos naturales transformados para su mejor goce y garantía, derechos estos que representan un límite insuperable para los poderes estatales constituidos. Tales derechos, los derechos humanos, pertenecerían al ser humano debido a su propia existencia e incluirían derechos intelectuales y derechos «de acción» («*action rights*»), los cuales podrían ser ejercidos libremente, en función del confort y felicidad personal, de modo solamente limitado por el respeto a los derechos humanos de los otros seres humanos. Esos mismos derechos (conjuntamente con otros derechos «no innatos»), cuando están reconocidos y garantizados a las personas en razón de su pertenencia a una comunidad social, pasarían a ser conocidos como «*civil rights*».²²⁴

Menos famosa que Paine, una contemporánea suya también colaboró —en momento casi simultáneo— con la doctrina de los derechos humanos: la inglesa Mary Wollstonecraft. En una carta dirigida a Edmund Burke, titulada posteriormente «*A Vindication of the Rights of Men*», de 1790, Wollstonecraft defendía de modo bastante enfático el derecho básico de todos los seres humanos a la libertad individual y política²²⁵. Por tal obra, Wollstonecraft se adhería al movimiento iluminista en favor de los derechos

222 Cfr. Guido Fassò: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna* (ob. cit.), pp. 257-259; Gerhard Oestreich: ob. cit., pp. 66-67.

223 Thomas Paine no era propiamente un jurista, pero sus escritos panfletarios influenciaron decisivamente la historia de los acontecimientos revolucionarios del final del siglo XVIII y son hoy ampliamente estudiados por estudiosos del Derecho en los ámbitos de los derechos humanos y de la democracia.

224 Cfr. Thomas Paine: *The Rights of Man*, Adelaide, The University of Adelaide Library (*ebook*), 2009, disponible en: <<http://ebooks.adelaide.edu.au/p/paine/thomas/p147r/complete.html>>. Fecha de acceso: 15.4.2012.

225 Cfr. Mary Wollstonecraft: *A vindication of rights of men, in a letter to the honorable Edmund Burke*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, *passim*.

de las personas.

Sin embargo, Wollstonecraft se distancia de los «hombres iluministas» cuando niega la inferioridad intrínseca de las mujeres y defiende que cualquier diferencia práctica entre las virtudes de hombres y mujeres tiene como causa solamente la educación diferenciada. Así, según Wollstonecraft, si las mujeres fuesen educadas de la misma manera que los hombres, ellas también serían aptas para ejercer sus derechos y libertades en la esfera pública. Esa opinión —que inaugura el feminismo moderno— queda más clara en su obra principal: «*Vindication of the Rights of Women*» («Vindicación de los Derechos de las Mujeres», de 1792)²²⁶.

En conclusión, la obra y la argumentación de Mary Wollstonecraft fueron fundamentales para la inserción de la igualdad de género en el núcleo de la doctrina de los derechos humanos y de la teoría política moderna. Como bien señala Rafael Escudero Alday, tras Wollstonecraft, «*la puerta por la reivindicación de la igualdad política de la mujeres respecto de los hombres está ya definitivamente abierta*», aunque, en aquel entonces, no fuese posible todavía reconocer la existencia de un movimiento feminista.²²⁷

Las opiniones de Wollstonecraft están en sintonía con las de la francesa Marie Gouze, también conocida con el pseudónimo de Olympe de Gouges, la madre de los derechos humanos de las mujeres. En 1791, dos años después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Marie Gouze propone a la Asamblea Nacional la aprobación de la «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana»²²⁸, defendiendo, en suma, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. La declaración femenina de derechos, sin embargo, fue rechazada en aquel entonces y Marie Gouze fue guillotizada el 3 de noviembre de 1793.²²⁹

²²⁶ Cfr. Mary Wollstonecraft: *Vindicación de los derechos de las mujeres*, traducción de Marta Lois González, Madrid, Ediciones Istmo, 2005, pp. 47-53.

²²⁷ Cfr. Rafael Escudero Alday: «Los derechos del Hombre y de la mujer en Mary Wollstonecraft», en *Historia de los derechos fundamentales, tomo II: siglo XVIII*, v. II, dirigido por Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, p. 444.

²²⁸ El texto integral de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, de 1791, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>>. Fecha de acceso: 4.7.2014.

²²⁹ Cfr. Jorge Leonardo García Campos: «Olympe de Gouges y la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana», 2013, disponible en: <<http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=429>>. Fecha de acceso:

Comparando a Wollstonecraft (o incluso Gouze) y Paine, percibimos que la primera goza de una especial importancia por defender expresamente en aquel entonces, quizá por primera vez en la modernidad, que los derechos humanos también deben ser reconocidos en favor de las mujeres. Para que esos derechos puedan ser ejercidos de modo adecuado, Wollstonecraft sostuvo la necesidad de una reforma del sistema educacional de todos los Estados, a fin de garantizar a las mujeres iguales oportunidades de desarrollo intelectual.

Así, de acuerdo con la teoría de Wollstonecraft (que anticiparía futuras luchas por la afirmación de los derechos humanos de las mujeres), garantizar a las mujeres el derecho humano a la educación es la condición fundamental para que les sean garantizados y ejercidos todos los demás derechos humanos. Esa idea está reforzada en otra importante obra de Wollstonecraft: «*Thoughts on the education of daughters: with reflections on female conduct, in the more important duties of life*», de 1787.²³⁰

En la comunidad jurídica europea continental, el origen más reciente de la doctrina de los derechos innatos de los seres humanos se encuentra en la obra del jurista iusnaturalista alemán Samuel Freiherr von Pufendorf (1632-1694).

Pufendorf partió de las bases teóricas dejadas por Grocio, Spinoza y Hobbes para construir una teoría del derecho natural que se funda en el valor máximo de la dignidad humana, es decir, del igual y absoluto valor de todos los seres humanos, superior al valor de todos los otros seres vivientes no humanos (los animales como un género). Reconoce Pufendorf la existencia de derechos innatos e inalienables de que está dotado cada ser humano, originados de su propia naturaleza humana. Esos derechos deberían estar garantizados por el Estado desde el momento en que la persona traspone el Estado natural hacia el *status civilis*.²³¹

Christian Wolff fue otro importante filósofo jusnaturalista alemán que

4.7.2014.

²³⁰ La mencionada obra, en su versión original, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-PT&lr=&id=hVIJAAAAQAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=education+autor:Wollstonecraft&ots=77tJmqyEH5&sig=m6H3SehLYdfgV6sD43OJCm2f0pQ#v=onepage&q&f=false>.
Fecha de acceso: 28.10.2012.

²³¹ Cfr. Gerhardt Oestreich: ob. cit., pp. 52-56.

sustentó la igualdad natural de todos los seres humanos y la existencia de derechos innatos. Según Wolff, todo ser humano es una *persona moralis*; por lo tanto, todos los seres humanos deben tener personalidad jurídica, o sea, deben ser titulares de derechos mínimos e iguales, gozados por todos, como los derechos a la alimentación, al agua para beber, a la vestimenta, a los medicamentos, a la residencia, a la educación, a la formación profesional y a la «felicidad». En este sentido, como bien recuerda Gerhardt Oestreich, Wolff fue uno de los primeros juristas o pensadores modernos que reconocieron la capacidad jurídica universal del hombre e incluyeron tales derechos como derechos innatos de todas las personas²³².

Igualmente, la ciencia jurídica alemana brindó a la humanidad con las obras de Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), conocido históricamente como uno de los más importantes defensores de los «derechos del hombre» al final del siglo XIX. Su importancia y su contribución dogmática fueron resaltadas por Guido Fassò, para quién Fichte fue, al final del siglo XVIII, el defensor más «ardoroso» de los derechos humanos. Esos derechos serían consecuencia del derecho individual inalienable a la «propia persona» (como ya había defendido Locke). De ese derecho-base, se originaría primeramente el derecho a la vida y después a las libertades de culto, de pensamiento, de enseñanza, de comunicación etc.²³³

Entre los pensadores francófonos, lo que más ha influenciado a los revolucionarios defensores de los derechos humanos ha sido, sin lugar a dudas, el suizo Jean-Jacques Rousseau.

Aunque no encontremos en la obra de Rousseau una referencia expresa y clara respecto a los «derechos humanos», su pensamiento sobre la soberanía popular puede ser interpretado como una correspondencia al derecho a la libertad política positiva (como diría Isaiah Berlin²³⁴), es decir, como el derecho que cada individuo tiene de ser ciudadano y, como tal, de poder participar de la formación de la voluntad del Estado.²³⁵

²³² Cfr. Ob. cit., pp. 56-58.

²³³ Cfr. Guido Fassò: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna* (ob. cit.), pp. 88-89.

²³⁴ Cfr. Isaiah Berlin: *Dos conceptos de libertad*, traducción de Ángel Rivero, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 102.

²³⁵ Son las palabras de Rousseau: «Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como

La doctrina filosófica de Rousseau (la cual fue más estudiada desde la perspectiva de la ciencia política, pero que también influencia a la teoría de los derechos humanos) fue desarrollada por la teoría de la división de poderes de Montesquieu. Al igual que la teoría rousseauiana, la teoría de Montesquieu también está considerada como una teoría primordialmente político-constitucional, pero que asimismo alcanza la doctrina de los derechos humanos, ya que la principal consecuencia de la división de los poderes estatales es la protección de los individuos contra el Estado y la garantía de sus derechos básicos.

La teoría jurídica de los derechos del hombre (aunque haya históricamente evolucionado en favor de los grupos sociales vulnerables) fue muy criticada por pensadores comunistas y socialistas clásicos, que acusaron a tal doctrina de ser un elemento ideológico de dominación capitalista. Así, por ejemplo, Karl Marx no solo rechazó la doctrina de los derechos del hombre sino también toda y cualquier teoría de justicia son construcciones de una ideología individualista y liberal. Aun siendo así, analizando críticamente la obra de Marx, podemos concluir que la propia doctrina marxista ofrece, de modo camuflado, una teoría que defiende un sistema de justicia basado en la solidaridad y la igualdad material entre todos los seres humanos.

De hecho, en la obra de Marx, no hay un concepto explícito de justicia, pero autores como John Rawls identifican en sus estudios (en especial, «El Capital») conceptos implícitos de justicia, los cuales podrían ser extraídos a partir de las nociones de «dominación», «explotación», «opresión» y «trabajo no remunerado».²³⁶ También desde las proposiciones de su «Crítica del Programa de Gotha», sería posible extraer un concepto

parte indivisible del todo». Cfr. Jean-Jacques Rousseau: *Del contrato social y discursos*, traducción de Mauro Armijo, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 23.

²³⁶ Cfr. John Rawls: *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, traducción de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2009, pp. 412-432. Los términos «explotación» (del trabajo, del trabajador o de la fuerza de trabajo), «dominación», «opresión» y «oprimidos» aparecen en diversos fragmentos de la obra maestra de Marx y traen consigo una carga de valoración negativa, que presupondría un concepto de «injusto» y, por consecuencia, también de «justo». Cfr. Karl Marx: *Capital: a critique of political economy*, traducción al inglés de Samuel Moore y Edward Eveling, Chicago, Charles H. Kerr & Company, 1909, pp. 235, 241, 268, 313, 320, 326, 332-335, 353, 368, 403, 434, 442, 455, 482-483, 487, 505, 516, 520, 523, 533-537, 582-584, 605-606, 627, 636, 657, 667, 669, 680, 697, 699, 701, 705, 708, 762, 774, 787, 790, 804, 810, 814, 822, 826, 830, 833, 836, 840 y 843. Los mismos términos también pueden ser hallados en el «Manifiesto del Partido Comunista». Cfr. Karl Marx y Frederick Engels: *Manifiesto del Partido Comunista*, 1848, disponible en http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/engelsf/engelsde00004.pdf, acceso en 6.2.2011, pp. 11-12, 18, 20-21, 24-27.

implícito de justicia distributiva que se traduce en una imposición: «*¡De cada cual, según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades!*»²³⁷ Sería esta una probable noción de justicia de Marx, una noción que maximiza el principio de la solidaridad y de la igualdad material, principios estos que fueron acoplados posteriormente a la propia doctrina de los derechos humanos y la teoría de justicia que la fundamenta filosóficamente.

Ferdinand Lassalle (1825-1864) también fue un importante teórico formulador de la doctrina política socialista alemana y, como tal, fue un crítico de la teoría liberal de los derechos del hombre. Pero, como bien resalta Gerhard Oestreich²³⁸, Lassalle también creía que el Estado podría ser la solución para la satisfacción de las necesidades morales básicas de los seres humanos, como la educación, la justicia y la igualdad social y económica. De esta manera, las críticas de Lassalle también sirvieron para desarrollar la teoría de los «derechos humanos económicos, sociales y culturales» (los «DESC»), que hoy complementan los llamados derechos humanos liberales o de primera generación.

En el desarrollo posterior de la doctrina de los derechos humanos, la crítica socialista fue importantísima para agregar nuevos derechos al rol de derechos reconocidos globalmente como básicos, innatos e inalienables que deben ser garantizados a todos los seres humanos. Ese cambio en la noción liberal e individualista de los derechos humanos es producto de un proceso histórico que será examinado en el próximo capítulo.

1.17 A modo de síntesis: la doctrina de los derechos humanos es el resultado de un proceso evolutivo multicultural, multidogmático y multigeneracional, sin «creadores», sin un «inicio» y sin un «fin»

El resultado de la investigación que presentamos en este capítulo demuestra que la doctrina y los valores básicos de los derechos humanos no son un producto exclusivo de la cultura cristiana o de una generación específica de juristas y pensadores

²³⁷ Cfr. Karl Marx: *Crítica del Programa de Gotha*, disponible en <http://juventud.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2009/05/critica-al-programa-de-gotha-marx.pdf>, acceso en 6.2.2011, p. 9; John Rawls: *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, ob. cit., p. 421.

²³⁸ Ob. cit., p. 128.

políticos occidentales. Los derechos humanos fueron y todavía son construidos sobre la base de ideas y valores compartidos por diversas culturas religiosas y generaciones distintas de estudiosos del derecho, y asimismo sobre los fundamentos ofrecidos por diferentes concepciones filosóficas.

De la misma forma que señalamos que la doctrina de los derechos humanos no puede ser considerada un fruto de la doctrina judaico-cristiana (considerando que existen ideas y valores islámicos, hinduistas y budistas, por ejemplo, que también ofrecen diferentes perspectivas válidas sobre los valores y principios básicos de los derechos humanos), también podemos afirmar que los derechos humanos no están, en el ámbito filosófico, exclusivamente desarrollados sobre la filosofía kantiana o, por ejemplo, sobre los fundamentos políticos o jurídicos de John Locke o de Thomas Paine.

Existieron y existen, simultáneamente, diferentes bases religiosas, culturales, filosóficas, dogmáticas y políticas que proporcionaron y todavía proporcionan la construcción evolutiva de la teoría de los derechos humanos. En resumen, podemos afirmar que los derechos humanos no tienen un «creador», un «padre», así como no presentan claramente un «inicio» y un «fin».

A pesar de que están presentes algunas divergencias en las diferentes concepciones culturales, filosóficas, políticas y jurídicas sobre los derechos humanos, debemos reafirmar que es posible reconocer, en todas esas concepciones, un núcleo común que confiere una identidad propia a la idea globalmente compartida de los derechos básicos derivados de la dignidad humana. Así, los derechos humanos son el resultado de acciones, doctrinas e ideas asimétricamente desarrolladas en diferentes lugares y momentos de la humanidad.

Debemos igualmente reafirmar que el reconocimiento de que la doctrina de los derechos humanos es el resultado de un proceso evolutivo multicultural y multigeneracional, fundamentado en diferentes concepciones de mundo, favorece, hoy, la integración hermenéutica y jurisprudencial entre los diversos sistemas jurídicos — nacional, regional e internacional— que tratan de aplicar, de la forma más justa y protectora, las normas de derechos humanos.

Esa integración de los derechos humanos, según opinamos, es una consecuencia lógica de la aceptación de diversas fuentes culturales, filosóficas y dogmáticas de los derechos humanos y de la afirmación del carácter evolutivo de los derechos humanos.

Si los derechos humanos están en constante evolución y si existen diversas alternativas para el desarrollo y la implementación de los derechos humanos, nos parece evidente que los Estados y todos los órganos y agentes aplicadores de las normas de derechos humanos deben aprovechar las diferentes concepciones y perspectivas sobre esos derechos a fin de garantizar, en la realidad concreta, la mejor forma de cumplimiento de dichas normas, de respeto de la dignidad humana y de protección de los seres humanos que son, igual y universalmente, reconocidos como titulares de los derechos humanos construidos por medio de ese proceso evolutivo multicultural y multigeneracional.

En resumen, los derechos humanos son un producto de toda la humanidad, desarrollado para toda la humanidad. Ese rasgo universalista y multicultural de los derechos humanos nos impone el reconocimiento de un cosmopolitismo jurídico, en el que cada ser humano participa de la comunidad global estando dotado de los mismos derechos básicos y universales. Esa premisa fundamental de la doctrina de los derechos humanos tiene como consecuencia la necesidad de un desarrollo institucional integrado para la protección de los derechos en todas las partes del planeta y de mecanismos teóricos de integración hermenéutica de los mismos derechos, como examinaremos, a continuación, en capítulos posteriores.

2 LA FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: O LA HISTORIA DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS HUMANOS

A nuestro juicio, la dignidad humana y los valores desarrollados desde su reconocimiento y respeto no son fundamentos aislados de los derechos humanos, tal y como son globalmente aceptados en la actualidad. Los derechos humanos no deben ser protegidos simplemente porque derivan de la dignidad humana y porque institucionalizan valores ampliamente respetados por la humanidad. Deben ser protegidos igualmente porque, históricamente, desde la primeras declaraciones de derechos y, posteriormente, después del fin de la Segunda Guerra Mundial, por medio de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, se construyó —y todavía se está desarrollando— un consenso jurídico no solo internacional, sino mundial y supraideológico, que justifica la propia legitimación de los Estados (o sea, el reconocimiento de su soberanía²³⁹ en la esfera internacional) por medio de la protección de los derechos básicos de los hombres y de las mujeres, y también porque tal consenso se mantiene —mayoritariamente— hasta hoy.

Ese consenso mundial no se formó de la noche a la mañana. Como trataremos de demostrar, los derechos humanos fueron edificados paulatinamente, por diversos actos sucesivos que reconocieron la igual dignidad de todo ser humano y declararon o decretaron derechos que se originan en esta igual dignidad.

2.1 Las cartas de derechos en el Reino Unido

El sistema jurídico inglés fue desarrollado por medio de la aplicación judicial de reglas y principios. Los derechos surgían de la práctica forense, de la protección

²³⁹ En el sentido de nuestro planteamiento, la soberanía —en su significado jurídico— no puede más ser considerada como un precepto presupuesto absoluto que está derivado de la mera existencia fáctica de un Estado. La soberanía, jurídicamente, solo puede ser reconocida a los Estados que respetan a los seres humanos. Un Estado fascista o nazi puede parecer fácticamente soberano, pero, jurídicamente, no se le puede reconocer la soberanía, ya que la soberanía, en el ambiente internacional contemporáneo, presupone e impone el respeto del núcleo esencial de los derechos humanos.

ofrecida por las autoridades judiciales. En este sentido, los remedios procesales precedían al reconocimiento del propio derecho: *remedies precede rights*²⁴⁰.

De la misma manera, la aplicación judicial del derecho inglés y de sus *remedies*, de modo continuado, sistemático y coherente, posibilitó la formación en la cultura jurídica anglosajona de la noción de *common law*, como elemento esencial y nuclear del sistema británico de *laws of the land*, lo que fue fundamental para la garantía de los derechos individuales ante el poder estatal inglés²⁴¹.

A pesar de eso, en el primer milenio de la historia inglesa, la protección de los derechos de los súbditos en sus relaciones con el soberano dependía, en cierta medida, de la conveniencia de este último o de la demostración de fuerza e independencia de los jueces ingleses. Por lo tanto, hacía falta (primero, para la nobleza; posteriormente, para los burgueses), en el contexto de la monarquía absolutista inglesa, convencer —u obligar— al monarca a firmar declaraciones o cartas de reconocimiento de los derechos comunes de sus súbditos, a fin de fortalecer el sistema legal de garantía de los derechos individuales.

Las declaraciones de derechos (o mejor de garantías, de los *remedies*) del sistema inglés más famosas son la Magna Carta, la *Petition of Right*, el *Habeas Corpus Act* y el *Bill of Rights*. Esos documentos históricos, sin lugar a dudas, no deben ser comprendidos como conquistas absolutamente revolucionarias en favor de los derechos individuales. Todos ellos tuvieron su sentido en el contexto histórico en el que surgieron y sirvieron como elemento a ser agregado al sistema de garantías de la *common law* ya desarrollado —o en desarrollo— judicialmente.

Según bien señala René David, las normas político-jurídicas plasmadas en la Magna Carta, la *Petition of Right*, el *Habeas Corpus Act* y el *Bill of Rights* no deben ser consideradas declaraciones universales de derechos humanos; tales declaraciones de derechos humanos, según David, nunca fueron conocidas en la antigua tradición inglesa.²⁴² De hecho, las mencionadas cartas de derechos fueron, ante todo, cartas de compromiso con

²⁴⁰ Cfr. Fábio Konder Comparato: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, ob. cit., pp. 85-86.

²⁴¹ En este sentido, conferir tópico 1.16, en que tratamos de la participación de juristas como Coke, Selden y Blackstone en la formación del entendimiento jurídico respecto a la superioridad de los elementos básicos de la *common law* sobre las normas expedidas por los poderes ejecutivo y legislativo en el Reino Unido.

²⁴² Cfr. René David: *O direito inglês*, traducción al portugués de Eduardo Brandão, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 76.

el Parlamento inglés, el cual representaba los intereses de la aristocracia y, posteriormente, también de la burguesía inglesa. Fueron esas cartas, otrosí, representaciones de normas jurídicas inglesas que establecían *remedies* a los ciudadanos del Reino Unido, garantizando el efectivo ejercicio de las libertades públicas, civiles.

La primera entre esas declaraciones fue la *Magna Carta*, firmada por el Rey Juan de la Inglaterra el 15 de junio de 1215. Tal documento histórico ciertamente no surgió de la conciencia del soberano sobre derechos innatos de sus súbditos. De hecho, el Rey Juan fue forzado a firmar la carta de derechos y lo hizo a fin de mantener su posición real. Tal coacción fue reconocida por el Papa Inocencio III, que declaró nulo el documento. Sin embargo, la Magna Carta fue posteriormente reafirmada por sucesivos monarcas²⁴³.

Está claro que la Magna Carta no es una declaración de derechos motivada por el reconocimiento de la dignidad humana y de la igualdad entre los seres humanos. El mencionado documento beneficiaba solamente a la nobleza inglesa, los señores del feudalismo; nada significaba, por lo tanto, para la casi totalidad de ingleses de aquel entonces. En las justas palabras de Jack Mahoney, la Magna Carta «*estaba realmente mucho más interesada en las libertades baronesas que en los derechos humanos universales*».²⁴⁴

Según Mario Losano, ni siquiera puede la Magna Carta de 1215 ser considerada un precedente de las constituciones modernas, dado que tiene un carácter mucho más contractual que institucional. Esto es lo que advierte Losano²⁴⁵:

Hace falta resaltar que la Magna Carta *no* es un documento precursor de las constituciones modernas. Ella, todo lo contrario, es una carta de compromiso, un contrato celebrado entre reyes y barones, en la más estricta tradición tribal, en que a las partes, recíprocamente, son impuestos derechos y obligaciones. La Carta estipula claramente la posibilidad de quiebra del compromiso en el caso de violación, por alguna de las partes, de las obligaciones contratadas.

No obstante, la Magna Carta inspiró otras cartas de derechos del porvenir al reconocer derechos que vendrían a ser, muchos siglos después, instituidos como derechos constitucionales y derechos humanos. Entre otros derechos individuales, la Magna Carta

²⁴³ Cfr. *ibidem*, p. 72.

²⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 7.

²⁴⁵ *Os grandes sistemas jurídicos*, traducción al portugués de Marcela Varejão, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 37; traducción libre.

garantizaba, aunque en muchos casos de forma condicionada, la libertad eclesiástica (que puede ser considerada hoy un elemento importante de la libertad religiosa —vid. cláusula 1^a—), la proporcionalidad de la pena (cláusulas 20 y 21), la libertad profesional (cláusula 20), el derecho de acceso a la justicia (cláusula 40), el debido proceso legal (cláusulas 39, 52 y 55), la libertad ambulatoria y de comercio (cláusulas 41 y 42) y el derecho de resistencia contra la tiranía (cláusula 61). Además de eso, el tribunal de jurados²⁴⁶ (cláusulas 20, 21 y 39) fue establecido como garantía de la libertad ambulatoria, una vez que el juzgamiento por los «pares» significaba, para la *gentry* inglesa, que su suerte sería decidida por otros nobles, lo que aumentaba la probabilidad de un fallo absolutorio.

Ante todo, la Magna Carta inglesa simboliza un movimiento histórico que se desarrolló durante muchos siglos en favor de la limitación del poder real y la garantía de los derechos de los súbditos.²⁴⁷

Cuatro siglos después, en 1628, los principios de la Magna Carta fueron reafirmados en la *Petition of Right*²⁴⁸, en una situación de crisis institucional, cuando el rey Carlos I precisaba del apoyo del Parlamento para financiar las campañas militares contra Francia y España. En aquel entonces, a los parlamentarios les interesaba obtener el compromiso real de cesar los «cuatro agravios», que serían, según el filósofo italiano Mario Losano, (i) los préstamos compulsorios ilegales, (ii) las prisiones ilegales sin formación de culpa, (iii) la aplicación de la ley marcial contra civiles y (iv) el acuartelamiento compulsorio de soldados²⁴⁹.

Además de los derechos ya reconocidos en el documento de 1215 y desarrollados en la *common law*, fue también garantizada, con más énfasis, la prohibición

²⁴⁶ El tribunal de jurados ya era una realidad en la isla británica desde la invasión de los normandos, más de un siglo antes de la Magna Carta y se instalaba un mes al año en cada región. Cfr. Jayme de Altavila: *Origem dos direitos dos povos*, 3^a ed., São Paulo, Melhoramentos, 1963, p. 114. De esta manera, la previsión del tribunal de jurados en la Magna Carta debe ser entendida como un refuerzo de garantía de los derechos de los nobles, lo que se aplica también para la garantía de los otros derechos individuales reconocidos en la Carta, que representaban una reafirmación pública de principios que ya eran conocidos en la *common law*.

²⁴⁷ Cfr. Jordi Bonet Pérez: «1. Història i evolució de la protecció dels drets humans», en *Els drets humans al segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Victor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007, p. 39.

²⁴⁸ Después de firmar la *Petition of Right*, Carlos I disolvió el parlamento y lo reconvocó el 1629. En el mismo año, Carlos I lo disolvió una vez más y gobernó sin el Parlamento durante 11 años. Cfr. Mario G. Losano: ob. cit., p. 76.

²⁴⁹ Cfr. Mario G. Losano: ob. cit., p. 75.

de las prisiones arbitrarias. Según René David, uno de los principales objetivos de la *Petition of Right* de 1628 fue garantizar más eficacia al *writ* de *habeas corpus* (que ya existía en la práctica judicial inglesa de aquél entonces) contra prisiones determinadas por la autoridad real. Es que tal remedio judicial, antes de eso, no podría ser impetrado contra actos del rey.

De esa manera, aunque la Magna Carta garantizase que nadie podría ser detenido arbitraria o ilegalmente, tal mandamiento era letra muerta cuando la orden venía de la autoridad máxima en la monarquía absolutista. Por eso, según David, los autores de la *Petition of Right*, más que renovar el compromiso de la Magna Carta, postulaban alargar el alcance del *habeas corpus* y así reforzar la garantía de la libertad individual.²⁵⁰ Así nacía el párrafo 5º de la *Petition of Right*, en que la majestad real garantizaba la eficacia del hábeas corpus contra cualquier acto de la autoridad real.²⁵¹

Sin embargo, incluso después de la edición de la *Petition of Right*, el *writ* de hábeas corpus no se transformó en un instrumento altamente eficiente ante las prisiones determinados por el rey, puesto que pocos eran los jueces con coraje para contrariar frontalmente la voluntad real. Por eso, en 1679, los ciudadanos ingleses lograron la conquista de un nuevo marco legal: el *Habeas Corpus Act*, el cual reglamentaba el procedimiento del *habeas corpus* a fin de que fuese efectivamente un instrumento de garantía de la libertad individual incluso ante la tiranía monárquica.

Entre las principales reglas del *Habeas Corpus Act*²⁵², están las siguientes: (i) el deber de la autoridad que efectuó la prisión de presentar personalmente el detenido al juez; (ii) el establecimiento de plazos para la presentación del preso: 3 días (en distancias inferiores a 20 millas), 10 días (distancias entre 20 e 100 millas) o 20 días (distancias superiores a 100 millas); (iii) la posibilidad de impetración por cualquier persona del pueblo; (iv) el deber de la autoridad de informar y fundamentar la causa de la prisión al juez; (v) el examen y otorgamiento inmediato del *writ*; y (vi) la inexistencia de recurso contra el fallo favorable al individuo.

²⁵⁰ Cfr. René David: ob. cit., pp. 77-79.

²⁵¹ El texto integral de la *Petition of Right* de 1628 puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.constitution.org/eng/petright.htm>>. Fecha de acceso: 18.4.2012.

²⁵² El texto del *Habeas Corpus Act* (1679) puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.constitution.org/eng/habcorpa.htm>>. Fecha de acceso: 18.4.2012.

Finalmente, como resultado de la *Glorious Revolution* de 1688-89 y de la refundación constitucional del Reino Unido, los ingleses obtuvieron de la autoridad real el *Bill of Rights* (1689)²⁵³, que, además de definir el principio de la superioridad político-institucional del parlamento, garantizó a los ciudadanos ingleses importantes derechos y garantías, como, por ejemplo, el derecho de petición a los órganos públicos, el derecho de participación política, la garantía contra cauciones y multas excesivas, la prohibición de penas crueles y la garantía contra penas y multas sin la formación de culpa.

Así como las cartas de derechos precedentes, la *Bill of Rights* de 1689 no puede ser considerada una declaración de derechos de tendencia universal. Su propósito era específico: cambiar el sistema constitucional inglés, estableciendo la supremacía del parlamento sobre el monarca, y dotar a los ciudadanos del Reino Unido (ya no solamente a los nobles y clérigos, sino también a los burgueses) de derechos elementales contra la monarquía. Pero su resultado es todavía más profundo: la *Bill of Rights* hoy es considerada un marco originario de la democracia inglesa y de la garantía constitucional de derechos individuales en el sistema jurídico anglosajón.

La *Bill of Rights* de 1689 ordenaba elecciones libres para el Parlamento. Desde la perspectiva institucional, su resultado fue la división de poderes²⁵⁴. Pero, desde la perspectiva individual, la consecuencia fue la atribución de libertad política positiva a los ciudadanos, libertad esa que hoy, mayoritariamente, es considerada un derecho humano, como poder de autodeterminación interna del pueblo (la autodeterminación externa hace referencia a la independencia ante entidades políticas extranjeras).

También estaba garantizada en la Carta de Derechos inglesa la libertad de expresión, aunque estuviese limitado el ámbito de protección a la palabra dicha en el Parlamento. La libertad que tiene uno de expresarse, además de ser un derecho humano y un derecho fundamental en la mayoría de los Estados existentes en el siglo XXI, es también una de las bases de cualquier régimen democrático.

Finalmente, también estaba instituida en la *Bill of Rights* la prohibición de las penas que atentan contra la dignidad humana y la prohibición de imposiciones de penas

²⁵³ El texto del *Bill of Rights* (1689) puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <http://www.constitution.org/eng/eng_bor.htm>. Fecha de acceso: 18.4.2012.

²⁵⁴ Cfr. Fábio Konder Comparato: ob. cit., pp. 90-91.

sin la formación de la culpa del imputado. Esas prohibiciones representan hoy derechos básicos de todos los seres humanos en materia criminal.

Como bien ha reparado Jordi Bonet Pérez, la *Bill of Rights*, así como las cartas de derechos anteriores, no presenta un catálogo completo de derechos humanos, pero tiene gran importancia desde la perspectiva histórica, consolidando una nueva forma de «política gubernamental» e impulsando los «axiomas ideológicos liberales».²⁵⁵

No negamos que las cartas de derechos inglesas no tenían pretensiones universales declaratorias de derechos de todos los seres humanos y tampoco estaban directamente fundamentadas por el valor absoluto de toda persona. Incluso la *Bill of Rights*, como bien concluye Jack Mahoney²⁵⁶ con base en M. Cranston, no era verdaderamente una carta de derechos del hombre sino una carta de derechos del Parlamento. Aun así, tales documentos político-normativos fueron esenciales para la formación en el sistema jurídico anglosajón y en todos los sistemas jurídicos anglófilos de una cultura de derechos básicos de las personas, cultura esta que, combinada con otras fuentes culturales, permitió la formación del consenso internacional sobre la validez universal de los derechos humanos.

2.2 Las declaraciones de derechos en Francia

La tradición francesa de reconocimiento de los derechos es una historia de grandes luchas y revoluciones. El más famoso de esos reconocimientos en forma de declaración es la *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789* (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789). No obstante, si buscamos en la historia francesa una fuente de derechos básicos del hombre, hallamos también el *Édit de Nantes*, decretado en abril de 1598.

El Edicto de Nantes, firmado por el Rey de Francia Henri IV, es el primer

²⁵⁵ Ob. cit., p. 41.

²⁵⁶ Ob. cit., p. 18.

gran documento normativo de la historia occidental que garantiza la más importante forma de tolerancia en las relaciones humanas: la tolerancia religiosa.

El propósito del Edicto de Nantes era bastante claro: pacificar las relaciones entre católicos y hugonotes, garantizando la misma libertad religiosa (la práctica de la religión reformista estaba, entre otras, expresamente garantizada en los artículos VI, VII y IX), la misma participación política (en el artículo 27, estaba la posibilidad de que los reformistas ejerciesen funciones, cargos, títulos y oficios públicos) y los mismos derechos en general a unos y otros sin distinción (en el artículo 22, por ejemplo, se prohibía que la religión fuese un motivo de discriminación en la prestación de los servicios de educación y de amparo a la salud). Su fundamento era la igualdad entre las personas, no considerando la conciencia religiosa un factor válido de discriminación entre ellos en el ejercicio de sus derechos²⁵⁷.

No se puede olvidar que el documento de 1598 favorecía, en algunos puntos, a la religión católica, la oficial del monarca. A pesar de eso, considerando el tenso momento histórico que se vivía, las diversas reglas estipuladas de tolerancia religiosa fueron, en cierta medida, revolucionarias y pueden representar incluso un nuevo pacto social entre los franceses. Su rasgo innovador para su tiempo es también posiblemente uno de los motivos de su posterior rechazo por el Rey Luis XIV, en 1685, lo que generó nuevas persecuciones religiosas contra los hugonotes.

El Edicto de Nantes fue una declaración del derecho y deber de tolerancia. La tolerancia, posteriormente, pasó a ser una base fundamental de la democracia y, en su dimensión de derecho a la diferencia, es un derecho humano, puesto que la diferencia en el modo de ser o pensar es una de las consecuencias del ejercicio de la libertad individual, y esta, la libertad individual, que presupone la existencia de diferentes posibilidades de ser, pensar o hacer, tiene por fundamento la dignidad humana.

El Edicto de Nantes fue un importante marco humanista francés, pero no llega a tener la importancia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Este, sin lugar a dudas, es uno de los más importantes documentos de la historia

²⁵⁷ El texto integral del Edicto de Nantes, en francés, puede ser obtenido en la «*Bibliothèque Jeanne Hersch*», disponible en la página electrónica: <http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/FR_01_1.htm>. Fecha de acceso: 9.7.2011.

de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

La Declaración de 1789 es, verdaderamente, una declaración de derechos humanos porque tiene por fundamento, abstractamente, el reconocimiento del valor absoluto e igual de todo ser humano.²⁵⁸ El respeto a la igualdad y libertad de cada persona («*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*»: artículo 1º), por el hecho de ser persona, y de todos los derechos que son consecuencias de ese respeto es lo que constituye la esencia de los derechos humanos y es lo que se extrae de la declaración revolucionaria francesa.

El presupuesto humanista y universalista de la Declaración de 1789 no anula su perspectiva contractualista y estatalista, es decir, la Declaración Francesa, además de reconocer la existencia de los derechos del hombre *per se*, también identifica la producción de derechos por medio del pacto social que constituye el Estado y garantiza dos derechos básicos de ciudadanos.

Como bien señala Jorge Benavides Ordóñez, «*en la Declaración (Francesa) convergen la tradición individualista, o sea aquella posición que considera la existencia de unos derechos inmanentes y propios a la calidad de individuo, y una estatalista, esto es, la que considera que es la ley con sus características de generalidad y abstracción como condición esencial, que permite la existencia de los derechos y libertades individuales, de tal modo que podemos sostener que en el sistema francés se deja por fuera a la tradición historicista que caracterizó al modelo inglés y al norteamericano en menor medida*».²⁵⁹

La Declaración de los Derechos «*del Hombre y del Ciudadano*» (como bien expresa su título, la declaración francesa fundamenta los derechos declarados tanto en la naturaleza humana cuanto en la ciudadanía, en la participación en el Estado), en su artículo

²⁵⁸ Aunque se pueda extraer del texto abstracto de la Declaración Francesa de 1789 la igualdad de valor — absoluto— de los seres humanos, no podemos olvidar que, históricamente, como bien enfatiza Dalmo de Abreu Dallari, la misma Declaración de Derechos no fue aplicada igualmente, por los franceses, a todos los seres humanos, ya que por «ciudadanos» se entendía solamente «*el sexo masculino, quedando excluidas las mujeres de cualquier participación en los puestos públicos, lo que, evidentemente, era la negación de la igualdad de todos los seres humanos*». Cfr. Dalmo de Abreu Dallari: «A luta pelos direitos humanos», en *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2000, p. 32. A pesar de eso, no podemos negar que la Declaración de 1789, históricamente, fue una inspiración también para la lucha posterior de los derechos humanos de las mujeres, así como de otros grupos humanos vulnerables.

²⁵⁹ Cfr. Jorge Benavides Ordóñez: *Los derechos humanos como norma y decisión*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, p. 50.

16, establece la clásica fórmula de que «*una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*». Como bien señala Jorge Benavides Ordóñez, esa cláusula de la Declaración Francesa, además de reconocer la importancia de la división de poderes, plantea, implícitamente, que «*los derechos y libertades son el fin de la organización política llamada Estado*».²⁶⁰ En consecuencia, se concluye que el Estado solo se justifica y está legitimado por la protección y garantía de los derechos humanos de todas las personas que están sujetas al poder soberano estatal.

Muchos de los derechos que vendrían a ser reconocidos en futuros y diversos textos constitucionales e internacionales de derechos humanos ya estaban declarados por los franceses en 1789. Entre ellos, destacamos los derechos a: la libertad general (artículos 2º y 4º); la propiedad (artículos 2º y 17); la seguridad (artículos 2º y 12); la resistencia contra la tiranía (artículo 2º); la participación política (artículo 6º); la legalidad en materia criminal (artículos 7º y 8º); la presunción de inocencia (artículo 9º); la libertad de pensamiento (artículo 10); la libertad religiosa (artículo 10); y la libertad de comunicación (artículo 11).²⁶¹

Tan relevante como los derechos declarados en 1789 es su fundamento. La Declaración de 1789 no decreta solo que todos los franceses son iguales, sino que todos los seres humanos son iguales. La declaración es hecha por franceses y menciona derechos que serían respetados en el suelo francés, pero el objeto declarado es universal; alcanza, por lo tanto, a toda la humanidad.

De esta manera, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 fue un gran y original documento histórico de reconocimiento de los derechos humanos de todo y cualquier ser humano, no limitándose a declarar los derechos de los franceses, siendo destinado a influenciar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos básicos en toda la humanidad.

²⁶⁰ Cfr. Jorge Benavides Ordóñez: ob. cit., p. 54.

²⁶¹ Mencionamos los artículos de la Declaración de 1789 tomando como fuente la obra de Ferdinand Mélin-Soucramanien: *Les Constitutions de la France de la Révolution à la IV République*, Paris, Dalloz, 2009.

En este sentido, como bien observa Jordi Bonet Pérez²⁶², la importancia de la Declaración de 1789 no se limita al patrimonio constitucional francés, pues influencia el desarrollo de constitucionalismo del siglo XIX en todo el mundo, representando la defensa de los individuos y de los pueblos contra la tiranía y la opresión.

Sin negar importancia a las declaraciones americanas que todavía vamos a examinar, debemos observar que la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 influyó más decisivamente al reconocimiento global de los derechos humanos y representó quizá el más importante precedente de reconocimiento de estos derechos antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aunque, a lo mejor, en la historia constitucional, la Constitución de los EEUU haya ejercido más influencia sobre las constituciones posteriores —de todo el mundo— que la primera Constitución francesa, de 1791.

En 1791, como se mencionó anteriormente, Marie Gouze propone a la Asamblea Nacional la aprobación de la «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana», que tenía como finalidad reconocer la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos declarados en 1789.²⁶³ Aunque, en aquel entonces, la Declaración femenina de derechos de 1791 no hubiera repercutido mucho, hoy se la reconoce también como un importante documento en la lucha histórica —y que todavía se lleva a cabo— en favor de los derechos humanos de las mujeres.

En el tema de la contribución francesa a la construcción histórica de los derechos humanos, especialmente en el ámbito de los derechos sociales, tampoco podemos olvidar la Constitución de 1793, la cual, en su artículo 21, expresa una cláusula general para todos los derechos subsistenciales: «*los socorros públicos son una deuda sagrada; la sociedad debe su subsistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de existir a los que están imposibilitados de trabajar*». Aquí estaría, por primera vez en la historia de los pueblos occidentales, reconocido un derecho humano social. Sin embargo, tal disposición normativa quedó sin efecto durante muchos

²⁶² Ob. cit., p. 47.

²⁶³ El texto integral de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, de 1791, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>>. Fecha de acceso: 4.7.2014.

más años, hasta que el constitucionalismo europeo volvió su atención sobre los derechos económicos y sociales, como veremos más adelante.

2.3 Las declaraciones de derechos en los Estados Unidos de América

En el último cuarto del siglo XVIII, la conciencia de la existencia de derechos innatos a la persona por el simple hecho de ser humana alimentó movimientos liberales preconstitucionales en los Estados Unidos de América y en Francia.

En América, fue pionera la Declaración de Virginia, de 15 de mayo de 1776, la cual, en su sección primera, proclama:

Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando ellos entran en el Estado de sociedad, ellos no pueden, por ningún pacto, estar privados o despojados posteriormente; a saber, el goce de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.²⁶⁴

Esa declaración fue hecha por los «*representatives of the good people of Virginia*»; sin embargo, al igual que la famosa declaración francesa de trece años después, está dirigida a toda la humanidad.

Los declarantes de Virginia no sugieren que las personas de aquella colonia serían libres, iguales y poseedoras de derechos innatos; proclaman que **todas** las personas son titulares de derechos que se originan en la propia naturaleza humana, que se justifican por el propio valor del ser humano. De esta manera, la Declaración de Virginia es una declaración universal de derechos (humanos, porque son reconocidos a todos los seres humanos), aunque su eficacia hubiese sido deseada para los ciudadanos de Virginia.

Casi dos meses después de la Declaración de Virginia, el 4 de julio de 1776, se declaraba la independencia de los Estados Unidos de América. La declaración que fundó el Estado más influyente del mundo hoy se fundamenta en una «verdad evidente por sí

²⁶⁴ El texto de la Declaración de Virginia está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm>. Fecha de acceso: 20.11.2012. Traducción libre.

misma», la cual es, la igualdad de todos los seres humanos por obra de la naturaleza y la existencia de derechos inalienables de todas las personas.²⁶⁵

Hemos aquí el fragmento más famoso de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.²⁶⁶

Como bien subraya Jorge Benavides Ordóñez, las declaraciones norteamericanas de derechos producen una «revolución copérmica» en la fundamentación de los derechos básicos de las personas cuando abandonan el fundamento de la *common law* y del constitucionalismo inglés, que están marcados por la garantía de los derechos del Parlamento y de los ciudadanos especiales representados en el Parlamento, para basarse en un fundamento universalista de que todos los seres humanos están dotados de derechos superiores a cualquier orden jurídico estatal.²⁶⁷

Según Benavides Ordóñez, especialmente la Declaración de Independencia de los EEUU, cuando reconoce la legitimidad jurídico-política racionalista y confiere efectos jurídicos absolutos a los derechos deducidos por la razón humana en favor de la dignidad humana, «*supera el modelo historicista inglés de los derechos, para caminar por una senda de libertades naturales, abstractas e inalienables, es decir, el tránsito del common law a los derechos naturales de los individuos*».²⁶⁸

²⁶⁵ En sentido contrario, registramos aquí la opinión del historiador Franklin W. Knight: «*La revolución norteamericana fue puramente política. No fue una revolución democrática. De hecho, el historiador Jack P. Greene (2000, pp.93-102) sugiere que la revolución norteamericana realmente no era revolucionaria. Se diseñó un nuevo Estado político que hizo posible la construcción deliberada de nuevas entidades políticas sin la necesidad de una dinastía o de la intervención divina. Sin embargo, Estados Unidos no trató de redistribuir el poder político. Tampoco buscaba una representación democrática. Tenía una visión estrecha del "hombre" cuando declaró "todos los hombres son iguales". Este concepto de hombre se limitaba a los hombres de linajes anglosajones de piel blanca, protestantes y el inconfundible burgués, precisamente el tipo de personas que habían controlado el poder político colonial por todo el imperio británico.*» («La Revolución Americana y la Haitiana en el Hemisferio Americano, 1776-1804», p. 2-3, disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3797054>>. Fecha de acceso: 22.4.2012).

²⁶⁶ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>>. Fecha de acceso: 20.11.2012.

²⁶⁷ Cfr. Jorge Benavides Ordóñez: ob. cit., pp. 45-48.

²⁶⁸ Cfr. Jorge Benavides Ordóñez: ob. cit., p. 47. Debemos señalar que, aunque autores como el aquí citado Jorge Benavides Ordóñez utilicen muchas veces las expresiones «derechos naturales» y «libertades naturales» como sinónimas de los derechos humanos, defendemos, en la presente tesis doctoral, un punto

También es cierto que, en los comienzos de la República norteamericana, esa igualdad entre todos los hombres no fue reconocida en favor de los esclavos y tampoco de los indígenas. En lo concerniente a los primeros (los negros), fue necesaria una Guerra Civil para que fuese efectivamente declarada proscrita la esclavitud, por medio de la Enmienda 13 a la Constitución de los Estados Unidos.

Así y todo, la conciencia de la igualdad de los seres humanos y de sus derechos inalienables a la libertad inspiró a los que abogaban por el fin de la esclavitud en su lucha victoriosa. Es lo que comprueba la carta de Abraham Lincoln para Joshua F. Speed, el 24 de agosto de 1855 (diez años antes de la Enmienda 13):

Como una nación, nosotros comenzamos declarando que «todos los hombres fueron creados iguales». Ahora prácticamente leemos que «todos los hombres fueron creados iguales, excepto los negros». Cuando los ignorantes tomen el control, será leído que «todos los hombres fueron creados iguales, excepto los negros, los extranjeros y los católicos». Cuando eso pase, yo preferiré emigrar a algún país donde ellos no tengan la pretensión de amar la libertad —para Rusia, por ejemplo, donde el despotismo puede ser considerado puro, sin ninguna base en la hipocresía.²⁶⁹

Como se puede fácilmente percibir, las Declaraciones de Virginia y de la Independencia norteamericana (a diferencia de la Constitución de 1787 y las diez enmiendas de 1791, que establecen derechos para los ciudadanos norteamericanos y los residentes en el territorio de los Estados Unidos) declaran derechos de la humanidad como un todo, o sea, derechos de todos los seres humanos. Su fundamento, por lo tanto, es la igualdad axiológica de todas las personas, la igual libertad conceptual de todos, la dignidad de todo y cada hombre, y no la existencia o presuposición de cualquier pacto o contrato social. En este, sentido, son también declaraciones de derechos humanos que influenciaron la cultura política y jurídica no solamente de las Américas sino también de todo el globo terrestre.

de vista distinto; intentamos dejar claro, en diversos tópicos de la tesis, que los derechos humanos no son derechos naturales que carecen de positivación normativa. Los derechos humanos, en el sentido objetivo, son normas dotadas de juridicidad, validez y eficacia nacional e internacional, que están abarcadas por consensos jurídicos (que producen la validez normativa) en los ámbitos locales, regionales y global.

²⁶⁹ Cf. Abraham Lincoln: *His essential wisdom*, editado por Carol Kelly-Gangi, New York, Fall River Press, 2007, p. 25. Traducción libre.

2.4 La lucha por los derechos humanos en el siglo XIX: los esclavos y los extranjeros

Como hemos visto, la concepción de los derechos humanos en el siglo XVIII estaba muy relacionada con la noción liberal burguesa jusnaturalista, o sea, se traducían en los «derechos de libertad», las libertades individuales del ciudadano libre burgués. Pero, en el siglo XIX, esa noción empezó a ser transformada. Según Jordi Bonet Pérez, la lucha por los derechos humanos en el siglo XIX incorporó dos elementos importantes: la lucha por la abolición de la esclavitud y la defensa de un estándar mínimo de derechos para los extranjeros.²⁷⁰

Esos aspectos de la lucha por los derechos humanos no eran nuevos en la historia de la humanidad. Conforme a lo que hemos examinado en los capítulos precedentes, el reconocimiento de derechos básicos a los extranjeros tiene su raíz en la filosofía moral judaica, cristiana, islámica y griega antigua.

Por su parte, la crítica a la esclavitud también tuvo eco en algunos filósofos griegos y en pensadores cristianos como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Bartolomé de Las Casas. De hecho, las dos luchas tienen en común su fundamento: la creencia en el igual valor de todos los seres humanos. Si el esclavo es un ser humano y, como tal, está dotado de la misma dignidad humana, su ausencia de libertad no se justifica. Igualmente, los extranjeros, estando también dotados del mismo valor humano absoluto, no pueden estar desprovistos de los mismos derechos básicos que deben ser garantizados a todos los seres humanos.

La oposición a la esclavitud, en el siglo XIX, logró sus primeros éxitos en la prohibición progresiva del tráfico de esclavos. En un segundo momento, se logró en muchas localidades del mundo la prohibición de la propia esclavitud y la emancipación jurídica de todos los esclavos. En países como Haití, la victoria contra la esclavitud fue obra de la lucha revolucionaria armada. En la mayoría de los países, a pesar de eso, su proscripción fue fruto de un consenso político democrático.

Según Franklin W. Knight, la revolución haitiana (1791-1804) representó un

²⁷⁰ Ob. cit., pp. 51-53.

importante marco en la lucha histórica de los derechos humanos en favor de la verdadera libertad y contra la esclavitud, influenciando la concepción libertaria de todo el Atlántico. Así le parece a Knight²⁷¹:

La revolución haitiana creó el segundo Estado independiente en las Américas y la primera sociedad completamente libre en cualquier área donde las sociedades de la esclavitud ya habían tomado raíz. Era una concepción radical de la idea de libertad. Haití declaró la libertad como un derecho humano fundamental y al hacerlo radicalmente cambió las ideas acerca del hombre y de la sociedad en todo el mundo Atlántico.

La esclavitud fue siendo abolida progresivamente durante el siglo XIX (principalmente entre 1807 y 1870²⁷², en el período que la historiadora Julia Moreno García²⁷³ llama «Era Abolicionista»). Ese movimiento abolicionista internacional culminó en el Acto General de la Conferencia de Berlín, de 1885²⁷⁴, en el Acto General de la Conferencia de Bruselas, de 1890²⁷⁵, y, finalmente, en la Convención sobre la Esclavitud, firmada el 25 de septiembre de 1926 en Ginebra.²⁷⁶

A su vez, la presión internacional en favor de los derechos de los extranjeros cobró fuerza en el siglo XIX gracias al incremento de las relaciones comerciales y económicas trasfronterizas en aquél siglo, que originó también un flujo trasfronterizo de personas (trabajadores o no). Según Bonet Pérez, la práctica y el reconocimiento internacional de los derechos de los extranjeros se cristalizó en una «*norma jurídica internacional de carácter consuetudinario (costumbre internacional)*» en razón de la cual los Estados adquirieron la obligación jurídica internacional de respetar y garantizar a los extranjeros que viven y trabajan en sus territorios un «*catálogo mínimo de derechos y libertades*». Ese catálogo mínimo incluiría: (i) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; (ii) el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; (iii) una amplia esfera de libertades individuales como la protección contra la detención arbitraria,

²⁷¹ Ob. cit., p. 6.

²⁷² En Brasil, la esclavitud solo fue totalmente prohibida en 1888, por medio de la «Ley Aurea».

²⁷³ «Nota bibliográfica sobre comercio de esclavos, esclavitud y abolicionismo», en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, n. 8, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1987, p. 299.

²⁷⁴ El texto del Acto General de la Conferencia de Berlín de 1885 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1390.pdf>>. Fecha de acceso: 11.5.2012.

²⁷⁵ El texto del Acto General de la Conferencia de Bruselas de 1890 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/brux1890.htm>>. Fecha de acceso: 11.5.2012.

²⁷⁶ El texto completo de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 está disponible en siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/esclavitud.htm>>. Fecha de acceso: 22.4.2012.

la protección de la intimidad y la libertad religiosa; (iv) el derecho de propiedad privada; (v) el derecho a la protección administrativa contra actos abusivos; y (vi) el derecho de acceso a la justicia.²⁷⁷

2.5 El surgimiento de los derechos humanos económicos y sociales

Entre los siglos XIX y XX, como resultado de las transformaciones económicas y sociales causadas por la revolución industrial en los países occidentales²⁷⁸, un género nuevo de derechos humanos empezó a ser diseñado: los derechos económicos y sociales²⁷⁹. Tal género de derechos, aunque ya estuviese reconocido originalmente en el artículo 21 de la Constitución francesa de 1793, quedó latente durante muchos años y solamente reapareció en la historia occidental cuando el constitucionalismo europeo promovió una redefinición de la propia noción de derechos fundamentales y de derechos humanos, sustituyendo la perspectiva exclusivamente liberal e individualista por otro enfoque que capta de forma más integral las necesidades básicas de todos los seres humanos en las sociedades industriales y posindustriales.

Los movimientos comunistas y socialistas fueron fundamentales para la concepción de los derechos económicos y sociales, aunque los intelectuales y líderes de tales movimientos se hayan opuesto al lenguaje de los «derechos del hombre» como instrumento de lucha por la mejoría de las condiciones de vida de los trabajadores²⁸⁰. De

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ Cfr. idem, ibidem.

²⁷⁹ Eso no significa que el Estado Social, o el *Welfare State*, haya nacido ya en el siglo XIX. De hecho, en ese siglo, lo que surgió fue una nueva concepción respecto a las necesidades básicas del ser humano y, por lo tanto, una redefinición de los derechos humanos, cambiando progresivamente la perspectiva exclusivamente individualista y liberal por otra más amplia.

²⁸⁰ De acuerdo con la perspectiva marxista, la concepción liberal de los derechos humanos serían parte de la superestructura política y jurídica creada para mantener la estructura económica de la sociedad burguesa. Así está expreso en el Manifiesto Comunista (1848) de Karl Marx y Friedrich Engels: «*Al discutir con nosotros y criticar la abolición de la propiedad burguesa partiendo de vuestras ideas burguesas de libertad, cultura, derecho, etc., no os dais cuenta de que esas mismas ideas son otros tantos productos del régimen burgués de propiedad y de producción, del mismo modo que vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada a ley: una voluntad que tiene su contenido y encarnación en las condiciones materiales de vida de vuestra clase*». Cfr. *Manifiesto Comunista*, 1848, disponible en <<http://www.philosophia.cl/biblioteca/Marx/EI%20manifiesto%20comunista.pdf>>. Fecha de acceso: 23.4.2012.

hecho, sin las críticas comunistas y socialistas a los derechos individuales, la concepción de los derechos económicos y sociales como verdaderos derechos humanos no sería posible.

El símbolo máximo del movimiento comunista del siglo XIX fue el Manifiesto del Partido Comunista²⁸¹ (originalmente: *Manifest der Kommunistischen Partei*), publicado por primera vez en el año revolucionario de aquél siglo: 1848. El Manifiesto parte de una concepción antagónica de la historia, con el foco en la lucha de clases («*Toda la historia de la sociedad humana, hasta la actualidad, es una historia de luchas de clases*»). Desde esa perspectiva, la lucha de clases habría generado siempre beneficios a una clase opresora y perjuicios a la clase oprimida. La carencia de alimentos, vivienda, libertad, buena salud y vida digna de las personas incluidas en la clase oprimida sería resultado del mecanismo económico y social de opresión.

Esa concepción ideológica del comunismo marxista esconde en su base las verdaderas pretensiones y necesidades del pueblo y de los individuos que buscan la igualdad; son estas: respeto a la vida, alimentación y bebida adecuadas, vivienda digna, acceso a los servicios de salud y educación, trabajo digno, remuneración justa por el trabajo, participación equitativa en la vida pública y, en suma, condiciones dignas de vida. Según los comunistas, el alcance por los trabajadores de esos bienes y servicios básicos dependería de la superación de la sociedad capitalista²⁸².

Sin embargo, esa misma sociedad llamada capitalista, por presión de los

²⁸¹ El texto completo del Manifiesto Comunista y de sus prólogos está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.philosophia.cl/biblioteca/Marx/El%20manifiesto%20comunista.pdf>>. Fecha de acceso: 23.4.2012.

²⁸² La incredulidad marxista en la posibilidad de que el capitalismo satisficese las necesidades básicas de los trabajadores está expresada en un fragmento del Manifiesto Comunista: «*Hasta hoy, toda sociedad descansó, como hemos visto, en el antagonismo entre las clases oprimidas y las opresoras. Mas para poder oprimir a una clase es menester asegurarle, por lo menos, las condiciones indispensables de vida, pues de otro modo se extinguiría, y con ella su esclavizamiento. El siervo de la gleba se vio exaltado a miembro del municipio sin salir de la servidumbre, como el villano convertido en burgués bajo el yugo del absolutismo feudal. La situación del obrero moderno es muy distinta, pues lejos de mejorar conforme progresa la industria, decae y empeora por debajo del nivel de su propia clase. El obrero se depauperó, y el pauperismo se desarrolla en proporciones mucho mayores que la población y la riqueza. He ahí una prueba palmaria de la incapacidad de la burguesía para seguir gobernando la sociedad e imponiendo a ésta por norma las condiciones de su vida como clase. Es incapaz de gobernar, porque es incapaz de garantizar a sus esclavos la existencia ni aun dentro de su esclavitud, porque se ve forzada a dejarlos llegar hasta una situación de desamparo en que no tiene más remedio que mantenerles, cuando son ellos quienes debieran mantenerla a ella. La sociedad no puede seguir viviendo bajo el imperio de esa clase; la vida de la burguesía se ha hecho incompatible con la sociedad*».

movimientos obreros, pasó a reconocer tales pretensiones y necesidad como derechos básicos de las personas, independientemente de cualquier cambio en el sistema económico. Así nacieron los derechos económicos y sociales.

La pretensión de los trabajadores de conseguir una vida digna está registrada en el Programa del Partido Obrero Alemán de 1875²⁸³. De hecho, en ese programa están dispuestas muchas pretensiones que hoy son consideradas derechos humanos, como por ejemplo, el sufragio universal (derecho de participación política), las libertades de prensa, asociación y reunión, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la educación, la libertad de conciencia, la libertad científica, la jornada normal de trabajo y prohibición del trabajo del domingo, la restricción del trabajo de la mujer y la prohibición del trabajo infantil.

Como fruto de la pretensión popular manifestada en los movimientos comunistas y socialistas, fue creada la Organización Internacional de Trabajo (1919), que tuvo como misión institucional mejorar en el ámbito global las condiciones de vida y trabajo de todas las personas. En el ámbito de la OIT, diversas convenciones fueron ratificadas al principio del siglo XX con el propósito de estipular derechos originados del reconocimiento de la dignidad humana en las relaciones laborales.

Mencionamos aquí algunas de las primeras y más importantes convenciones de la OIT: la Convención 14, de 17 de noviembre de 1921, que reconoce, en su artículo 2º, el derecho de todo trabajador al descanso semanal de 24 horas, preferentemente durante el día consagrado por la tradición o costumbre de la localidad; la Convención 19, del 25 de junio de 1925, que, en su artículo 1º, postula la igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros en las situaciones de accidente de trabajo; la Convención 26, de 16 de junio de 1928, que, en su artículo 1º, obliga a los Estados a fijar parámetros de sueldos mínimos para los trabajadores; y la Convención 29, del 28 de junio de 1930, que, en su artículo 1º, determina la supresión de todas las formas de trabajo forzado.

Debemos destacar que las mencionadas convenciones de la OIT se apoyan en la dignidad humana y en la igualdad de valor de todos los seres humanos. Sus

²⁸³ El texto completo del programa está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gotha/gotha2.htm>>. Fecha de acceso: 23.4.2012.

estipulaciones, por eso, no son aleatorias; todo lo contrario, son derivaciones necesarias de la protección del hombre y de la mujer, del nacional y del extranjero.

De esta manera, la Convención 14 de la OIT que determina el descanso semanal de todo trabajador está fundamentada en la idea de que el hombre es *persona*, no *cosa*; no es una máquina en un establecimiento industrial, comercial o agrícola que pueda ser utilizada en favor de la maximización absoluta de la producción y en beneficio del patrono. El ser humano es un fin en sí mismo y el trabajo debe dignificarlo, proporcionarle felicidad y posibilitar el goce de su vida también en ambientes extralaborales.

Otrosí, la Convención 19 de la OIT está construida sobre la idea de que todos los seres humanos son iguales en su valor absoluto y, por eso, no debe haber distinción de tratamiento entre trabajadores nacionales y extranjeros.

A su vez, la Convención 26 surgió de la percepción de que todos los seres humanos necesitan un mínimo material para poder vivir con dignidad.

Finalmente, la Convención 29 hace hincapié en la defensa de la libertad humana, que es la principal consecuencia del reconocimiento jurídico de la dignidad humana.

A nuestro juicio, los derechos garantizados en las mencionadas convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, así como en muchas otras, pueden ser considerados verdaderos derechos humanos que precedieron a los pactos y convenciones internacionales que fueron responsables por el establecimiento del actual rol de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, los «DESC».

2.6 Los primeros tratados internacionales humanitarios

A principios del siglo XX, antes de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional era absolutamente entendido como un conjunto normativo que creaba normas jurídicas para los Estados, pero no posiciones jurídicas para los individuos. A pesar de eso,

algunos tratados internacionales del siglo XIX y principios del siglo XX establecían normas de protección de las personas, especialmente en situaciones de conflictos internacionales. Así, por ejemplo, podemos identificar normas de derechos humanos ya en la Convención de Ginebra de 1864 y sus revisiones en 1906 y 1929.²⁸⁴

La primera Convención de Ginebra puede ser considerada el primer gran marco de la protección de los seres humanos en las relaciones internacionales. El 22 de agosto de 1864, los representantes diplomáticos de 16 Estados firmaron en aquella ciudad una novedosa convención internacional para la protección de los militares que fueron víctimas de la violencia en la guerra.

La mencionada convención tiene como propósito permitir el amparo humanitario de los soldados heridos o enfermos y posibilitó el surgimiento de la Cruz Roja²⁸⁵. La norma fundamental de este tratado está incluida en su primer artículo, en el que se lee: «(l)os militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a que pertenezcan»²⁸⁶.

La norma que impone el cuidado de los enfermos y heridos, «sea cual fuere la nación a que pertenezcan», tiene por fundamento el igual valor de todo ser humano, o sea, la dignidad humana. Esa idea básica de que todo hombre o mujer tiene valor igual es

²⁸⁴ Cf. Fábio Konder Comparato: ob. cit., p. 54.

²⁸⁵ El surgimiento de la Cruz Roja es así explicado por Irantzu Mendia: «El origen de esta institución humanitaria está asociado al testimonio recogido por el ginebrino Henry Dunant en su libro *Un recuerdo de Solferino*, basado en su observación de las consecuencias de la batalla de Solferino el 24 de junio de 1859, en la que los heridos quedaban abandonados a su suerte y morían en el campo de batalla. Las propuestas de Dunant en favor de un tratamiento más humano de los enfermos y heridos de los conflictos militares resultaron en la creación en 1863, en Ginebra, del Comité Internacional de Socorros a los Militares Heridos o Comité de los Cinco, denominado a partir de 1880 como Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Convocada por el CICR, se celebró en ese mismo año una conferencia internacional, con la asistencia de representantes de 16 Estados, en la que se decidió la Constitución de comités nacionales que actuarían como sociedades voluntarias de socorro para suplir las carencias de los servicios de la sanidad militar en tiempo de guerra (ver acción humanitaria: concepto y evolución). En esta conferencia se adoptó asimismo como signo distintivo del Movimiento que nació una cruz roja sobre fondo blanco —signo y colores invertidos de la bandera suiza—, que en el caso de los países islámicos ha sido reemplazada por una media luna roja. De esta forma, el Movimiento se dotó de un emblema que confería neutralidad e inmunidad al personal de socorro y a los equipos médicos en el campo de batalla». Cfr. «Cruz Roja: Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», disponible en: <http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%203%20Escenarios%20y%20actores/3.2%20Actores/3.2.2%20Movimiento%20de%20la%20cruz%20roja..pdf>. Fecha de acceso: 23.4.2012.

²⁸⁶ Le texto de la Convención de Ginebra de 1864 puede ser leído en la página electrónica oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM5R>. Fecha de acceso: 6.7.2011.

lo que justifica que, incluso en una situación excepcional, todos deben tener derecho a un cuidado igual. De esta forma, más importante que el propio mandamiento normativo, nos interesa en especial su razón, que es el reconocimiento de la humanidad contenida en cada persona y del igual valor de todo ser humano.

La práctica internacional de protección de las víctimas (militares o civiles) en situación de conflictos armados y el desarrollo de tratados internacionales con el fin de garantizar asistencia humanitaria a tales personas en situación de extrema vulnerabilidad culminó en el surgimiento de una importante rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), cual sea, el Derecho Internacional Humanitario, que tiene como documentos legales básicos los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977.²⁸⁷

2.7 La formación del consenso mundial humanitario durante la Segunda Guerra Mundial

La Segunda Guerra Mundial causó un profundo trauma en toda la humanidad, pero ese trauma, el horror generado por el conocimiento de las atrocidades, reconstruyó y fortaleció también un consenso global respecto a la igual dignidad humana de todos los seres humanos y proporcionó la elaboración de documentos internacionales de declaración y garantía de los derechos humanos. Como bien concluyó el Profesor Fábio Konder Comparato, de la Universidad de São Paulo, las masacres y los crímenes de esa odiosa guerra propiciaron una profunda reflexión en toda la humanidad sobre el valor supremo de la dignidad humana.²⁸⁸

En realidad, el consenso respecto a los derechos humanos ya empezó a construirse durante esa segunda guerra global —un consenso entre los Aliados y sus seguidores, por supuesto—. Esto se puede percibir a partir de los discursos proferidos por

²⁸⁷ Los textos de los convenios y protocolos mencionados están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Fecha de acceso: 23.4.2012.

²⁸⁸ Cf. Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 55.

Thomas Mann al pueblo alemán, entre octubre de 1940 y mayo de 1945, por medio de la *British Broadcasting Corporation*, la BBC.

Thomas Mann fue un escritor alemán exiliado en los Estados Unidos desde la llegada al poder de los nazis. Al inicio de la guerra entre los alemanes y los ingleses, estos le ofrecieron la oportunidad de comunicarse, por medio de ondas largas de radio, con las personas que se encontraban en el territorio alemán. De hecho, Mann estaba al servicio del gobierno inglés (y, por supuesto, posteriormente, también del norteamericano), en una guerra ideológica contra la Alemania de Adolf Hitler y su ministro de propaganda, Paul Joseph Goebbels. Así, las palabras de Mann en la radio podrían también ser consideradas las palabras oficiales de Inglaterra (asimismo de los Estados Unidos y de otros Estados democráticos).

En sus discursos a los oyentes alemanes, Mann dejaba claro que la guerra de los nazis era la guerra contra los derechos humanos y la guerra de los Aliados era la guerra por los derechos humanos²⁸⁹, la guerra por la paz, una paz que solo podría firmarse en los fundamentos de la dignidad humana, la libertad y la justicia²⁹⁰. Esos deberían ser los fundamentos de la paz entre los Estados, o sea, de la coexistencia entre las naciones, del derecho internacional y del reconocimiento de la soberanía de los poderes estatales democráticamente constituidos.

Según las ideas de Mann (las cuales, de hecho, eran las propias ideas del consenso mundial contra los nazis), un Estado como el nacionalsocialista alemán jamás podría ser tolerado por los pueblos. Ningún Estado, ningún pueblo y ningún hombre o mujer podría lícitamente aceptar la existencia de un Estado violador de los derechos humanos.

Las ideas divulgadas por Thomas Mann están puestas en la misma dirección de las propuestas manifestadas por Franklin Delano Roosevelt en su famoso mensaje dirigido al Congreso de Diputados de los Estados Unidos de América el 6 de enero de 1941, incluso antes del ingreso de los EE.UU. en la Segunda Guerra Mundial. En aquel entonces, el presidente estadounidense defendía (no solo como jefe de Estado

²⁸⁹ Cfr. Thomas Mann: *Ouvintes alemães! discursos contra Hitler (1940-1945)*, traducción al portugués de Antonio Carlos dos Santos y Renato Zwick, Rio de Janeiro, Zahar, 2009, p. 72.

²⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 25 y 41.

norteamericano, sino como legítimo portavoz del mundo democrático) que el mundo posguerra debería ser construido con base en cuatro libertades básicas: (i) las libertades de pensamiento y de expresión; (ii) la libertad religiosa; (iii) la libertad ante la necesidad (*freedom from want*); y (iv) la libertad ante el miedo²⁹¹.

Las dos últimas libertades (ante la necesidad y ante el miedo) estaban asimismo declaradas en «*The Atlantic Charter*», juradas por Roosevelt y Winston S. Churchill el 14 de agosto del mismo año, 1941²⁹². Esas cuatro libertades de Roosevelt representan, al mismo tiempo, los derechos humanos que fueron posteriormente reconocidos internacionalmente y la antítesis de todo lo que significaba el régimen nazi.

Las libertades de pensamiento y de expresión, como ya hemos observado antes, ya eran una realidad jurídica en los Estados Unidos desde las diez Enmiendas de 1791 y son la base de los derechos humanos «negativos», de rasgo liberal, que funcionan como límites a la injerencia del Estado en las esferas privadas individuales. Esas mismas libertades fueron rechazadas por los nazis incluso antes del inicio oficial de la Segunda Guerra Mundial, por medio de la quema de libros²⁹³ y el cierre de universidades europeas²⁹⁴.

La libertad religiosa, que también era reconocida en el derecho norteamericano y en los sistemas jurídicos europeos de rasgo liberal, fue posteriormente reconocida por diversos tratados internacionales de derechos humanos, además de otros textos constitucionales de la posguerra. Esta libertad básica también fue ampliamente afrontada por los nacionalsocialistas, que persiguieron a los judíos por el simple hecho de profesar la religión judía o de proceder de una familia judía.

La «necesidad» —la pobreza, el hambre y la ausencia de viviendas dignas—

²⁹¹ Cfr. Fábio Konder Comparato: ob. cit., p. 211.

²⁹² Cfr. *The Atlantic Charter*, en: <<http://usinfo.org/docs/democracy/53.htm>>. Fecha de acceso: 28.6.2011.

²⁹³ Thomas Mann relata que, en un acto público el 10 de mayo de 1933, los nazis quemaron una cantidad indeterminada de libros de autores liberales o comunistas (alemanes, judíos, norteamericanos, checos, austríacos, franceses y, sobre todo, rusos). A raíz de este acto, los londinenses crearon la *Society of the Burned Books*, la cual fue abierta al público exactamente un año después del acto nazi. En el décimo cumpleaños de aquella barbaridad, los norteamericanos hicieron un acto simbólico en las trescientas más grandes universidades de los EE.UU.. Cfr. Thomas Mann: ob. cit., pp. 139-140.

²⁹⁴ En sus retrasmisiones durante la guerra, Thomas Mann narra un episodio en que unos profesores habían pedido a los nazis que les permitiesen reabrir la Universidad de Praga. La respuesta de los militares alemanes sería esta: «Si perdemos la guerra, ustedes reabrirán su universidad; si ganamos, no hará falta ninguna universidad» (traducción libre). Cfr. Thomas Mann, ob. cit., p. 55.

también fue una consecuencia inmediata de la guerra injusta provocada por los nazis. Al final del año 1941, por ejemplo, según describió Thomas Mann, doscientas personas murieron diariamente solamente en Grecia por culpa del Estado de miseria generado por las bombas alemanas²⁹⁵. En la Europa dominada por los nazis, lo mismo ocurrió desde 1940 hasta 1945.

Así, en el consenso formado después de la guerra, era natural demandar de los Estados nacionales garantías (no solo políticas, sino jurídicas) de protección de las personas contra la miseria, el hambre, la necesidad y el desamparo. Ese consenso influyó los sistemas jurídicos posguerras, propició el surgimiento efectivo de los Estados de Bienestar Social en Europa y en los Estados Unidos y favoreció el reconocimiento internacional de los derechos humanos sociales y económicos.

También está claro que el Estado nazi era un Estado del miedo, de las amenazas contra los pueblos, el Estado de la «solución final». Lo contrario del miedo sería la seguridad; es por eso que Roosevelt proponía un mundo en el que las personas no tuvieran miedo y ese es uno de los motivos por los cuales la comunidad internacional reconoció, después de enterrada la desgracia nazi, el derecho humano de los pueblos y de las personas a la seguridad.

Otros derechos humanos fueron concebidos también como una forma de rechazo a la experiencia nazi. Destacamos el derecho básico a no ser torturado y de ser tratado con respeto a la dignidad humana. En uno de sus discursos, F. D. Roosevelt ya proclamaba que no ser tratado con crueldad o de manera inhumana era «un derecho natural» y no un favor del Estado²⁹⁶. Asimismo sería un «derecho natural» el derecho a la vida.

Estos derechos también fueron violados sistemáticamente por los nazis, especialmente en sus campos de concentración y exterminio. Aquí invocamos una vez más el testimonio histórico de Thomas Mann, que, el 14 de enero de 1945, divulgó la estadística oficial del gobierno nacionalsocialista alemán: entre el 15 de abril de 1942 y el 15 de abril de 1944 (o sea, en el plazo de dos años), solamente en los campos de Auschwitz

²⁹⁵ Cfr. Thomas Mann: ob. cit., p. 64.

²⁹⁶ Cfr. Thomas Mann: ob. cit., p. 44.

y Birkenau, los nazis asesinaron aproximadamente 1 715 000 judíos de 22 nacionalidades europeas²⁹⁷. Esos homicidios son solo un ejemplo de los muchos otros asesinatos y crímenes contra la humanidad que los nazis y los fascistas cometieron y que victimaron millones de seres humanos, principalmente en Europa.

Como pudimos observar, quizá la única importancia de la experiencia nazi para el mundo haya sido la creación de un antiparámetro moral y político para la humanidad. La experiencia del nacionalsocialismo alemán creó profundas cicatrices no solamente en las personas que fueron testigos de las atrocidades, sino también en toda la humanidad.

Las perspectivas de las personas sobre los derechos innatos cambiaron profundamente con las diferentes experiencias —individuales o colectivas— sufridas entre los años 1933 y 1945. La herida abierta por las bestialidades nazifascistas todavía se siente hoy y da forma a nuestra conciencia jurídica y a nuestro modo de ver el mundo moral, político y jurídico.

Por supuesto, las personas que tuvieron un contacto más íntimo con la barbaridad de aquel entonces tienen probablemente una sensibilidad más profunda en comparación a las personas que no presenciaron de cerca los acontecimientos. Eso lo atestigua Thomas Buerghenthal, juez del Tribunal Internacional de Justicia y superviviente del Holocausto y de los campos de concentración de Auschwitz, cuando, en el prefacio de su libro sobre sus recuerdos de niño, declara que «su experiencia» del Holocausto impactó substancialmente en su formación en cuanto ser humano y defensor de los derechos humanos.²⁹⁸

Como intentamos demostrar, los derechos humanos resurgieron y emergieron después de la guerra como siendo exactamente todo lo opuesto a lo que representaba el nacionalsocialismo alemán. Así fueron reafirmados globalmente los derechos humanos como la antítesis de la realidad práctica nazi-fascista.

Este consenso que se formó contra las violaciones de los derechos humanos

²⁹⁷ Cfr. Thomas Mann: ob. cit., pp. 191-192.

²⁹⁸ *A lucky child: a memoir of surviving Auschwitz as a young boy*, New York, Little, Brown and Company, 2009, p. xvii.

durante la Segunda Guerra Mundial no se limitaba a los ingleses y americanos. Todos los Estados del mundo que se consideraban democráticos o populares, gobernados con diferentes matices políticos, compartían de este consenso humanista mínimo. Por eso, consideramos que es supraideológico el consenso político humanista que se firmó contra los Estados totalitarios violadores de los derechos humanos.

No negamos que el consenso «supraideológico» (o superpuesto, como diría John Rawls) dependía de un consenso axiológico mínimo, el consenso político en favor de la democracia. De hecho, el respeto democrático es una ideología *per se*. Sin embargo, la adopción del mínimo ideológico democrático permite la coexistencia de un número grande de concepciones políticas.

Son compatibles con la democracia las ideologías liberal, socialista, cristiana, musulmana, laborista, republicana, monárquica, presidencialista, parlamentaria, keynesiana, libertaria y quizá la anarquista. Por eso, el consenso democrático, apoyado en una ideología en especial (la propia democracia), puede ser entendido como supraideológico, en el sentido de que es aceptado por grupos políticos diversos que representan doctrinas ideológicas muy diversas.

Como ya hemos observado, en un momento histórico definidor de la propia humanidad, las potencias totalitarias antidemocráticas (con la excepción de Estados como, por ejemplo, la España franquista y la Portugal de Salazar, que permanecieron ignorando el proceso democrático) fueron derrotadas (principalmente en Europa) y el consenso democrático se fortaleció como un consenso supraideológico, el cual tiene como pilar fundamental el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.

Ese consenso supranacional y supraideológico, que también podemos llamar «consenso humanista», pronto se formalizó con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas y la con firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de los demás tratados internacionales que forman la «Carta Internacional de Derechos Humanos».

2.8 La concreción del consenso mundial: la formación de las Naciones Unidas, las declaraciones, los pactos y los convenios de derechos humanos

La fundación de las Naciones Unidas fue un acto supraideológico de confianza en los derechos humanos. Su rasgo supraideológico es claramente demostrado por los Estados que firmaron su Carta de fundación.

Los Estados Unidos de América y la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), las dos grandes potencias en torno a las cuales gravitó el mundo posguerra, que representaban las dos grandes concepciones políticas —capitalismo liberal y comunismo— del siglo XX, se comprometieron a respetar los términos de este documento histórico²⁹⁹. La importancia conferida a los derechos se percibe en el preámbulo de la Carta de 1945³⁰⁰, que viene a reafirmar su confianza en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad humana, en el valor del ser humano y en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y también se constata desde su artículo 68, que previó la creación de una Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Esta comisión, posteriormente, se hizo realidad y proporcionó al mundo la Declaración Universal de Derechos del Hombre (DUDH) del 10 de diciembre de 1948³⁰¹ y los dos Pactos de Nueva York de 1966³⁰².

La DUDH fue firmada por representantes de casi todos los Estados que formaban las Naciones Unidas en aquel entonces, con las importantes abstenciones de la URSS, Sudáfrica, los países del bloque socialista y Arabia Saudí. Mientras que la abstención de Sudáfrica puede ser explicada por la antigua práctica sudafricana del *apartheid* y que la de Arabia Saudí se justificó por una supuesta deficiencia de

²⁹⁹ Debemos resaltar que aquí estamos haciendo referencia a la Carta de la Onu, y no a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que no fue firmada por la URSS.

³⁰⁰ El texto completo de la Carta de las Naciones Unidas puede ser consultado en la siguiente página electrónica de la Corte Internacional de Justicia: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/unchart.php>>. Fecha de acceso: 21.8.2011.

³⁰¹ Pocos se acuerdan que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, firmada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, es, por pocos meses, anterior a la Declaración Universal concebida en el ámbito de las Naciones Unidas, la cual fue proclamada el 10 de diciembre de 1948 por su Asamblea General. La Declaración Americana parece haber sido olvidada política y jurídicamente; en cambio, la Declaración Universal es muy conocida y recordada mundialmente.

³⁰² Cfr. Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 213.

participación islámica en el Comité responsable de la redacción de la declaración, la abstención del bloque socialista estuvo relacionada con una situación histórica nueva, conocida como Guerra Fría, que causaba conflicto institucional entre ese bloque y el bloque capitalista.³⁰³

Aunque la negativa comunista a firmar la DUDH haya representado un importante óbice histórico para la eficacia global de los derechos humanos en el siglo XX, creemos que la causa de esa negativa no estuvo justificada simplemente por un rechazo comunista a la propia noción de los derechos humanos, sino también por una perspectiva diferente de los comunistas respecto a los derechos básicos de los seres humanos, que pone énfasis en los iguales derechos materiales a la alimentación, la salud, la vivienda y el trabajo en perjuicio de los derechos liberales inmateriales, como las libertades de expresión y de asociación, entre otros.

La Declaración Universal de 1948, en su artículo 1º, revela lo que se puede considerar un resumen del fundamento material de los derechos humanos y de sus consecuencias jurídicas inmediatas. Su texto es casi una definición del principio jurídico universal de la dignidad humana y de los derechos humanos:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros³⁰⁴.

En este primer artículo, está declarado sucintamente que: (i) todos los seres humanos son iguales en valor, en dignidad; (ii) todos los seres humanos están igualmente dotados de libertad desde el nacimiento; (iii) todos los seres humanos están dotados de derechos básicos iguales («*todos los seres humanos nacen ... iguales en ... derechos*»); (iv) la igual dignidad humana es consecuencia de que todos están igualmente dotados de razón y conciencia («voluntad moral»); (v), por lo tanto, todos los seres humanos deben comportarse fraternalmente (y con tolerancia), como consecuencia del reconocimiento de la igualdad básica de todos, de la igual racionalidad y potencialidad moral de los seres humanos y de que todas las diferencias son circunstanciales y deben ser respetadas y

³⁰³ Cfr. Jordi Bonet Pérez, ob. cit., p. 60.

³⁰⁴ El texto completo de la Declaración Universal de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica de las Naciones Unidas: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. Fecha de acceso: 10.8.2011.

toleradas.

Con base en ese fundamento inicial, los más básicos derechos humanos (liberales, sociales, económicos, políticos, culturales etc.) están proclamados en la Declaración de 1948. Algunos de esos derechos pueden ser considerados ideológicamente «neutros», como los derechos a la vida (art. 3º), a no ser discriminado (arts. 2º y 7º), a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (art. 4º), a no sufrir torturas ni penas o tratos crueles (art. 5º), a no ser detenido, detenido o desterrado arbitrariamente (art. 9º), a la libre circulación y residencia (art. 13), al asilo (art. 14), a la nacionalidad (art. 15), al matrimonio (art. 16.1) y a la protección de la familia (art. 16.3).

Otros derechos reconocidos por la DUDH, a su vez, presentan matices liberales más claros, pues priorizan el valor de la «libertad»; entre ellos, destacamos el derecho a la propiedad (art. 17), el derecho a la privacidad e intimidad (art. 12), la libertad de opinión y de expresión (art. 19), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 22).

Por otra parte, muchos derechos de la DUDH se destacan por la aparente prevalencia de los valores de la «igualdad» y la «solidaridad», que estaban, aparentemente en aquel entonces, más valorados en los Estados socialistas y comunistas. En este último grupo de derechos humanos, destacamos: el derecho a la seguridad social (art. 22); el derecho al trabajo (art. 23.1); el derecho a la libertad laboral (art. 23.1); el derecho a la igualdad en las relaciones laborales; el derecho a una remuneración justa y equitativa (art. 23.3); el derecho a sindicarse (art. 23.4); el derecho al descanso (art. 24); el derecho al ocio (art. 24); el derecho a la duración razonable del trabajo (art. 24); el derecho a vacaciones periódicas pagadas (art. 24); el derecho a la alimentación (art. 25.1); el derecho a la vestimenta (art. 25.1); el derecho a la asistencia médica (art. 25.1); el derecho a la asistencia social (art. 25.1); el derecho a la asistencia especial de la maternidad (art. 25.2); el derecho al cuidado especial de los niños (art. 25.2); el derecho a la igualdad entre los hijos (art. 25.2); el derecho a la educación (art. 26.1); el derecho a la educación en derechos humanos (art. 26.2); y el derecho a la cultura (art. 27).

Sin lugar a dudas, la presencia de esa gran cantidad de derechos «sociales» en el más importante documento histórico de reconocimiento de los derechos humanos

debilita la oposición doctrinaria que denuncia la supuesta ideología liberal y capitalista que se escondería en la teoría y la práctica de los derechos humanos.

Casi dos décadas después, al final del año de 1965, también en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue firmada la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación³⁰⁵. En esta convención, fueron reafirmados muchos de los derechos anteriormente declarados en la DUDH y se reconoció que todos esos derechos humanos no pueden ser atribuidos diferentemente a los seres humanos por motivo de raza, color, origen nacional o étnico.

Un año más tarde, el 16 de diciembre de 1966, en Nueva York, fueron firmados el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —el PIDESC— y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —el PIDCP—. El primero entró en vigor el 3 de enero de 1976; el segundo, el 23 de marzo del mismo año.

El PIDESC desarrolla la Declaración Universal en sus dimensiones social, económica, cultural y colectiva. Los derechos previstos en el PIDESC son claramente del ser humano, pero son ejercidos, muchas veces, colectivamente, o sea, conjuntamente por los miembros de la comunidad. Esos derechos están destinados a garantizar un mínimo de vida digna a todas las personas, reconociendo a todos, por ejemplo, el derecho a la alimentación adecuada (art. 11.1), el derecho al vestido adecuado (art. 11.1), el derecho a la vivienda adecuada (art. 11.1), derecho a la protección de la salud (art. 12.1), el derecho a la educación (art. 13), el derecho a la cultura (art. 15), el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia de la familia (art. 10.1) y también todos los derechos relacionados con la protección de los trabajadores en las relaciones laborales (artículos 6 a 8).

A su vez, el PIDCP establece ante todo derechos individuales y de participación política, complementando, por lo tanto, al PIDESC. Entre los derechos más significativos del PIDCP, podemos citar: el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos (art. 3º); el derecho a la libertad (art. 9.1); el derecho a la seguridad personal (art. 9.1); el derecho de no ser sometido a detención o prisión arbitrarias (art. 9.1); el derecho a ser informado de acusaciones (art. 9.2); el derecho

³⁰⁵ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

a ser juzgado en plazo razonable (art. 9.3 y 14.3.c); el derecho a recurrir a un tribunal en caso de detención o prisión (art. 9.4); el derecho al trato humano en la cárcel (art. 10.1); el derecho a la separación entre procesados y condenados, y entre adultos y menores en la cárcel (art. 10.2); el derecho a recibir servicio de readaptación social de los penados (art. 10.3); el derecho a la libre circulación (art. 12); el derecho a no ser expulsado de un país extranjero arbitrariamente (art. 13); el derecho a la privacidad e intimidad (art. 17); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18); la libertad de opinión y expresión (art. 19); el derecho de reunión (art. 21); la libertad de asociación (art. 22); el derecho a contraer matrimonio (art. 23); el derecho al nombre (art. 24.2); el derecho a la nacionalidad (art. 24.3); el derecho a la igual oportunidad de participación política (art. 25); el derecho a la autonomía cultural de las minorías (art. 27) y muchos otros derechos que desarrollan el principio del debido proceso legal en favor de todas las personas (artículos 14 a 16, especialmente).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos de 1966, conjuntamente, pueden ser considerados el *programa básico global de los derechos humanos*, significando un *pacto global fundamental* (como un nuevo «contrato social», pero de ámbito mundial) por la protección de los derechos humanos, representando históricamente la aceptación por todas las sociedades humanas de los principios fundamentales humanistas. Según Manuel Diez de Velasco, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles, así como los protocolos de este último pacto, forman la llamada «*Carta Internacional de Derechos Humanos*», que contempla los derechos humanos en su globalidad³⁰⁶.

Posteriormente, otras convenciones fueron firmadas en el ámbito de las Naciones Unidas añadiendo nuevos derechos humanos a la Carta Internacional o especificando los ya declarados. Así, el programa normativo internacional de derechos humanos, además de la DUDH y de los PIDESC y PIDCP, también está formado por: la

³⁰⁶ *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17º ed., Madrid Editorial Tecnos, 2009, p. 654. En el mismo sentido, cfr. Alejandro Saiz Arnaiz: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 125.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³⁰⁷; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas³⁰⁸; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados³⁰⁹; la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³¹⁰; la Convención sobre los Derechos de los Niños³¹¹; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³¹²; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³¹³; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³¹⁴; la Convención 169 de la OIT³¹⁵, sobre los derechos de las comunidades tradicionales; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares³¹⁶; el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil³¹⁷; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³¹⁸; y también otras convenciones y declaraciones que tienen la finalidad de

³⁰⁷ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³⁰⁸ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/apatridas.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³⁰⁹ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/refugiados.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹⁰ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0031.pdf>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹¹ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹² El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6401.pdf>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹³ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹⁴ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹⁵ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/indigenas.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹⁶ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹⁷ El texto completo de esta convención está disponible en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/trabajo_infantil.htm>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

³¹⁸ El texto completo de esta declaración está disponible en la siguiente página: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso:

establecer reglas para la garantía de los derechos humanos y la punición contra sus agentes violadores.

2.9 La formación de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

A fin de conferir más efectividad a la Carta Internacional de Derechos Humanos y a las normas globales de derechos humanos, los Estados democráticos decidieron crear sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Los derechos reconocidos en los convenios regionales, *grosso modo*, están en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

2.9.1 El consenso regional europeo

El primer convenio regional de derechos humanos que se formó tras la Declaración Universal fue el Convenio de Roma, firmado el 4 de noviembre de 1950 en el ámbito del Consejo de Europa. El mencionado tratado internacional (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o CEDH) entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, fecha del depósito de la décima ratificación.

Posteriormente, otros Estados firmaron el CEDH, incluso España, que lo firmó el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979, con algunas declaraciones interpretativas de reserva³¹⁹. Hoy, 47 Estados europeos ya han ratificado el CEDH³²⁰, lo cual simboliza muy bien el gran consenso europeo que existe en relación a esa

29.8.2011.

³¹⁹ Cfr. Santiago Urios Moliner: «Garantías de los derechos humanos: la protección internacional de los derechos humanos», en *Manual de derechos humanos*, coordinado por Paloma Durán Lalaguna, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 108.

³²⁰ Los Estados que ratificaron el CEDH (la quinta convención del Consejo de Europa) están enumerados en la página electrónica oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG>>. Fecha de acceso: 10.8.2010.

carta regional de derechos humanos.

El CEDH reconoce desde su origen los más importantes derechos humanos *individuales* que ya estaban proclamados en la DUDH y que también pasaron a ser reconocidos en el PIDCP³²¹.

La importancia del CEDH y de sus protocolos no se limita a la Europa. De hecho, la significación del mencionado convenio para la integración europea es indiscutible (considerando que el número de signatarios todavía es bastante superior al número de integrantes de la Unión Europea de hoy). Sin embargo, el CEDH también sirvió de modelo para otras convenciones regionales, personificando un nuevo paradigma de programa regional de derechos humanos.

Once años después del CEDH, el 18 de octubre de 1961, se formó en Europa otro consenso sobre los derechos humanos con la firma, también en el ámbito del Consejo de Europa, de la Carta Social Europea. Antes de esta Carta, casi todos los derechos humanos reconocidos y garantizados en el ámbito europeo eran derechos que hoy conocidos como individuales/liberales.

Ni siquiera se había firmado, en aquel entonces (1961), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el PIDESC. Efectivamente, considerando que el PIDESC solamente fue firmado el 19 de diciembre de 1966, es posible admitir que la Carta Social Europea funcionó como un parámetro teórico inicial para el Pacto promovido por las Naciones Unidas (en conjunto, por supuesto, con la propia DUDH). Así, innovando el sistema internacional, diversos Estados europeos decidieron publicar la Carta Social Europea que reconocía la validez, como derechos humanos, de diversos derechos llamados «colectivos», que, en realidad, son derechos sociales, económicos y culturales.

La Carta Social Europea reconoció diversos derechos humanos sociales; algunos de los cuales ya constaban en algunas pocas constituciones europeas, siendo que otros fueron agregados posteriormente a futuras constituciones democráticas.

³²¹ El texto completo y actualizado del CEDH y sus Protocolos está disponible en la página electrónica oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf>. Fecha de acceso: 10.8.2011.

Históricamente, la Carta Social Europea significó también una promesa de Estado de Bienestar Social para Europa y de desarrollo europeo en el campo de los derechos humanos sociales, económicos y culturales, agregando igualmente derechos especiales de los niños y adolescentes, de los trabajadores emigrantes y de las personas portadoras de discapacidad.³²²

Otros convenios de derechos humanos fueron posteriormente firmados por obra del Consejo de Europa, complementando el CEDH y la Carta Social Europea en el reconocimiento de derechos o en la definición de garantías. Entre esos convenios, destacamos los siguientes: el Código Europeo de Seguridad Social, firmado el 16 de abril de 1964 en Estrasburgo³²³; el Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico, firmado el 6 de mayo de 1969 en Londres³²⁴; el Convenio Europeo sobre la No Aplicabilidad de Limitaciones Legales en la Persecución de Crímenes contra la Humanidad y de Guerra, firmado el 25 de enero de 1974 en Estrasburgo³²⁵; el Convenio Europeo para la Supresión del Terrorismo, firmado el 27 de enero de 1977 en Estrasburgo³²⁶; el Convenio Europeo sobre el *Status* Legal de Trabajadores Inmigrantes, firmado el 24 de noviembre de 1977 en Estrasburgo³²⁷; el Convenio Europeo de Protección de Animales en Carnicería, firmado el 10 de mayo de 1979 en Estrasburgo³²⁸; el Convenio Europeo para la Protección de la Fauna y Hábitat Natural, firmado el 19 de septiembre en Berna³²⁹; el Convenio Europeo para la Protección de Datos Personales, firmado el 28 de enero de 1981 en Estrasburgo³³⁰; el Convenio para la Protección del Patrimonio

³²² El texto de la Carta Social Europea puede ser consultado en la página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=035&CM=8&DF=10/08/2010&CL=ENG>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²³ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/048.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²⁴ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/066.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²⁵ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/082.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²⁶ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/090.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²⁷ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/093.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²⁸ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/102.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³²⁹ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/104.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³⁰ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

Arquitectónico Europeo, firmado el 3 de octubre de 1985 en Granada³³¹; la Carta Europea del Autogobierno Local, firmada el 15 de octubre de 1985 en Estrasburgo³³²; el Convenio Europeo para la Protección de los Animales Domésticos, firmado el 13 de noviembre de 1987 en Estrasburgo³³³; el Convenio Europeo para la Protección contra la Tortura y el Tratamiento Inhumano, firmado el 26 de noviembre de 1987 en Estrasburgo³³⁴; la Carta Europea para la Protección de las Lenguas Regionales o Minoritarias, firmada el 5 de noviembre de 1992 en Estrasburgo³³⁵; el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños o Actividades Peligrosas al Medio Ambiente, firmado el 21 de junio de 1993 en Lugano³³⁶; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, firmado el 25 de enero de 1996 en Estrasburgo³³⁷; el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, firmado el 4 de abril de 1997 en Oviedo³³⁸; el Convenio Europeo sobre Nacionalidad, firmado el 6 de noviembre de 1997 en Estrasburgo³³⁹; el Convenio Europeo de Protección del Paisaje Natural, firmado el 20 de octubre de 2000 en Florencia³⁴⁰; y el Convenio Europeo sobre Derecho de Contacto con los Niños, firmado el 15 de mayo de 2003 en Estrasburgo³⁴¹.

Por supuesto, no todas las normas de todos los convenios y cartas que aquí citamos se ciñen perfectamente al concepto estricto de derecho humano. Aun siendo así, en todos esos tratados, hay una misma base y un derecho nuclear que se une a la dignidad del ser humano. Esa base nuclear, traducida a un lenguaje de derecho, puede ser reconocida

³³¹ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/121.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³² El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/122.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³³ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/125.htm>>. Fecha de acceso: 10.8.2011.

³³⁴ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/126.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³⁵ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/148.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³⁶ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/150.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³⁷ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³⁸ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³³⁹ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³⁴⁰ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/176.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

³⁴¹ El texto completo de este convenio está disponible en la siguiente página electrónica del Consejo de Europa: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm>>. Fecha de acceso: 10.8. 2011.

como derecho humano. Así, en este sentido, podemos considerar que el CEDH, la Carta Social Europea y los mencionados convenios y cartas modelan lo que conocemos como *programa normativo europeo de derechos humanos*.

2.9.2 El consenso regional interamericano

En el ámbito de las Américas, el primer documento regional de derechos humanos es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, firmada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, al final de la IX Conferencia Internacional Americana, juntamente con la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Aunque por una diferencia de pocos meses, la Declaración Americana de Derechos Humanos es anterior a la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (que fue firmada solo en diciembre del mismo año de 1948). Los derechos reconocidos en los documentos son semejantes.

La Declaración Americana afirma la existencia de muchos derechos humanos que serían posteriormente reconocidos en tratados internacionales de los ámbitos global y regional latinoamericano. *Grosso modo*, los derechos humanos que están expresados en la Declaración de Bogotá son los mismos que fueron reproducidos meses después en la DUDH.³⁴² Algunos de esos derechos —los de connotación liberal, o de «primera dimensión» o «primera generación»— volverían a ser reconocidos una vez más dos décadas después, en la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica³⁴³.

El Pacto de San José, como hemos mencionado, enumera derechos humanos de carácter eminentemente individual. Su lista de derechos fue complementada por la subscripción del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención

³⁴² El texto completo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre está disponible en la siguiente página de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>>. Fecha de acceso: 13.8.2011.

³⁴³ El texto completo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <<http://www.cidh.org/basicos/basicos2.htm>>. Fecha de acceso: 13.8.2011.

Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)³⁴⁴ en 1988, que enumera, entre otros, los derechos humanos al trabajo (art. 6.1), a la subsistencia digna por medio del trabajo (art. 7.a), a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 7.e), a la protección de los menores de 18 años contra el trabajo nocturno, insalubre o peligroso (art. 7.f), al descanso, (art. 7.h), a la seguridad social y a la protección contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad (art. 9.1), a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (art. 10), a vivir en un medio ambiente sano (art. 11.1), a contar con los servicios públicos básicos (art. 11.1), a la alimentación adecuada (art. 12), y a la educación (art. 13), entre otros.

Otros tratados de derechos humanos también fueron firmados en el ámbito interamericano después del Pacto de San José. Los más importantes son: el Protocolo referente a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Punir la Tortura; la Convención Interamericana para Prevenir, Punir y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminaciones contra los Discapacitados; la Carta Democrática Interamericana; la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión; y, muy recientemente (junio de 2013), las dos Convenciones Interamericanas contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia³⁴⁵.

Juntos, los derechos reconocidos en esos documentos, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en su Protocolo (el Protocolo de San Salvador), forman el programa básico de derechos humanos que configura el sistema interamericano.

Ese programa latinoamericano de derechos (así considerado porque está — *grosso modo*— ratificado por los Estados de América Latina y el Caribe), por supuesto, se integra y se interrelaciona con el programa global de derechos humanos, con el objetivo de maximizar el nivel de protección de todos los seres humanos en sus derechos más

³⁴⁴ El texto completo del Protocolo de San Salvador está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm>. Fecha de acceso: 29.4.2012.

³⁴⁵ La relación de los mencionados documentos normativos del sistema interamericano de derechos humanos está, en la lengua portuguesa, disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/TOC.Port.htm>. Fecha de acceso: 7.8.2013.

elementales.

2.9.3 Los consensos regionales africano, islámico y asiático

En el año 1981, otros dos importantes consensos regionales de derechos humanos fueron formalizados: la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos³⁴⁶ y la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos³⁴⁷. La primera fue aprobada el 27 de julio de 1981, durante la 18ª Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia. La segunda fue redactada a iniciativa del Consejo Islámico en Europa y proclamada el 19 de septiembre de 1981 en París, ante la Unesco y su Secretario General.

La Carta Africana se firma en los mismos fundamentos de las otras declaraciones y convenciones universales y regionales ya mencionadas. En sus artículos 2º y 3º, la Carta reconoce el derecho al tratamiento igual de todos los seres humanos, independientemente de «*raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status*», y prohíbe toda forma de discriminación. En los siguientes artículos, son declarados otros derechos humanos ya reconocidos en el ámbito global por otros tratados internacionales de derechos humanos.

Posteriormente, fue agregada a la Carta Africana un Protocolo Adicional³⁴⁸, aprobado en Maputo el 11 de julio de 2003, en el que está reafirmada específicamente la titularidad de los derechos humanos por las mujeres. En ese protocolo están principalmente reconocidos los derechos de las mujeres a ser tratadas dignamente (art. 3º), al respeto a su persona y al desarrollo de su personalidad (art. 3º), de no ser explotada o degradada (art.

³⁴⁶ El texto completo de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de 1990 está disponible en la siguiente página electrónica de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>>. Fecha de acceso: 13.8.2011.

³⁴⁷ El texto que consultamos es el transcrito en la obra de Emilio Mikunda Franco: *Derechos Humanos y Mundo Islámico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003, pp. 228-238.

³⁴⁸ El texto completo del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos está disponible en la siguiente página electrónica de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: <http://www.achpr.org/english/info/women_en.html>. Fecha de acceso: 14.8.2011.

3º), a no sufrir mutilación genital (art. 5º), a la libertad e igualdad en el matrimonio y su disolución (arts. 6º y 7º), a la igual participación política (art. 9º), a la protección en los conflictos armados (art. 11), al igual acceso a las oportunidades de empleo (art. 13.a), a la igualdad en la remuneración por el trabajo (art. 13.b), a la protección contra el acoso sexual en el ambiente de trabajo (art. 13.c), a la protección de la maternidad (art. 13.i), a la no explotación por medio de propaganda o pornografía (art. 13.m), al control de fertilidad (art. 14.1) y a la seguridad alimenticia (art. 15), entre otros. Como se puede percibir, los derechos humanos declarados en el consenso africano no divergen significativamente de los derechos reconocidos en las convenciones globales, europeas o americanas.

A su vez, el consenso islámico representado por la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos difiere de los otros consensos regionales en algunos puntos, justamente porque se basa en una premisa religiosa específica: la fe en la religión de Mahoma. Sin embargo, muchos de los derechos reconocidos internacionalmente también son declarados como derechos humanos en el Islam, como, por ejemplo, los derechos a la vida (art. 1º), a la libertad (art. 2º), a la igualdad (art. 3º), a la justicia (art. 4º), a la legalidad de la pena (art. 5.2), a una pena proporcional a la gravedad del delito (art. 5.4), al carácter personal de la pena (art. 5.5), a la protección contra el abuso de poder (art. 6º), a no ser sometido a tortura (art. 7º), al honor (art. 8º), a la privacidad e intimidad (arts. 8º y 22), al asilo (art. 9º), a la libertad religiosa (arts. 10 y 13), a la participación política (art. 11), a la libertad de pensamiento y expresión (art. 12), a la obtención de los medios adecuados para la subsistencia (art. 15.2), a acceder a un nivel de vida digno por el trabajo (art. 17.2), al alimento (art. 18), a la bebida (art. 18), a la ropa (art. 18), al alojamiento (art. 18), a la protección de la salud (art. 18), a la cultura (art. 18) y a la educación (art. 21), entre otros.

Como se puede concluir, tenemos aquí derechos semejantes a los otros derechos humanos reconocidos en todo el mundo, que desarrollan el sentido trascultural de la dignidad humana. No obstante, la misma Declaración Islámica legitima algunas situaciones de desigualdad entre hombres y mujeres en materia de dirección de la familia y matrimonio (arts. 19 y 20), lo cual es inadmisibles desde la perspectiva de otros consensos regionales de derechos humanos.

Nueve años después de la primera declaración, en el ámbito de la 19ª

Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores, fue firmada otra Declaración de los Derechos Humanos en el Islam³⁴⁹. Esa declaración fue aprobada el 5 de agosto de 1990 en El Cairo y también se fundamenta en las premisas básicas de que «*todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana*» (art. 1.a) y de que «*todo ser humano es acreedor de una inviolabilidad sagrada*» (art. 4º). En su texto están expresados muchos de los derechos ya reconocidos antes en otros documentos internacionales anteriores.

A su vez, en el continente asiático, todavía no hay un órgano internacional oficial formado por Estados independientes que hayan formulado y ratificado una declaración o un convenio internacional para la protección de los derechos humanos. Así y todo, existe desde 1986 una organización no-gubernamental formada por juristas y activistas de los derechos humanos en Asia.

Esa organización, la Comisión Asiática de Derechos Humanos, es mundialmente conocida por su credibilidad en la lucha por la implementación de los derechos humanos en Asia³⁵⁰. El 17 de mayo de 2012, después de muchos encuentros y debates de la comunidad, la Comisión aprobó y publicó la «Carta Asiática de Derechos Humanos», que tiene como propósito presentar la perspectiva asiática respecto a los derechos humanos³⁵¹.

La Carta Asiática admite expresamente la universalidad e indivisibilidad³⁵² de los derechos humanos, declarando la necesidad de igual protección de los derechos humanos liberales, políticos, sociales, económicos, culturales, medioambientales y colectivos.³⁵³

Las declaraciones de derechos humanos de las comunidades islámica y asiática no tienen la misma eficacia normativa que poseen los tratados de derechos

³⁴⁹ El texto completo de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de 1990 está disponible en la siguiente página electrónica de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5549.pdf>>. Fecha de acceso: 13.8.2010.

³⁵⁰ La historia resumida de la Comisión Asiática de Derechos Humanos está disponible en al siguiente página electrónica: <<http://www.humanrights.asia/about>>. Fecha de acceso: 5.5.2012.

³⁵¹ El texto de la Carta Asiática de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://material.ahrchk.net/charter/pdf/charter-final.pdf>>. Fecha de acceso: 5.5.2012.

³⁵² Respecto a la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos hablaremos en el próximo capítulo.

³⁵³ Párrafos 2.2 a 2.4 de la Carta.

humanos firmados en Europa y América; no son, pues, suficientes para desarrollar un sistema regional de protección de los derechos humanos como los modelos europeo y americano. Sin embargo, esas declaraciones islámicas demuestran que las comunidades islámica y asiática no están alejadas de los principios de derechos humanos como se suele creer en las sociedades occidentales.

Hay todavía serios problemas de efectividad de los derechos humanos en el Islam y en Asia, pero eso no es un problema exclusivo de la comunidad islámica; todo lo contrario, este es también, sin lugar a dudas, un asunto propio de los EE.UU., de Europa y de América Latina³⁵⁴.

2.9.4 La intersección de los consensos regionales de derechos humanos

Aunque sean bastante semejantes, las convenciones y declaraciones regionales de derechos humanos representan consensos territorial y culturalmente más restrictos que los pactos y declaraciones globales. Por otro lado, los pactos regionales encarnan consensos (territorial y culturalmente) más amplios que los consensos constitucionales que originan los derechos fundamentales.

Así, los convenios regionales de derechos humanos están ubicados, en el plano abstracto, en un punto intermedio entre los pactos globales de derechos humanos y los textos constitucionales de los Estados. Por tal motivo, en la práctica de la aplicación de los derechos humanos en los ámbitos internos (de normas constitucionales o infraconstitucionales), los derechos humanos «convencionales» obtienen una integración más «íntima» con los sistemas constitucionales que los derechos humanos *globales*.

Pero eso no debe significar que tal consenso *intermedio* deba amenazar la eficacia y autonomía de los derechos previstos en la *Carta Internacional de Derechos Humanos*. Los tres consensos —global, regional y estatal— deben ser integrados y cada

³⁵⁴ Véase, por ejemplo, la situación de la cárcel de Guantánamo, de la condición de los extranjeros en Europa, de las desapariciones forzadas en América Latina y de la intolerancia religiosa en todo el mundo.

perspectiva —global, regional o estatal— debe ser respetada y conjugada, a fin de que las ideas fundamentales del consenso global estén representadas en el consenso regional y las ideas fundamentales del consenso regional estén también reproducidas en los consensos estatales (constitucionales o infraconstitucionales).

2.10 La experiencia constitucional en materia de derechos humanos

Además de estar presentes en las normas globales y continentales de protección de los derechos humanos, estos derechos también fueron reproducidos en las constituciones de los Estados soberanos modernos. Muchos de esos derechos «materialmente humanos» (o sea, fundados en la dignidad humana) son también garantizados como derechos fundamentales en los textos constitucionales, lo que atribuye más eficacia práctica a tales derechos.

Los primeros programas constitucionales que promovieron el reconocimiento de derechos materialmente humanos fueron las 10 enmiendas a la Constitución de los EE.UU. y la Constitución francesa de 1791.

La primera Constitución escrita de la historia francesa fue promulgada el 3 de septiembre de 1791 por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa, estableciendo la monarquía constitucional en Francia. En su preámbulo, adoptando la «*Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789*», reconoce como supremos y superiores al propio Estado los derechos innatos e imprescriptibles de las personas, relacionando entre ellos la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. También estaban especialmente garantizados en la Constitución de 1791³⁵⁵ el derecho a la igualdad en las relaciones con el Poder Público, las libertades de religión, asociación, palabra, escrita, prensa y publicación, el derecho a la asistencia social, el derecho a la educación y el derecho de participación política.

³⁵⁵ Las constituciones históricas francesas a que hacemos referencia fueron examinadas tomando como fuente la obra de Ferdinand Mélin-Soucramanien: ob. cit., *passim*.

Otro importante marco de la historia constitucional occidental en el reconocimiento de derechos básicos a las personas fue la aprobación de las diez primeras enmiendas de la Constitución de los EE.UU., que establecieron la carta de derechos —el «*Bill of Rights*» de América— de los ciudadanos norteamericanos. Allí están las libertades básicas individuales y también las garantías fundamentales en el proceso civil y en el proceso penal.³⁵⁶

También fue importante en la historia de la conquista democrática de derechos individuales básicos la Constitución española de Cádiz, de 1812. La gran mayoría de los derechos constitucionales ahí reconocidos está en la lista de los derechos del demandado en el proceso criminal. Allí estaban previstos, por ejemplo, la reserva judicial para la prisión (artículo 287), el derecho del detenido de comunicarse con el juez (artículos 289 y 290), el principio de la motivación de las decisiones judiciales que determinan la prisión (artículo 293), el derecho a la dignidad en las cárceles (artículo 297), el derecho a un juicio público (artículo 302), derecho de no sufrir tortura (o «tormento», artículo 303), el principio de la personalidad de la pena (artículo 305) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 306).³⁵⁷

Las clásicas libertades públicas relativas a la libertad de pensamiento también estaban contempladas por el texto español de 1812. En el artículo 371 de la Constitución, estaba garantizado a todos los españoles el derecho de escribir libremente, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo la responsabilidad establecida en la ley. Pero la lista de derechos no termina aquí. La Constitución liberal de 1812 también garantizaba el derecho de la igualdad tributaria (artículo 339) y el derecho —social— a la educación básica pública (artículo 366)³⁵⁸.

A esa lista inicial de derechos conquistados históricamente por medio de los

³⁵⁶ El texto de la Constitución de los EE.UU. y sus enmiendas está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Fecha de acceso: 30.4.2012.

³⁵⁷ En este sentido, cfr. este autor: «¿El Estado Constitucional Democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz?», Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-Estado-constitucional-democratico-de-derecho-en-espana-fue-institucionalizado-en-cadiz/html/1668a474-523d-11e1-b1fb-00163ebf5e63_4.html>. Fecha de acceso: 30.4.2012.

³⁵⁸ Cfr. idem, ibidem.

textos constitucionales se deben añadir otros que surgieron a lo largo del siglo XIX y al principio del siglo XX, como la prohibición de la esclavitud (artículo 6° de la Constitución francesa de 1848 y Enmienda XIII, de 1865, de la Constitución de los EE.UU.), la igualdad racial (por ejemplo, en la Enmienda XV, de 1870, de la Constitución de los EE.UU.) y la igualdad política de género (por ejemplo, en la Enmienda XIX, de 1920, de la Constitución de los EE.UU.).

Los derechos sociales también surgieron en los textos constitucionales en la alborada del siglo pasado. Primero, en la Constitución Política de México de 1917, la cual, en su artículo 123, estableció el «*derecho al trabajo digno y socialmente útil*» como derecho de toda persona, prescribiendo muchas reglas a fin de garantizar ese derecho humano³⁵⁹. Dos años después, la Constitución alemana de Weimar (1919) también estableció nuevos parámetros de derechos reconocidos en su texto, instituyendo normas de protección de la mujer en la maternidad, de los niños, de los minusválidos, de los mayores y de los trabajadores.³⁶⁰

Después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones de los Estados europeos que se reconstruían tras la destrucción física e institucional causada por el conflicto armado pasaron a garantizar derechos económicos, sociales y culturales en su texto. Así, la Constitución italiana de 1947/1948³⁶¹ pasó a enumerar entre sus derechos constitucionales muchos derechos de carácter económico y social, como el derecho al trabajo (arts. 4°, 35 y 36), el derecho a la asistencia material a las familias y a la protección de la maternidad, la infancia y la juventud (art. 31), el derecho a la salud (art. 32), el derecho a la educación (art. 34), el derecho a la igualdad de género en las relaciones laborales (art. 37) y el derecho a la asistencia social (art. 38), entre otros.

Dos años después, tocó a la República Federal de Alemania (la «Alemania Occidental») ofrecer a la humanidad otro importante documento histórico de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales: la Ley Fundamental de l

³⁵⁹ El texto de la Constitución Mexicana de 1917 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf>. Fecha de acceso: 2.5.2012.

³⁶⁰ Cfr. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro: «A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais», 2005, disponible en: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais>>. Fecha de acceso: 2.5.2012.

³⁶¹ El texto de la mencionada Constitución italiana está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>>. Fecha de acceso: 3.5.2012.

Bonn (1949)³⁶².

Entre otros derechos ya reconocidos en otras cartas constitucionales, la *Grundgesetz* de 1949 que todavía sigue vigente fue y es original al establecer, entre otras cosas: la protección suprema de la dignidad humana como fundamento absoluto del orden constitucional (art. 1º, I); el reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos (art. 1º, II); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2º); la isonomía material entre hombres y mujeres (art. 3º, II); la libertad de información (art. 5º); el derecho al cuidado especial y la educación de los niños (art. 6º, II); el derecho de la mujer a la protección y asistencia especial durante la maternidad (art. 6º, IV); el derecho al medioambiente saludable, por medio de la protección de «*los fundamentos naturales de la vida y los animales*» (art. 20a); el derecho de extensión de los derechos fundamentales por medio de las constituciones de los *Länder* (art. 142; y la previsión de la revolución constitucional como posibilidad abierta originada del derecho a la libre determinación del pueblo (art. 146).

En un diferente contexto histórico de redemocratización, las cartas constitucionales de Portugal (1976) y España (1978) también representaron avances en la constitucionalización de los derechos humanos.

La Constitución portuguesa³⁶³, que es hoy una de las mejor elaboradas del mundo, además de reconocer la dignidad humana como la base de la República (art. 1º), de determinar que los «*preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*» (art. 16) y de positivizar diversos derechos humanos civiles, políticos, económicos y sociales, también ofrece actualmente una lista extensa de derechos humanos, como, por ejemplo: el derecho a un proceso rápido y equitativo y a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 20, IV y V); el derecho de resistencia (art. 21); los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, a la reputación, a la imagen y a la palabra (art. 26, I); el derecho a la identidad

³⁶² LA versión española de la Ley Fundamental del Bonn está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.buenos-aires.diplo.de/contentblob/2227504/Daten/375140/Grundgesetz_Download.pdf>. Fecha de acceso: 3.5.2012.

³⁶³ El texto de la Constitución portuguesa de 1976 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Fecha de acceso: 3.5.2012.

genética del ser humano (art. 26, III); el derecho de asilo a los extranjeros y a los apátridas (art. 33, VIII); el derecho a los datos informatizados personales (art. 35, I); el derecho de antena (art. 40, I); el derecho de emigrar (art. 44); el derecho a la información de los asuntos públicos (art. 48, I); el derecho de acción popular para la protección de la salud pública, los consumidores, la calidad de vida, la preservación del medioambiente y el patrimonio cultural (art. 52, III); el derecho a una habitación adecuada (art. 65, I); el derecho a un medioambiente de vida humano, saludable y ecológicamente equilibrado (art. 66, I); el derecho al desarrollo sostenible (art. 66, II); y los derechos a la educación y a la cultura (art. 73, I).

La Constitución española de 1978 también es pródiga en la garantía de los derechos humanos. En su artículo 10.1, establece que la *«dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»*.

Por otra parte, la misma Constitución española, en su artículo 10.2, confirmando su compromiso con los principios del sistema internacional de los derechos humanos, determina que los derechos fundamentales sean interpretados de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Otrosí, la carta democrática española garantiza, demostrando un avance histórico en el reconocimiento de los derechos humanos, muchos de los derechos humanos y fundamentales que también están presentes en las principales constituciones modernas, como las que ya hemos mencionado.

Otro importante momento histórico de conquista de derechos por medio de los textos constitucionales fue la redemocratización de los Estados latinoamericanos en la década de los ochenta. Un importante ejemplo que marca ese periodo de revoluciones constitucionales latinoamericanas es la Constitución brasileña de 1988, la «Carta Ciudadana», que elevó la dignidad humana a fundamento de la República (art. 1º, III) y el principio de la prevalencia de los derechos humanos a principio mayor de sus relaciones internacionales (art. 4º, II).

En el siglo XXI, podemos citar como una nueva referencia constitucional

latinoamericana la actual Constitución ecuatoriana, de 2008.³⁶⁴ Ella innovó la experiencia constitucional latinoamericana cuando reconoció expresamente, además de otros derechos y principios considerados «tradicionales» en los textos constitucionales del siglo XX: el derecho a no ser discriminado «*por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, Estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, Estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos*» (art. 11, II); los principios —o características elementales— de la inalienabilidad, la irrenunciabilidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la igual jerarquía de todos los derechos humanos (art. 11, 6); el derecho al agua (art. 12); el derecho al «*acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos*» (art. 13); los derechos a «*la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados*» (art. 14); el derecho a «*comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos*» (art. 16, I); el derecho al «*acceso universal a las tecnologías de información y comunicación*» (art. 16, II); el derecho al «*acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad*» (art. 16, IV); el derecho a «*acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas*» (art. 18, II); los derechos a «*construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones*» (art. 22); el derecho «*a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad*» (art. 23); el derecho a la educación con el centro en el ser humano y «*su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia*» (art. 27); el derecho «*al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los*

³⁶⁴ El texto de la Constitución ecuatoriana de 2008 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Fecha de acceso: 4.5.2012.

principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural» (art. 31); los derechos «de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos» (art. 41); el derecho de las personas desplazadas «a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios» y «a retornar a su lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna» (art. 42); así como los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a «mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad», a «conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles», a «conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural, conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social», a «no ser desplazados de sus tierras ancestrales» y a «mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos» (art. 57).

La «poética» Constitución ecuatoriana reconoce también derechos a la naturaleza, la «Pacha Mama». Así está establecido en su artículo 71:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Por supuesto, la constitucionalización de los derechos humanos no garantiza, de por sí, la efectividad de los mismos. Según algunos críticos, la «inflación de derechos» —o la «polución de derechos»³⁶⁵— generaría el efecto contrario: serviría al propósito de deslegitimar los derechos individuales «saciables», de disminuir el grado de protección real de esos derechos clásicos.

Sin embargo, no se puede olvidar que la explícita protección constitucional de los «nuevos derechos» está justificada por la necesidad de nuevas formas de protección del ser humano y de sus necesidades básicas, bajo el valor máximo y absoluto de la

³⁶⁵ Cfr. José Adércio Leite Sampaio: *Direitos Fundamentais*, 2^a ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 289.

dignidad humana. Además de eso, el avance histórico en el reconocimiento de derechos por medio de textos constitucionales de diferentes países es importante para demostrar que el camino de la positivación de los derechos no es un proceso de dirección única, sino un proceso de múltiples direcciones, sean verticales descendentes (desde lo global hasta lo regional y lo nacional/constitucional), sean verticales ascendentes (desde lo nacional/constitucional hace lo regional y lo global) o sean horizontales (desde una comunidad estatal para hace otra). La variedad de derechos humanos reconocidos en países con diferentes culturas demuestra que hay muchas perspectivas válidas respecto a los derechos humanos, pero todas tienen su foco en la dignidad humana y en las necesidades básicas de los seres humanos.

2.11 Los derechos humanos en el siglo XXI: la constante construcción

A lo largo del siglo XX, mucho se habló, discutió y escribió respecto a las generaciones o las dimensiones de los derechos humanos (expresiones que fueron inspiradas en las formulaciones de Norberto Bobbio y Karel Vasak³⁶⁶), incluso sobre la tercera dimensión, que englobaría los derechos al medioambiente, a la paz y al desarrollo. Asimismo se trató de escribir sobre los supuestos derechos humanos de cuarta generación o dimensión, que comprenderían pretensiones de protección de la humanidad como un todo y del planeta.³⁶⁷

Sin embargo, creemos que, en el desarrollo histórico de los derechos humanos, la mención a las generaciones o dimensiones de los derechos ya se encuentra superada, inadecuada³⁶⁸, pues los derechos humanos no son construidos linealmente, sino por medio de procesos helicoidales, que se despliegan de acuerdo con las necesidades humanas de cada momento histórico y en razón de las diversas formas de amenazas y

³⁶⁶ Cfr. Georges Bénar: «Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension: essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme», Patrice Meyer-Bisch: «D'une succession de générations à un système des droits humains», y Diego Uribe Vargas: «Karel Vasak y la tercera generación de derechos humanos», todos en *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XXIe Siècle*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 89, 337 y 409-416.

³⁶⁷ Cfr. Georges Bénar: ob. cit., pp. 91-94.

³⁶⁸ Cfr. Patrice Meyer-Bisch: ob. cit., pp. 338-341.

atentados que algunos agentes públicos y privados practican contra los seres humanos y su dignidad intrínseca.

De esta manera, la construcción de los derechos humanos no es y nunca será un proceso ya acabado; es y siempre será un proceso continuo que aún está siendo construido en el tiempo presente y lo será en el futuro, en el siglo XXI y en los siguientes. Debido al cambio constante de las realidades locales, regionales y globales, nuevas necesidades humanas básicas pasan a ser reconocidas como debidas en virtud del respeto a la dignidad del ser humano. Así, tanto es posible construir nuevas pretensiones jurídicas protegidas por los derechos desde una interpretación creativa de los «tradicionales» derechos humanos, como también es posible reconocer nuevos derechos humanos extraídos directamente de la protección de la dignidad humana.

En ese contexto, surgen los llamados «derechos humanos emergentes», como, por ejemplo, el derecho al agua y al saneamiento básico, el derecho a la libre orientación sexual y a la identidad de género, los derechos relacionados con la bioética y el derecho a la biodiversidad.³⁶⁹

Los derechos humanos emergentes ya son una realidad en la literatura académica y entre los activistas internacionales, aunque algunos de esos derechos puedan carecer de reconocimiento formal por medio de convenios interestatales de derechos humanos. A pesar de eso, esa aprobación de nuevos tratados no es absolutamente necesaria, ya que, en virtud del actual orden vigente internacional (y constitucional de todos los Estados democráticos), el respeto de la dignidad humana es una obligación inexorable del Estado, de la sociedad y de todas las personas. De esta manera, aunque no haya un pacto o convenio internacional «bautizando» un nuevo derecho específico, la satisfacción de todas las necesidades elementales de los seres humanos debe estar desde luego alcanzada por la tutela necesaria de la dignidad humana.

La lucha histórica por la conquista de nuevos derechos no es uniforme ni tan poco inmune a retrocesos. Los avances en ese tema están generalmente acompañados de

³⁶⁹ Los mencionados derechos humanos están reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE), de 2007, que fue formulada y aprobada por representantes de la sociedad civil internacional. El texto de la DUDHE está disponible en la página electrónica del *Institut de Drets Humans de Catalunya*: <<http://www.idhc.org/cat/documents/Biblio/DUDHE.pdf>>. Fecha de acceso: 7.5.2012.

violaciones de derechos humanos y negaciones de su existencia. Ese proceso de conquista se origina en tiempos diferentes, en lugares diferentes y con perspectivas culturales distintas.

En este sentido, según Jordi Bonet Pérez, el proceso de construcción de los derechos humanos es un fenómeno «gradual, diacrónico, complejo e inacabado»³⁷⁰, que se forma y se desarrolla por medio de sucesivos avances históricos, no necesariamente armónicos, basados en intereses y concepciones ideológicas plurales, que se suceden de modo continuo.

El proceso constructivo permanente de los derechos humanos denota una de sus características más importantes: la apertura normativa. Interpretar los derechos humanos no es lo mismo que interpretar cualquier programa normativo. Sus especificidades demandan una atención y un cuidado especial. Eso lo explicaremos en el próximo capítulo.

2.12 A modo de síntesis: la reafirmación histórica del carácter plurinacional, gradual, diacrónico y abierto de los derechos humanos

El análisis de los fundamentos históricos de los derechos humanos demostró que el proceso de construcción de esos derechos tiene fuentes en varios países, en diferentes culturas y en diversos momentos históricos.

Podemos reafirmar, de este modo, que no hay «padres» de los derechos humanos. Existieron, en realidad, personas y movimientos históricos que fueron importantes para la consolidación gradual del consenso global y de los consensos regionales y nacionales de afirmación jurídica de los derechos humanos, pero esos derechos son el resultado de un esfuerzo común de toda la humanidad.

Otrosí, debemos reconocer que esa «lucha histórica» por los derechos

³⁷⁰ Ob. cit., pp. 69-70.

humanos no es un proceso estático del pasado, sino también un movimiento del presente. Esa es una lucha «abierta», ya que nunca se termina, nunca se acaba y sigue alcanzando nuevas necesidades esenciales de los seres humanos en sus diversos contextos culturales y socioeconómicos.

Debemos igualmente concluir que el reconocimiento del carácter plurinacional, gradual, diacrónico y abierto de los derechos humanos transforma la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos en un proceso más complejo. A nuestro juicio, tal y como defenderemos en capítulos posteriores, esos rasgos plurales recomiendan la construcción de un modelo plural y abierto (pero también coherente y protector) de integración hermenéutica y jurisprudencial de las normas de derechos humanos, así como recomiendan la cooperación de los todos pueblos (y de todos los Estados y organismos internacionales) para la protección integrada y evolutiva de los derechos humanos.

3 LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1 Los derechos humanos en cuanto fundamento de justicia y legitimidad de los sistemas jurídicos

Así como la dignidad humana y el reconocimiento internacional general son fundamentos de los derechos humanos, la protección de estos es condición de justicia y, por lo tanto, de legitimidad de los órdenes jurídicos estatales.

La palabra «legitimidad» debe ser entendida como la aceptabilidad social de una norma o de un sistema de normas. La legitimidad de un sistema jurídico se traduce en la aceptabilidad de sus normas, que exige el reconocimiento general de validez y justicia de estas normas. Si aceptamos que, después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos son un elemento de justificación de los Estados y sus sistemas de normas, debemos concluir que el respeto a las normas de derechos humanos es una condición de validez y justicia de cualquier norma jurídica estatal y, por lo tanto, de cualquier sistema jurídico nacional o comunitario.³⁷¹

Independientemente de cualquier consideración sobre el debate entre positivistas e jusnaturalistas respecto a la existencia o inexistencia de un «derecho natural», no se podemos olvidar la «guillotina» o la «ley de Hume» sobre las proposiciones descriptivas y prescriptivas: la percepción de que alguna cosa «es» no resulta lógicamente en la conclusión que esa misma cosa «deba ser».³⁷² Por lo tanto, aunque se pueda verificar

³⁷¹ En este sentido, Konrad Hesse defiende que ningún orden jurídico puede pretender legitimidad si no incorpora las «libertades» y los «derechos de igualdad» reconocidos a todos los seres humanos. Cfr. Konrad Hesse: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, traducción al portugués (de la 20ª edición alemana) de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 233. Por su parte, Hans Kelsen postulaba una asertiva todavía más generalizadora. Según el gran filósofo del derecho, el orden jurídico internacional (lo que incluye las normas internacionales de derechos humanos) es un fundamento de validez y legitimidad de todo y cualquier orden jurídico nacional. Cfr. Hans Kelsen: *Princípios do direito internacional*, traducción de Gilmar Antonio Bedin, Ulrich Dressel y Arno Dal Ri Júnior, Ijuí, Editora Unijuí, 2010, p. 500.

³⁷² La crítica de David Hume sobre el salto lógico del «ser» para el «debe ser» es extraído comúnmente de su obra *Tratado de la Naturaleza* (de 1739), en que Hume critica los sistemas morales —o las teorías de la moral— que asumen la existencia de Dios o describen la naturaleza humana e intentan desde esos juicios descriptivos construir juicios prescriptivos morales. Cfr. David Hume: *A treatise of human nature*,

que un sistema jurídico concreto, en el mundo fenoménico, no respeta las normas de derechos humanos y así continúa «existiendo», eso no significa que tal sistema jurídico deba ser obedecido o deba continuar existiendo.

Para que un sistema jurídico sea obedecido íntegramente, hace falta que sea legítimo, o sea, que sea socialmente aceptable. Puede un jurista kelseniano defender que el sistema jurídico como un todo debe ser aplicado y obedecido debido a alguna norma fundamental presupuesta y a la probabilidad de la ejecución normativa judicial; otros (quizá la gran mayoría de los jueces, como ya ha advertido Carlos Santiago Nino) prefieren recurrir, implícitamente, al juicio de «adhesión normativa», o sea, al juicio valorativo según el cual obedecer el orden jurídico sería, *per se*, una obligación moral.³⁷³ Sin embargo, esas soluciones teóricas no responden de forma incontestable a la pregunta fundamental de la filosofía del derecho: ¿Por qué debemos obedecer a todas las normas del sistema jurídico?

En el día a día, las personas suelen reconocer la legitimidad de las leyes (y aceptar que ellas deben ser respetadas y aplicadas por el Estado y los jueces) *sin más*, es decir, tomando el presupuesto de que las leyes deben ser obedecidas en cualquier caso. Sin embargo, como bien ha advertido Santiago Nino, cuando una norma de un sistema jurídico choca frontalmente contra un principio básico de derecho humano, como el principio de que nadie puede ser discriminado por motivo de sexo, raza, religión u orientación sexual, o el de que nadie puede ser torturado, o también el de que todos tenemos el derecho a la vida, no será fácil alcanzar el consenso de que tal norma «deshumana» deba ser respetada y aplicada con el sacrificio del derecho humano.³⁷⁴ Otrosí, es posible que el sistema normativo, en el caso de seguir validando la norma contraria a los derechos humanos, tenga su propia legitimidad cuestionada y pierda la adhesión social necesaria.

Podemos ejemplificar la cuestión de la legitimación de los sistemas jurídicos y de los Estados por el respeto general de los derechos humanos con una referencia contemporánea y aterradora: el caso del «Estado Islámico» (que, afortunadamente, todavía no es un «Estado») o de la organización Boko Haram. Si los terroristas que desvirtúan la fe

Digibooks.com Publishing (ebook), 2010, p. 257.

³⁷³ Cfr. Carlos Santiago Nino: ob. cit., 23.

³⁷⁴ Cfr. Idem: ob. cit., p. 24.

islámica, practicando graves violaciones de derechos humanos, ejercieran efectivamente un poder estatal territorial en alguna parte del mundo, ninguna persona sensata admitirá que su sistema jurídico deba ser respetado por sus «pseudociudadanos». Un Estado como ese, sin lugar a dudas, no merecería respeto jurídico y su sistema de normas jamás podría ser considerado un sistema jurídico legítimo.

La posibilidad de la «deslegitimación» de los sistemas jurídicos (que no respetan los principios básicos de derechos humanos) se explica por la constatación de que el conjunto normativo de los derechos humanos es parte de un consenso supraideológico. Ese conjunto es, de esta manera, un elemento nuclear de las reglas básicas de convivencia de una sociedad política; se asimila, pues, en la teoría de la justicia, al que John Rawls³⁷⁵ denomina *overlapping consensus*. En su dimensión objetiva, como reglas indiscutibles en las relaciones humanas, los derechos humanos se caracterizan por ser un centro intangible a la producción normativa; todo lo demás estaría abierto al debate político y a las idiosincrasias nacionales y locales.

La analogía que hacemos con la doctrina de Rawls es meramente conceptual. Debemos alertar que el contenido de este consenso superpuesto mencionado por un autor liberal como Rawls no se identifica necesariamente con los derechos humanos que son reconocidos hoy política y jurídicamente. Para Rawls, el *overlapping consensus* es un consenso que se forma en una sociedad «doméstica», estatal; a su vez, los derechos humanos serían parte de un conjunto de reglas de justicia de la sociedad internacional. El primero, el consenso superpuesto, sería un conjunto de principios de justicia como equidad, de ideas fundamentales intuitivas implícitas en la cultura política pública, derivadas de la abstracción de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales concebida en una misma sociedad política interna; sería un fundamento común a la vista del hecho del pluralismo interno³⁷⁶.

Rawls, sin embargo, cuando trata expresamente de los derechos humanos, habla de un consenso externo, internacional, entre naciones, no interno, que no alcanzaría necesariamente —o prioritariamente— las relaciones político-jurídicas intranacionales;

³⁷⁵ Cfr. John Rawls: *El liberalismo político*, traducción de Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 2004, pp. 176-186. Para obtener un examen esclarecedor del *overlapping consensus*, vid. también Roberto Gargarella: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999, pp. 196-201.

³⁷⁶ Cfr. idem, *ibidem*, p. 226.

sería, pues, un fundamento común a la vista del hecho del pluralismo externo³⁷⁷.

Ese concepto «externo» que Rawls tiene sobre los derechos humanos es consecuencia de su idea de que las normas de derechos humanos serían normas internacionales que, prioritariamente, obligarían a unos Estados ante otros Estados. Como ya se puede percibir ahora y asimismo ilustraremos posteriormente, nuestra perspectiva en este estudio es distinta, puesto que damos énfasis a la «dimensión interna» de los derechos humanos y tratamos de examinar cómo las normas de derechos humanos se integran con normas constitucionales e infraconstitucionales pasando a formar parte del propio conjunto normativo nacional.

La perspectiva de Rawls sobre los derechos humanos es la de una justicia entre los pueblos (colectiva), no entre las personas (individual). Para el eterno Profesor de la Universidad de Harvard, «*to honor human rights*» sería uno de los ocho principios de la justicia internacional³⁷⁸. Según él, siendo una clase de derechos de la «*Law of People*», los derechos humanos serían una limitación de las autonomías (o quizá las soberanías) estatales. Son sus palabras:

Los derechos humanos son una clase de derechos que desempeñan un papel especial en el Derecho de las Gentes razonable: ellos restringen las razones justificadoras para la guerra y su conducción, y ellos especifican los límites para una autonomía interna del régimen. En este sentido, ellos reflejan los dos cambios básicos y profundos en cómo los poderes de la soberanía han sido concebidos desde la Segunda Guerra Mundial. En primer lugar, la guerra ya no es un medio admisible de política gubernamental y está justificada solo en defensa propia o en casos graves de intervención en defensa de los derechos humanos. En segundo lugar, la autonomía interna gubernamental queda ahora limitada.³⁷⁹

Siendo un límite a la «*domestic law*», a fin de que esta sea compatible con los principios de la «*society of people*», Rawls defiende que los derechos humanos tienen tres funciones fundamentales: (i) su satisfacción sería una condición necesaria para la «decencia» de las instituciones políticas de la sociedad y de su orden legal; (ii) su satisfacción sería suficiente para excluir cualquier intervención forzada en otros pueblos; y

³⁷⁷ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño: ob. cit., p. 508.

³⁷⁸ Cf. John Rawls: *The law of peoples: with the idea of the public reason revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 36-37. Los demás principios serían: el respeto a la libertad e independencia de los pueblos; el deber de cumplir los pactos internacionales; la igualdad en los pactos internacionales; el deber de no intervención; el derecho de autodefensa; la restricción de la guerra; y el deber de asistencia a los pueblos en peores condiciones políticas y sociales.

³⁷⁹ Ibidem, p. 79, traducción libre.

(iii) ellos establecerían un límite al pluralismo entre las naciones.³⁸⁰

Está bastante claro que los derechos humanos son para Rawls un elemento central de las reglas de justicia internacional, pero no necesariamente de la justicia interna. De acuerdo con su perspectiva, los derechos humanos son un elemento de legitimación de los sistemas jurídicos de «los pueblos»³⁸¹ en el orden internacional, o sea, serían condiciones de legitimación «externa» de los Estados y sus órdenes jurídicas, no de legitimación «interna».

No es nuestra intención rechazar esa perspectiva rawlsiana. Creemos que los derechos humanos son elemento de legitimación «externa» de los sistemas jurídicos, pero creemos que también son legitimadores «internos» de esos mismos sistemas. A nuestro juicio, hay también una tercera función de los derechos humanos no mencionada por Rawls que debería ser añadida: la función de integrarse con las demás normas de los órdenes estatales. Esta es, de hecho, la principal garantía de respeto al hombre, a su dignidad y a sus derechos básicos (humanos). Imbricándose con las normas jurídicas nacionales de los más diversos rangos, las normas de derechos humanos se hacen cumplir, como mínimo, con la misma efectividad que las demás normas internas. Con esa inmersión total, los derechos humanos quedan protegidos contra un eventual *déficit de obediencia* ante las normas nacionales, justamente porque los derechos humanos pasan a ser ellos mismos derechos nacionales.

Por el hecho de que los derechos humanos tienen una doble dimensión (son, al mismo tiempo, normas internacionales y, por medio de la integración con los sistemas internos, normas nacionales), ellos son un elemento de una doble legitimación de los sistemas jurídicos estatales: los legitiman ante la sociedad internacional —o sea, externamente— y también los legitiman ante los propios seres humanos que están bajo sus poderes soberanos — o sea, internamente —.

³⁸⁰ Ibidem, p. 80.

³⁸¹ Para saber las razones por las cuales Rawls prefiere citar los «peoples» y no los «States», cfr. John Rawls: *The law of people*, ob. cit., pp. 23-30.

3.2 El concepto jurídico del derecho humano

Llegamos ahora a una de las cuestiones más difíciles a que se enfrentan los estudiosos del derecho constitucional, internacional o de la filosofía del derecho: ¿qué son los derechos humanos? Esa no es una pregunta que posibilita una sola respuesta. Hay varias posibilidades conceptuales. Aun así, pensamos que un concepto más preciso —y más útil— se debe firmar desde los fundamentos de los derechos humanos, pues estos fundamentos conforman la naturaleza y el régimen jurídico de esos derechos.

Considerando que ya estudiamos los fundamentos de los derechos humanos y su condición de presupuesto básico de justicia y legitimidad, creemos que es ya posible reconocer también sus primeros rasgos conceptuales. Podemos admitir, como un concepto inicial, que los derechos humanos son derechos atribuidos a todos los hombres y mujeres en razón de su dignidad humana (elemento conceptual subjetivo-material) y reconocidos como universalmente válidos por un *consenso global* (y, complementariamente, por consensos regionales y nacionales) de los Estados y los demás sujetos internacionales (elemento histórico-procedimental).

Preferimos la expresión «consenso global» en vez de «consenso internacional» porque creemos que los derechos humanos, para ser considerados como tales, no pueden firmarse solamente en un consenso entre naciones, o mejor, entre Estados. El consenso que generó y continúa generando el reconocimiento de la validez de los derechos humanos es un consenso de ámbito global, porque, aunque no sea necesariamente formado el consenso por todos los Estados del planeta, este mismo consenso es adherido por prácticamente todos los Estados del globo, además de reafirmado por diversas personas y entidades no-gubernamentales que también desempeñan un importante papel en la sociedad internacional.

Ese consenso de Estados, organizaciones y personas es básico y admite varias perspectivas, algunas regionales o continentales. Aun así, con sus diversas perspectivas multiculturales y distintas posibilidades de reglas específicas, el consenso respecto a los derechos humanos es un consenso global y eleva las normas básicas de

derechos humanos a la condición de *ius commune* de la humanidad en el siglo XXI, como bien señala Gonzalo Aguilar Cavallo.³⁸²

Como observamos anteriormente, en la historia mundial, no hay una única perspectiva de la dignidad humana. La idea del valor absoluto e igual de todo ser humano es concebida de formas diferentes en culturas, doctrinas filosóficas y religiones distintas. Pero lo que tratamos de demostrar es que hay un núcleo básico de la noción de dignidad de la persona.

Ese reconocimiento común de la dignidad humana, que es necesario en un mundo multicultural, debe tener como consecuencia la definición de los derechos humanos como «derechos básicos», en el sentido de que representan un consenso básico, que encuentran así fundamento en diferentes contextos culturales y en diferentes sociedades políticas. Por lo tanto, la formación conceptual de los derechos humanos debe también legitimar la existencia de una esfera ajena a esos derechos, esfera en que sería posible la autodeterminación normativa de las comunidades políticas.

En ese sentido, los derechos humanos son un núcleo fundamental e indisponible de protección de la persona humana. Con la condición de que es respetado plenamente ese núcleo normativo, es posible legítimamente discutir, crear y aplicar normas jurídicas, considerándose las varias opciones normativas que son posibles una vez respetado ese conjunto básico de los derechos de la persona.

El elemento conceptual material de los derechos humanos, cual sea, la dignidad humana y todos los derechos básicos que pueden ser reconocidos directamente desde el reconocimiento de la propia dignidad de todos los seres humanos, si se adopta autónomamente, se convierte en el concepto material de los derechos humanos³⁸³. Ese concepto puramente material, que es independiente de cualquier verificación consensual o política, se aproxima mucho a la idea de los principios éticos mínimos que deben ser

³⁸² Cfr. Gonzalo Aguilar Cavallo: «El diálogo judicial multinivel», en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, editado por Humberto Alcalá Nogueira, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013, p. 75.

³⁸³ En la doctrina especializada en el estudio de los derechos humanos, la dignidad humana funciona doblemente como fundamento de esos derechos y como elemento de su definición. Cfr. Víctor Bazán: «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 11, n. 2, 2005, p. 578.

reconocidos en toda relación humana. Efectivamente, esa acepción material de los derechos humanos es responsable de posiciones doctrinarias como la de Amartya Sen, que reduce la idea de derechos humanos a «*vigorous pronunciamientos éticos*», que funcionarían como «*invitaciones a iniciar una nueva legislación*».³⁸⁴

Sin embargo, los derechos humanos no se limitan a ser un grupo de pronunciamientos éticos. Si meramente lo fuesen, carecerían de sentido jurídico. Efectivamente, las normas de derechos humanos pueden coincidir con las normas éticas si estas normas son consecuencias lógicas inmediatas del reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos y si estas normas, que subjetivamente son llamadas derechos, son también parte de un consenso jurídico trasnacional y transcultural que les atribuye validez universal.

Ponemos de relieve que ese consenso sobre los derechos humanos —y sus valores elementales— no es meramente cultural, moral o religioso, sino propiamente jurídico. Con eso queremos decir que el valor de la dignidad humana y sus valores corolarios son valores jurídicos porque los Estados, las personas, las entidades nacionales e internacionales y las sociedades políticas en general los reconocen como válidos y exigibles en cuanto normas jurídicas. Por eso, los derechos humanos no son simples principios éticos universales; son, objetivamente, normas jurídicas universales y, subjetivamente, derechos —pretensiones jurídicas *stricto sensu*— de todos los seres humanos.

La existencia del consenso propiamente jurídico sobre los derechos humanos también los distingue de otros supuestos derechos naturales. La idea de un derecho natural se basa en la convicción de que la naturaleza —o Dios— dotó a los hombres de derechos y deberes propios, percibidos *a priori* por obra de la razón natural. En cambio, la idea de los derechos humanos se apoya en la constatación real de que unos derechos básicos son reconocidos por un amplio consenso trasnacional y transcultural y que lo son reconocidos no como normas morales o religiosas, sino como preceptos jurídicos que pueden ser exigidos de todas las entidades políticas y respetados por todas las personas del orbe. Es exactamente esa convicción general de que tales normas son jurídicamente

³⁸⁴ *La idea de justicia*, traducción de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus Pensamiento, 2010, pp. 389-393.

válidas la que confiere carácter jurídico a los derechos humanos y los distingue de los derechos naturales.

Los derechos humanos, para ser reconocidos como tales, deben, además de ser reconocidos *por* casi todas las sociedades políticas, también ser aplicables *para* todas esas sociedades. O sea, no basta que todos o casi todos los Estados y sujetos internacionales reconozcan la validez de los derechos humanos en su dimensión objetiva; hace falta que estos derechos sean reconocidos como válidos y eficaces para todos los seres humanos independientemente de las fronteras estatales.

Así, por ejemplo, la aplicación y la defensa de los derechos a la vida, la libertad, la salud, la alimentación y la incolumidad física y moral no pueden depender de donde se encuentre el ser humano a ser protegido. Todo ser humano debe poder gozar esos derechos adonde quiera que vaya y de dondequiera que provenga. En este sentido, el elemento territorial universal debe ser considerado el tercer elemento conceptual de los derechos humanos.

De esa manera, sumando esos elementos conceptuales, podemos definir los derechos humanos como: (a) los derechos básicos atribuidos, por un consenso global (y complementados por consensos regionales y nacionales), (b) indiscriminadamente a (c) todos los seres humanos, que (d) son originados inmediatamente del reconocimiento de la dignidad humana y que (e) son exigibles por todos los seres humanos en todos los sitios en que hay población humana.

El concepto de derecho humano que tratamos aquí de delimitar es un concepto que se cree básico y que, a nuestro juicio, puede ser empleado genéricamente en todas las especies de derechos reconocidos globalmente. Uno de sus elementos conceptuales, como examinamos, es la igualdad en el reconocimiento y el ejercicio de los derechos para todos los seres humanos indistintamente. Ese elemento igualitario, como bien percibió Luigi Ferrajoli, podría conducirnos a la exclusión conceptual de algunas categorías de derechos subjetivos que, muchas veces, son considerados por la doctrina como derechos humanos.

Según el mencionado jusfilósofo italiano, la ciudadanía, a veces, puede ser

declarada como criterio de discriminación jurídica entre los nacionales y los extranjeros, y la capacidad jurídica de obrar en nombre propio también puede excluir muchos incapaces del goce de derechos potestativos, lo que, *per se*, sería una discriminación jurídica en favor de los capaces. A lo mejor, algunos derechos que llamamos de «humanos» puedan tener otro nombre; serían, según Luigi Ferrajoli, «derechos públicos» (cuando les son reconocidos a todos los ciudadanos), «derechos civiles» (cuando les son reconocidos a todas las personas capaces) o «derechos políticos» (cuando les son reconocidos a todos los ciudadanos capaces).³⁸⁵

Un pensamiento semejante al de Ferrajoli también fue sostenido por Konrad Hesse, para quién, desde la perspectiva constitucional positiva alemana (y con base en la definición normativa de nacionalidad expresa en artículo 116 de la Ley Fundamental), los derechos fundamentales comprenderían dos especies diferentes de derechos: por un lado, los derechos humanos, cuya validez no quedaría limitada a un «círculo concreto de personas» (serían, pues, garantizados indistintamente a todos los seres humanos), y, por otro lado, los derechos civiles, que corresponderían solamente a los individuos nacionales.³⁸⁶ En el mismo sentido está la doctrina de Friedrich Müller.³⁸⁷

Si asumimos que los criterios de ciudadanía (o mejor: nacionalidad jurídica, no necesariamente cultural) y capacidad jurídica pueden ser válidamente empleados a fin de excluir la atribución de derechos a algunas especies de seres humanos, estaremos rechazando enteramente no solamente el concepto de derechos humanos que firmamos, sino sus propios fundamentos (en especial, la igual dignidad —valor— de todos los seres humanos). Por eso, por una cuestión lógica, o un derecho es materialmente humano y debe ser gozado por todos los seres humanos en todo el globo terrestre, considerando el hecho de que somos todos nosotros seres humanos, o ese derecho es exclusivo de una clase de personas y, en ese caso, no puede ser considerado como un derecho humano.

³⁸⁵ «I diritti fondamentali», en *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, coordinado por Ermanno Vitale, 3ª ed., Bari, Editori Laterza, 2008, p. 8.

³⁸⁶ *Temas fundamentais do direito constitucional*, selección y traducción al portugués de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 57.

³⁸⁷ Cfr. Friedrich Müller: «*Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept*», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 45.

Con esa constatación, no estamos asumiendo automáticamente toda la taxonomía de Ferrajoli. A nuestro juicio, su clasificación de los derechos parte de un raciocinio lógico y sus premisas no son necesariamente falsas. Sin embargo, al depender de la perspectiva por medio de la cual es estudiado el derecho subjetivo en su plano abstracto, un derecho que estaría reservado a los ciudadanos puede ser *universalizado subjetivamente*, o sea, puede tener su enunciación construida de tal forma que ese derecho sea aplicado en favor de los todos los seres humanos.

Tomamos, como ejemplo, el caso de los derechos políticos. De acuerdo con la perspectiva de Ferrajoli, el derecho de votar en Italia solo puede ser reconocido, hoy, a los italianos (o equiparados por tratados internacionales, como los ciudadanos de la Unión Europea, en algunas situaciones). Así, por ser ese un derecho del que solo gozan los ciudadanos, no sería ello un derecho humano, adoptándose su clasificación de los derechos. No obstante, si enunciamos el mismo derecho no como «el derecho de votar en Italia», sino como «el derecho de votar en un Estado —comunidad política— en que uno sea considerado nacional o ciudadano», ese mismo derecho es formalmente universalizado y puede ser reconocido a todos los seres humanos, desde que todas las personas tengan reconocido el derecho de ser nacional y ciudadano en algún Estado, o sea, desde que les sea garantizado a todos el derecho humano a la nacionalidad y a la ciudadanía.

En el ejemplo que tomamos (el derecho a votar), quizá estamos enunciando no un derecho autónomo, sino un derecho corolario. El derecho principal sería el derecho a participar de la autonomía política de un Estado o una comunidad política. Este derecho más amplio puede asumir varias perspectivas. Hoy, la perspectiva dominante es la que cualifica «un Estado» como «el Estado en que uno es nacional». Posiblemente, en el futuro, cuando la percepción de la identidad de la especie humana se desarrolle todavía más, a lo mejor «un Estado» pueda ser cualificado como «el Estado o comunidad política en que uno vive».³⁸⁸

Ferrajoli diría que el mismo derecho de votar tampoco sería humano en sentido estricto por otro motivo: porque no todos pueden votar, sino aquellos que son capaces de acuerdo con las leyes civiles. Así, si no todos los seres humanos pueden votar,

³⁸⁸ Quizá fuese esta la percepción —y proposición— de John Lennon cuando él compuso su famosa y bella canción *Imagine*.

este no sería un derecho humano. Pero, a nuestro modo de ver, esto también depende de la perspectiva que adoptemos. Si percibimos que el derecho a votar es un derecho que puede ser ejercido por todos los seres humanos en gran parte de sus vidas y que su ejercicio depende solamente del cumplimiento de algunos requisitos específicos y razonables, podemos concluir que este también es un derecho subjetivamente universal, que es atribuido indistintamente a todos los seres humanos.

La exigencia de la igualdad como fundamento y elemento conceptual básico de los derechos humanos nos ofrece otros problemas académicos. Como bien registró Norberto Bobbio en su *L'Età dei Diritti* («La Era de los Derechos»), algunos tratados internacionales reconocen derechos que no parecen ser universales en la definición de sus titulares, puesto que limitan su disfrute a un grupo restringido de personas que se consideran minoritarios, como los niños, los mayores o las personas portadoras de deficiencia.³⁸⁹ El propio reconocimiento de estos derechos perjudicaría, teóricamente, la posición del grupo mayoritario. He aquí un problema que nos impone más dificultad que el anterior. De hecho, ¿cómo es posible compatibilizar la discriminación positiva de algunos grupos con la idea de igualdad en los derechos humanos?

Creemos que esta también es una hipótesis en que la forma de pensar el derecho proporciona soluciones distintas. Debemos percibir que todos los derechos de esos grupos especiales coinciden siempre con alguna forma de los derechos «genéricos». Así, el derecho de la persona portadora de deficiencia a obtener del Poder Público obras y servicios que les proporcionen mejor movilidad en la ciudad es, en gran medida, un derecho corolario del derecho de locomoción, de su libertad de ir y venir. Ese último derecho es el mismo para todos los seres humanos, y los beneficios reconocidos a los minusválidos son medios por los cuales todos puedan ejercer su libertad de locomoción de la mejor forma posible.

Igualmente, el derecho a tratamientos de salud prioritarios de los mayores es una forma que asume el derecho a la salud, pues se fundamenta en la suposición de que las personas mayores tienen una salud más frágil y, por eso, para que puedan gozar de su derecho a la salud de forma casi tan eficaz como los adultos en general, deben recibir un

³⁸⁹ Podríamos aquí añadir a las mujeres que, rigurosamente, no son un grupo minoritario, sino un grupo de género.

servicio especial de los poderes públicos.

De la misma forma, los derechos especiales de los niños les son atribuidos porque parten del supuesto de que los niños son personas más vulnerables que los adultos. De esta manera, todos sus tratamientos privilegiados tienen el propósito de garantizar a los niños un nivel de disfrute de los derechos humanos proporcional al nivel que es disfrutado por los adultos.

En el mismo sentido, y de forma todavía más evidente, los derechos políticos especiales reconocidos a las mujeres se justifican en la medida en que les proporcionan un disfrute del derecho a la participación política en el mismo nivel que es disfrutado por los hombres.

En todos esos casos mencionados que legitiman el reconocimiento de derechos humanos «especiales», está presente el elemento de la vulnerabilidad —real o potencial— que justifica el establecimiento de discriminaciones positivas, en favor de la «igualdad como resultado» en la garantía de los derechos humanos.

Al filósofo argentino Carlos Santiago Nino también le parece que esos ejemplos de derechos humanos que demandan condiciones especiales para su ejercicio no descalifican el universalismo y la igualdad que se encuentran en el concepto de derecho humano. Todos esos derechos serían «especiales o instrumentales» en contraposición a los derechos más «fundamentales y genéricos». Así, por ejemplo, cuando un enfermo goza de cuidados especiales de salud, tales cuidados son una aplicación especial del derecho general a la salud; a su vez, cuando una persona recibe una pensión especial debido a la senectud, tal sería una aplicación emanada del derecho más básico a la subsistencia.³⁹⁰ En esas hipótesis mencionadas por Santiago Nino, tenemos los derechos humanos «genéricos» que se reconocen a todos (en los ejemplos, el derecho a la salud y el derecho a la subsistencia) y los derechos humanos «instrumentales», que concretizan los derechos genéricos en esas situaciones especiales.

Es fácil averiguar, en todas las hipótesis que citamos anteriormente, que el beneficio gozado por un grupo de personas está justificado por la propia noción de

³⁹⁰ Cfr. Carlos Santiago Nino: ob. cit., pp. 42-43.

igualdad en el goce de los derechos humanos. Si todos los seres humanos tenemos el mismo valor, todos tenemos que disfrutar de una forma semejante los mismos derechos básicos. De esa manera, si un grupo de personas está en una situación que le desfavorece en el disfrute de algún derecho básico, es jurídicamente debido el impulso estatal que trate de mejorar la situación de los desfavorecidos. Pero ese impulso debe ser proporcional a la desigualdad. Si el beneficio supera la medida necesaria para la equiparación de situaciones, el mismo se deslegitima como instrumento o resultado de la implementación de los derechos humanos.

3.3 Los principios, valores y características de los derechos humanos

Los derechos humanos son identificados también por los principios, valores y características que concretizan, los cuales, por supuesto, están conectados íntimamente con el fundamento material de los derechos humanos, la dignidad humana. *Grosso modo*, esos «principios, valores y características» de los derechos humanos ya están contenidos en su propio fundamento material y en su concepto. De hecho, desdoblado lógicamente el concepto de derechos humanos que ya ha sido anunciado, alcanzaremos las características y los principios que pasaremos a exponer.

3.3.1 La inherencia de los derechos humanos

Conforme hemos dicho, los derechos humanos son materialmente fundamentados en la dignidad que es inherente a todos los seres humanos; por consiguiente, los propios derechos humanos son considerados inherentes a todos los seres humanos, como está reconocido en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁹¹.

³⁹¹ Cfr. Carlos Weis: *Direitos humanos contemporâneos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 162-163.

En razón de la inherencia de los derechos humanos, el deber de respeto a los seres humanos y a sus derechos básicos no depende de la búsqueda de cualquier razón que no sea la propia naturaleza humana. Luego, no hay motivos para cuestionar si una persona es o no portadora del derecho humano; ella lo es por el simple hecho de ser humana. Tampoco se puede cuestionar si un derecho humano permanece existente o no, ya que tal derecho no debe desaparecer bajo ninguna circunstancia, es decir, no se puede cogitar en la existencia de hechos extintivos de los derechos humanos.

Igualmente, considerando la inherencia de los derechos humanos, en principio, no es posible exigir hechos jurídicos como fundamento causal del surgimiento de esos derechos.

Por supuesto, cuando sea el caso de los derechos políticos (en especial, del derecho de votar y de ser elegido por voto popular) o de derechos civiles de ejercicio profesional, entre otros, el goce del derecho parece depender de circunstancias concretas, como la edad, la capacidad civil para contratar etc. De esos problemas teóricos ya hablamos cuando expusimos las críticas terminológicas de Ferrajoli. Sin embargo, aun en esos casos, no se puede decir que los derechos humanos surgieron del hecho concreto. Los derechos humanos nacen con la existencia humana, aunque el modo del ejercicio de esos derechos quede normatizado —y a lo mejor condicionado— por la legislación. Las leyes deben reconocer esa inherencia de los derechos humanos y no pueden establecer condiciones y límites para su ejercicio que terminen por sujetar el goce de los derechos humanos a circunstancias que no se justifican en los propios derechos humanos y en la maximización de su eficacia.

3.3.2 La universalidad subjetiva de los derechos humanos

La consecuencia obvia de la inherencia de los derechos humanos es que todos los seres humanos están dotados de esos derechos básicos. De hecho, si la existencia de los derechos humanos es inherente al ser humano, todos los seres humanos (hombres o mujeres, nacionales o extranjeros, personas libres o personal encarceladas etc.) deben ser

igualmente titulares de los derechos humanos, no siendo posible cualquier exclusión o discriminación en la definición de los titulares de los derechos humanos.³⁹²

El carácter universal de los derechos humanos (la universalidad subjetiva así como la universalidad territorial, que examinaremos a continuación) fue reconocido en el párrafo segundo de la Proclamación de Teherán de 1968³⁹³, extraída de la 1ª Conferencia Mundial de Derechos Humanos, y fue reafirmado en la Declaración de Viena de 1993, extraída de la 2ª Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En el primer párrafo de la Declaración de 1968, está dicho expresamente que el «*carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas*».³⁹⁴ Ese universalismo está explícita o implícitamente reconocido en todos los documentos internacionales que tratan de los derechos humanos, puesto que está en el centro de la doctrina de los derechos humanos y revela el valor de la igualdad en todos los sistemas jurídicos fundados en el respeto fundamental a la dignidad humana.

La universalidad subjetiva de los derechos humanos todavía encuentra obstáculos en muchos sistemas constitucionales que diferencian a los nacionales y los extranjeros en el goce de los derechos humanos.

En Europa, tenemos una especial situación en que los ciudadanos «comunitarios» (pertenecientes a algún Estado que participa de la Unión Europea) gozan de los mismos derechos básicos que gozan los nacionales, mientras que los demás extranjeros (principalmente los «no residentes» o los «en situación irregular», «sin papeles») están desprovistos de algunos de esos derechos. Esa discriminación oficial de los Estados europeos ganó fuerza sobre todo con la crisis económica mundial que empezó en 2008, la cual exhibió los desequilibrios fiscales y presupuestarios en el continente europeo.³⁹⁵

³⁹² Cfr. Carlos Weis: ob. cit., p. 165.

³⁹³ El texto de la Proclamación de Teherán (1968) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/l2ptichr.htm>>. Fecha de acceso: 15.5.2012.

³⁹⁴ El texto de la Declaración de Viena (1993) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso: 14.5.2012.

³⁹⁵ Un caso paradigmático es el español. En abril de 2012, el gobierno de Mariano Rajoy, a fin de arreglar el déficit presupuestario de su gobierno, decidió negar a los extranjeros en situación irregular el acceso a los servicios públicos de salud. Tal decisión política fue noticiado por El País, en la edición de 20 de abril de

A pesar de la crisis económica, los movimientos en defensa de los derechos humanos continúan luchando en favor del goce por los extranjeros de los mismos derechos básicos asegurados a todos los ciudadanos. Reconociendo la necesidad de protección de los derechos de los extranjeros, que no deben estar condicionados a factores económicos, recientemente (en 2013), la Corte Constitucional de Italia divulgó dos importantes precedentes jurisprudenciales en los que declaró la inconstitucionalidad de leyes regionales (de Bolzano y Calabria) que excluían a los extranjeros «no comunitarios» del goce de derechos sociales, como las prestaciones de asistencia social.³⁹⁶

Ciertamente, en las dos sentencias, no avanzaron los magistrados italianos al punto de igualar totalmente los derechos de extranjeros y nacionales, puesto que reconocen la legitimidad de condicionar el goce de algunos beneficios sociales a la legalidad de la situación de residencia del extranjero. Pero, de acuerdo con la corte italiana, la ley no puede establecer la exigencia de tipos específicos de residencia como una condición para la asistencia de inmigrantes que se encuentran en situaciones de especial necesidad y vulnerabilidad.

La discriminación contra los extranjeros en el aseguramiento de los derechos básicos no es una exclusividad de las naciones europeas. Incluso un país multicultural y formado por inmigrantes, que ha crecido económicamente mucho en la última década, como la República de Brasil, ha encontrado dificultades en garantizar todos los derechos humanos a los extranjeros vulnerables, como quedó demostrado en una acción civil enjuiciada por la Fiscalía Federal brasileña contra el gobierno federal, motivada por la ausencia de asistencia material y las amenazas de expulsión contra los

2012. Vid.: <<http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/20/actualidad/1334935039248897.html>>. Fecha de acceso: 25.1.2012. Como bien ha señalado Irene Sobrino Guijarro, antes de esa reforma (efectuada por el Decreto-ley 16/2012), todos los extranjeros que estaban inscritos en el padrón del municipio donde residían habitualmente tenían derecho a obtener asistencia sanitaria del Estado; después de la reforma, los extranjeros sólo recibirán asistencia sanitaria cuando estén registrados como residentes en España. Para Sobrino Guijarro, las normas del Decreto-ley 16/2012 posiblemente violan diversas normas internacionales de derechos humanos que están integradas en el sistema constitucional español. Cfr. Irene Sobrino Guijarro: «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, v. 3, n. 2, 2013, pp. 127-155.

³⁹⁶ Hacemos aquí referencia a las sentencias 2 y 4 de 2013 de la Corte Constitucional de Italia. Los textos de esas sentencias están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionIndiciAnnuale.do>>. Fecha de acceso: 25.1.2013.

inmigrantes haitianos que huían de su tierra natal después del terremoto de 2010.³⁹⁷

Esos y otros ejemplos diarios de falta de respeto a los derechos humanos de los inmigrantes han encontrado resistencia en los tribunales regionales e internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana, que, en la opinión consultiva 18, de 2003, ha reconocido el deber de los Estados americanos de respetar a todos los derechos humanos (en el caso, especialmente el derecho al trabajo) de los extranjeros inmigrantes, incluso los indocumentados.³⁹⁸

3.3.3 La universalidad territorial (o transnacionalidad) de los derechos humanos

Las normas de derechos humanos, por representar un consenso global de respeto a los seres humanos y de atribución mínima de derechos subjetivos a todos ellos, deben ser consideradas normas vigentes en todo el mundo. De esta manera, independientemente de la ubicación de una violación de los derechos humanos, esa violación debe ser reprimida (incluso criminalmente) y los derechos violados deben ser restablecidos, no importando el contexto normativo del Estado en que se originó tal ofensa. En ese sentido, los derechos humanos son transnacionales, ya que su fundamento de validez y su exigibilidad no obedecen a los límites territoriales de los Estados.

La universalidad territorial de los derechos es especialmente importante en la protección de los refugiados y migrantes. En virtud de esa universalidad, los derechos humanos no pueden ser rechazados por medio de la aplicación de criterios territoriales, ni siquiera por el posible ingreso ilegal del migrante en el país extranjero (el caso de los migrantes llamados «ilegales», o indocumentados), como ya reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18, de 17 de septiembre de 2003.

³⁹⁷ El mencionado proceso judicial fue noticiado por diversos periódicos brasileños. Vid., por todos: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-01-26/mpf-quer-que-governo-reconheca-condicao-de-refugiados-haitianos-que-chegam-ao-brasil>>; Fecha de acceso: 25.1.2013.

³⁹⁸ La opinión consultiva 18/2003, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Fecha de acceso: 25.2.2013.

En el mundo real, el universalismo territorial de los derechos humanos puede parecer una fantasía jurídica ajena a la realidad de los sistemas políticos. Está claro que los derechos humanos no son respetados igualmente en todos los Estados y, en cada Estado, el respeto a los derechos de los nacionales no es igual al respeto a los derechos humanos de los extranjeros. Ese hecho, no obstante, no es una demostración de la inexistencia del universalismo territorial de los derechos humanos; simplemente es una demostración de las violaciones de los derechos humanos que todavía se encuentran en casi todos los países.

Finalmente, es menester resaltar, como bien lo hace Frans Viljoen, que la universalidad de los derechos humanos no debe significar, necesariamente, la uniformidad de los derechos humanos.³⁹⁹ Reconocer que los derechos humanos deben ser garantizados universalmente no significa que los derechos humanos deban ser aplicados de manera absolutamente uniforme, sin considerar los contextos culturales (y también sociales, políticos y económicos) de cada Estado y cada región. Examinaremos esa apertura cultural de los derechos humanos posteriormente.

3.3.4 La indivisibilidad, unidad e interdependencia de los derechos humanos (y los principios de la coherencia y de la protección integral)

La indivisibilidad, la unidad y la interdependencia son rasgos reconocidos internacionalmente para los derechos humanos; fueron, de hecho, declaradas esas características intrínsecas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena el 1993⁴⁰⁰. Así están reconocidas ellas en la Declaración de Viena⁴⁰¹:

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe

³⁹⁹ Cfr. Frans Viljoen: *International human rights law in Africa*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 7-8.

⁴⁰⁰ Cfr. Jaume Saura Estapà: «La universalització dels drets humans», en *Els Drets Humans al Segle XXI*, ob. cit., p. 125.

⁴⁰¹ El texto de la Declaración de Viena (1993) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>. Fecha de acceso: 14.5.2012.

tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Antes de la Conferencia de Viena, ya en la 1ª Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1968, la unidad e la indivisibilidad de los derechos humanos fueron admitidas y proclamadas cuando se declaró que no es posible resguardar los llamados derechos de libertad sin la protección social, económica y cultural de los seres humanos. Quedó registrado en la Proclamación de Teherán⁴⁰² que:

13. Una vez que los derechos humanos y fundamentales son indivisibles, la realización integral de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es imposible. El alcance del progreso reminiscente en la implementación de los derechos humanos depende de efectivas políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social; (...)

Debido a su indivisibilidad, los derechos humanos no pueden ser separados, divididos en pretensiones jurídicas aisladas. Cualquier división teórica (como la que clasifica los derechos como civiles, políticos, económicos, sociales, culturales etc.) es artificial y solo está justificada académicamente, a fin de hacer didáctico el estudio de los derechos. Rigurosamente, los derechos humanos son formas de protección integral de los seres humanos y de respeto a la dignidad humana, siendo indivisible esa protección, conforme reconocen las fuentes doctrinarias y las instituciones internacionales. Tal protección integral indivisible tiene, otrosí, la función técnica de asegurar la coherencia y la eficacia del sistema protector de los derechos humanos.⁴⁰³

La interdependencia de los derechos humanos (que es una consecuencia lógica de la indivisibilidad) significa que la existencia de cada derecho humano está atada a la coexistencia de otros derechos igualmente importantes. Así, por ejemplo, el derecho a la vida no se puede gozar sin la garantía de los derechos a la alimentación y al agua, pues no se puede concebir y mantener la vida sin los dos. La libertad de expresión, a su vez, tampoco tiene sentido si el individuo no goza de la vida (no hay libertad —o cualquier

⁴⁰² El texto de la Proclamación de Teherán (1968) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/l2ptichr.htm>>. Fecha de acceso: 15.5.2012. Traducción libre.

⁴⁰³ Cfr. Paul Tavernier: «L'indivisibilité des droits de l'homme», en *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. 4, 2009, pp. 143-161.

bien fundamental— sin la vida). Todos los derechos humanos, por lo tanto, están imbricados, no siendo posible una jerarquización *a priori* de ellos.

La indivisibilidad y la interdependencia de los derechos, según explica Jaume Saura Estapà⁴⁰⁴, importan en la imposibilidad de separar, más que por razones pedagógicas, las diversas categorías de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, siendo todos ellos igualmente necesarios en su totalidad, no siendo posible basarse en unos derechos humanos a fin de excusar el respeto de otros. Inversamente, la interdependencia de los derechos humanos señala que los derechos humanos son recíprocamente complementarios, que sus realizaciones dependen de una continua interacción, que sus concretizaciones deben reforzarse mutuamente y no exigir la supresión de cualquier derecho humano.

Son corolarios de la unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos los principios de la coherencia y de la protección integral.

En virtud del principio de la coherencia, los derechos humanos deben ser interpretados y aplicados de forma coherente, compatible, de forma que el goce de un derecho no viole el margen de protección de otro derecho humano.

Por otra parte, debido al principio de la protección integral, todas las normas de derechos humanos deben ser aplicadas *in concreto* de forma que se proporcione al ser humano la más amplia protección de su persona. Así, todos los derechos humanos deben ser sumados y complementados a fin de que tal protección sea la más larga y perfecta posible.

Es bastante evidente que la inexistencia de rangos normativos distintos entre las normas de derechos humanos puede conllevar un problema de prioridad para los Estados en el momento de concretizar esos derechos, principalmente en el caso de derechos considerados «sociales» o «prestacionales», que se desarrollan y se concretizan, ordinariamente, por medio de prestaciones estatales. Por ejemplo, los poderes públicos pueden alegar no tener recursos financieros suficientes para universalizar, simultáneamente y en el corto plazo, los derechos humanos a la salud, a la educación y a la

⁴⁰⁴ Ob. cit., pp. 125-126.

alimentación adecuada de todos los seres humanos que están bajo su protección. En este caso, nos preguntamos: ¿cómo obligar al Estado a priorizar un u otro derecho humano en el corto plazo?

La doctrina de la unidad e indivisibilidad de los derechos no nos ofrece una respuesta a esa pregunta, pero los principios de la coherencia y de la protección integral nos enseñan que, en esos casos y muchos otros, debe el aplicador de los derechos humanos buscar soluciones conciliatorias (que no se resuman al «todo o nada») a fin de buscar, *in concreto*, la máxima protección del ser humano en sus necesidades elementales —que tengan gran urgencia— desde la perspectiva de la finalidad máxima de las normas de derechos humanos, que es garantizar la vida digna a todos los seres humanos.

Según André de Carvalho Ramos, existe otra consecuencia jurídica del principio de la interdependencia de los derechos humanos, cual sea, la necesidad de interpretación integrada de todos los derechos humanos y de todas sus fuentes. De acuerdo con lo que explica Carvalho Ramos, las cortes regionales de derechos humanos deben interpretar y aplicar el programa normativo regional de forma integrada con los tratados globales que también tratan del tema. Eso ya fue reconocido incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se manifestó en el sentido de que sus decisiones y opiniones consultivas deben alcanzar la interpretación de todos los tratados internacionales de derechos humanos (no solo los del sistema interamericano) aplicables a los Estados de la Organización de los Estados Americanos, refutando, en aquel entonces, la posición norteamericana que limitaba el pronunciamiento de la Corte Interamericana a los tratados regionales.⁴⁰⁵

En el sentido mencionado por Carvalho Ramos, la interdependencia de los derechos humanos refuerza la importancia del objeto central de esta tesis doctoral: la integración normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos. Los derechos humanos no pueden ser concebidos, declarados, interpretados, aplicados y garantizados de modo compartimentado. La interdependencia de los derechos humanos demanda el tratamiento integrado de todos los derechos humanos y asimismo de todos los programas normativos que sostienen esos derechos, en los ámbitos locales,

⁴⁰⁵ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 165.

nacionales, regionales y global.

3.3.5 La indisponibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inviolabilidad de los derechos humanos

Los derechos humanos representan un conjunto normativo mínimo de derechos subjetivos de que debe ser dotado todo ser humano en razón de su condición humana. Como conjunto normativo subjetivo mínimo, los derechos humanos no admiten alienación, prescripción o cualquier autorización o justificativa para su violación. Esa es una cláusula fundamental implícita que está presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en todos los tratados internacionales de derechos humanos. Ese rasgo fundamental de todos los derechos humanos fue otrosí proclamado expresamente en la 1ª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán, 1968).⁴⁰⁶

Para André de Carvalho Ramos, la indisponibilidad de los derechos humanos significa su irrenunciabilidad, o sea, significa que su titular (el ser humano) no puede renunciar o disponer del derecho humano, salvo de una forma «manifestada bajo control»⁴⁰⁷. A nuestro juicio, la indisponibilidad del derecho humano significa que el ser humano no puede renunciar al derecho humano, de ninguna forma; pero eso no es lo mismo que le prohibir de ejercer tal derecho de una forma menos amplia que los demás, o sea, todo derecho humano es irrenunciable, aunque su goce pueda ser decidido con libertad por su titular.

El derecho humano, así, aunque sujeto a la mencionada libertad de goce, continua siendo absoluto, incluso cuando su ejercicio no sea considerado total. Por ejemplo, respecto al derecho humano a la integridad, puede su titular disponer parcialmente de la amplitud máxima concreta de su ejercicio (sujetándose, por ejemplo, a un deporte de combate, como el boxeo), pero nunca podrá renunciar al derecho mismo a la

⁴⁰⁶ El texto de la Proclamación de Teherán (1968) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/l2ptichr.htm>>. Fecha de acceso: 15.5.2012.

⁴⁰⁷ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 167.

integridad física y tampoco podrá disponer del núcleo esencial de ese derecho. La forma del ejercicio puede ser manejada y el derecho subjetivo puede aparentar estar sufriendo una disposición voluntaria, pero el derecho en su esencia, el derecho mismo, permanece íntegro y absoluto.

Si el derecho humano no puede ser objeto de renuncia, tampoco puede ser objeto de alienación. La indisponibilidad de los derechos humanos, importa, además de su irrenunciabilidad, su inalienabilidad. Por lo tanto, cualquier contrato, pacto legal u otro instrumento convencional que contenga cláusula de alienación —o renuncia— de un derecho humano es plenamente nulo en ese punto.

Como bien señala Jorge Benavides Ordóñez, la inalienabilidad de los derechos humanos también se justifica por la inmanencia de la dignidad humana en todos los seres humanos, o sea, *«la inalienabilidad debe ser comprendida en términos de que esta va unida a la idea de dignidad humana, es decir inherente a la condición de persona y como tal nadie puede ser privado de la condición de portador de derechos»*.⁴⁰⁸

Si el ejercicio del derecho humano no puede causar, en hipótesis ninguna, su renuncia o alienación —o sea, su disposición—, la ausencia de su ejercicio tampoco puede generar la prescripción del derecho. Un derecho subjetivo común es objeto de prescripción cuando su titular deja de ejercerlo por un tiempo suficiente para que el propio derecho desaparezca o sufra un cambio de titularidad. En esos casos, la ausencia del ejercicio del derecho es interpretada como un asentimiento del titular en su disposición. Pero como los derechos humanos son indisponibles, la inercia del titular no significa nada; el paso del tiempo no puede reducir el ámbito de protección de los derechos humanos. Así, cualquier ley o acto normativo que establezca la prescripción de un derecho humano es absolutamente nulo.

Finalmente, el carácter inviolable de los derechos humanos debe ser traducido en la imposibilidad de reducción o eliminación de esos derechos.

En su núcleo esencial, un derecho humano es absoluto, en el sentido de que no puede ser reducido más allá de los límites del núcleo. Hoy, el carácter absoluto e

⁴⁰⁸ Cfr. Jorge Benavides Ordóñez: ob. cit., p. 57.

inviolable del derecho humano en su núcleo esencial está reconocido expresamente en el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual impone que cualquier restricción a los derechos humanos debe respetar el contenido esencial de esos derechos, es decir, ese contenido esencial de los derechos no puede sufrir cualquier restricción; de lo contrario, el propio derecho humano podrá ser considerado violado en su esencia.

Reconocer la inviolabilidad de los derechos humanos no significa que ellos no puedan ser limitados cuando están en confrontación dos o más derechos humanos, siendo esta una situación en la que pueden ser manejados métodos de solución de conflicto normativo (las técnicas de protección nuclear, de proporcionalidad etc.). Los derechos humanos son expansivos, en el sentido de que su ejercicio puede ser maximizado siempre y cuando no encuentre contradicción práctica en otro derecho humano. Cuando tiene lugar ese conflicto, el derecho humano puede ser limitado hasta la frontera de su núcleo esencial, pero no allende. Dentro de la moldura mínima del derecho humano, este es absoluto, inviolable, y no puede ser reducido, de lo contrario estaría siendo negada la existencia del propio derecho humano en cuanto derecho subjetivo del cual es titular todo ser humano.

3.3.6 El principio de la apertura cultural/nacional (multiculturalidad) y el margen nacional de apreciación

Debido al principio de la apertura cultural y nacional (o multiculturalidad), los derechos humanos deben ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta el contexto cultural en que se hace la aplicación, posibilitando una apertura hermenéutica a las diversas posibilidades de interpretaciones disponibles en los contextos regionales, nacionales y locales, con la condición de que sea respetado el núcleo básico y universal del derecho a ser interpretado y aplicado. Por supuesto, ese principio debe ser ponderado con la exigencia de la universalidad territorial de los derechos humanos, o sea, con la demanda de reconocimiento de un núcleo de derechos básicos equivalentes (aunque no

«uniformes») a todas las personas en todo el mundo.

Es importante percibir que la multiculturalidad y la universalidad no se excluyen mutuamente, pero deben ser compatibilizadas. Los derechos humanos pueden ser considerados universales en el sentido de que benefician indistintamente a todos los seres humanos del planeta y de que son exigibles en todos los lugares del mundo, pero las normas de derechos humanos pueden muy bien ser interpretadas y aplicadas considerando el contexto cultural de la realidad local (lo que ocurre, como regla, en todos los casos de interpretación y aplicación de normas jurídicas, en que el hermeneuta interpreta el programa normativo —el texto— teniendo en cuenta el ámbito normativo —el contexto— local y actual).

La necesidad de respeto a la apertura cultural en el sistema de protección de los derechos humanos fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awás Tingni*, en el voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli⁴⁰⁹. Transcribimos aquí el párrafo 14 del mencionado voto:

14. En efecto, muchas son, en nuestros días, las sociedades multiculturales, y la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. Del mismo modo, consideramos que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado «relativismo» cultural.

La multiculturalidad de los derechos humanos también autoriza que haya un espacio de conformación normativa de las sociedades políticas estatales en la creación de las políticas de implementación de los derechos humanos. No hay una única vía de realización de los derechos humanos. El mismo resultado de aseguramiento de la vida, la incolumidad física y psíquica, la alimentación, el agua, la salud etc. a todos los seres humanos puede alcanzarse por diferentes políticas públicas, las cuales dependen de la

⁴⁰⁹ El voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli en el caso *Awás Tingni* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. Fecha de acceso: 23.5.2012.

construcción de consensos locales, basados en las particularidades culturales, sociales y económicas.

Desde la perspectiva de la apertura cultural y nacional de los derechos humanos, y reconociendo que esos derechos pueden ser concretizados de diferentes formas en compatibilidad con los diferentes contextos locales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concibió la doctrina del «margen nacional de apreciación», una doctrina muy controvertida que, como bien ha advertido André de Carvalho Ramos, puede ser empleada indebidamente a fin de menoscabar la necesaria eficacia normativa de los derechos humanos y su carácter universal.⁴¹⁰

La noción del margen nacional de apreciación no está expresa en el CEDH. Según Howard Charles Yourow, su origen histórico estaría relacionado con la doctrina francesa del «marge d'appréciation» que fundamentaría un margen de discrecionalidad para los actos y decisiones del derecho marcial. En el ámbito del sistema regional europeo, la primera mención al «margen de apreciación» se encontraría en un informe de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, de 1958, sobre los casos *Chipre (Grecia vs. Reino Unido)*, en que se discutía la aplicación del artículo 15 del CEDH, que trata de las derogaciones en casos de Estado de excepción.⁴¹¹ Aunque sea la doctrina del margen de apreciación más conocida, hoy, en el sistema europeo de derechos humanos, ella está siendo aplicada, según Andrew Legg, en diversos ámbitos del sistema internacional de derechos humanos.⁴¹²

De acuerdo con la doctrina del margen de apreciación, existe un espacio nacional de conformación normativa en la interpretación y aplicación de las normas internacionales —y regionales— de derechos. Dentro de esa moldura normativa —usando el lenguaje kelseniano— le sería posible al Estado nacional decidir la mejor interpretación y forma de aplicación de los derechos humanos, sin que sea posible a una autoridad global o regional —como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— revisar la opción hermenéutica estatal.

⁴¹⁰ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., pp. 92-99.

⁴¹¹ Cfr. Howard Charles Yourow: *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 13-16.

⁴¹² Cfr. Andrew Legg: *The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 26-36.

A juicio de Carvalho Ramos, el TEDH utilizó la doctrina del margen de apreciación para decidir muchos casos importantes en favor de la interpretación nacional de la norma derecho humano, autolimitando su poder de conferir una interpretación más ampliativa del ámbito de protección del derecho humano. Entre otros, Carvalho Ramos cita los casos *Handyside* (respecto a la publicación de un libro considerado obsceno en el Reino Unido), *James* (sobre el «*Leasehold Reform Act*», que establecía la desapropiación de la propiedad arrendada), *Mellacher* (respecto a la legislación austríaca que imponía límites a los alquileres), *Engel* (acerca de la legislación militar que punía los responsables por libros considerados subversivos) y *Cossey* (sobre el derecho de los transexuales a alterar la información sobre el género en el registro civil). En todos esos casos, la Corte Europea manejó la doctrina del margen nacional de apreciación en vez de avanzar en la jurisprudencia de extensión de los derechos humanos.⁴¹³

La doctrina del margen nacional de apreciación, que funciona como un verdadero instrumento de *self-restraint* de la Corte Europea, fue reafirmada por los Estados que componen el Consejo de Europa en la Declaración de Brighton, de 20 de abril de 2012⁴¹⁴. En esa declaración, los Estados convienen que:

La jurisprudencia de la Corte esclarece que los Estados Partes gozan de un margen de apreciación en como ellos aplican e implementan la Convención, dependiendo de las circunstancias del caso y de los derechos y libertades en juego. Eso refleja que el sistema de la Convención es subsidiario para la salvaguardia de los derechos humanos en el nivel nacional y que las autoridades nacionales están, en principio, mejor posicionadas que una corte internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. El margen de apreciación va sincronizado con la supervisión del sistema convencional. A ese respecto, el papel de la Corte es revisar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con la Convención, llevando debidamente en consideración el margen de apreciación del Estado.

Arrimadas en la Declaración de Brighton, los Estados del Consejo de Europa decidieron reafirmar la doctrina del margen nacional de apreciación, fundamentándola en el principio de la subsidiariedad, y así aprobar el Protocolo 15 del CEDH, de 16 de mayo de 2013⁴¹⁵, que añadió al final del preámbulo del convenio el

⁴¹³ Cfr. idem, ibidem.

⁴¹⁴ El texto integral de la Declaración de Brighton está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>>. Fecha de acceso: 17.5.2012. Traducción libre.

⁴¹⁵ La versión en inglés del Protocolo 15 está disponible en la siguiente página electrónica: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2012\)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2012)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)>. Fecha de

siguiente párrafo:

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primaria de garantizar los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y que, al hacerlo, disponen de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción supervisora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido en la presente Convención, (...) ⁴¹⁶

La teoría del margen de apreciación ha ganado espacio en la jurisprudencia constitucional de algunos países. En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha mencionado expresamente esa teoría; no lo hizo para desautorizar el propio sistema europeo (o la jurisprudencia europea) de derechos humanos, sino para resaltar que hay varias vías de integración nacional de las normas del CEDH y la jurisprudencia del TEDH, así que esa integración puede ser realizada con atención a los contextos propios de la sociedad y del Estado que aplica la norma jurídica. Así está registrado en la sentencia 264/2012 de la Corte italiana:

La mención al «margen de apreciación» nacional —elaborado por el Tribunal de Estrasburgo, y relevante como una moderación a la rigidez de los principios formulados en el ámbito europeo— debe estar siempre presente en las evaluaciones de esta Corte, que no olvida que la tutela de los derechos fundamentales debe ser sistémica y no fraccionada en una serie de normas coordinadas y en potencial de conflicto entre ellos.

4.2. Definitivamente, si, como se ha afirmado muchas veces esta Corte (sentencias n. 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007), el juez de la ley no puede sustituir la interpretación de una disposición de la Convención firmada en un caso por el Tribunal de Estrasburgo, superando así los límites de su propia competencia, en violación de un compromiso firmado por parte del Estado italiano con la firma y ratificación, sin la colocación de las reservas, de la Convención, pero puede evaluar cómo y en qué medida la aplicación del Convenio por el Tribunal Europeo se inscribe en el orden constitucional italiano. La norma del TEDH, en el momento en que se integra al primer párrafo del art. 117 de la Constitución, como una norma interpuesta, se convierte en un objeto de ponderación, de acuerdo con las operaciones ordinarias en que esta Corte es llamada en todos los juicios de su competencia (sentencia n. 317, 2009). Tales operaciones no significan la afirmación de la primacía del orden nacional, pero sí la integración de la tutela. ⁴¹⁷

El principio del margen nacional de apreciación también estuvo reconocido en algunas manifestaciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos

acceso: 13.8.2013.

⁴¹⁶ Traducción libre de este autor.

⁴¹⁷ Traducción libre de este autor.

Humanos, como, por ejemplo, en la opinión consultiva 4/84, que trató de una consulta solicitada por el Estado de Costa Rica respecto a los límites constitucionales posibles en el tema de las condiciones para la naturalización de extranjeros. Así está registrada la mención a la expresión en el párrafo 62 de la OC 4/84:⁴¹⁸

Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.

Como veremos posteriormente (y como quizá percibió la Corte Interamericana en la OC 4/84), aunque sea aplicada rígidamente, la doctrina del margen de apreciación puede chocar con el principio *pro homine* (o *pro persona*). La interpretación nacional no siempre es la más expansiva del ámbito de protección del derecho humano; por lo tanto, optar por la interpretación local puede significar rechazar la opción hermenéutica maximizadora del derecho. Cuando eso pasa, surge la duda sobre si la tolerancia con la interpretación nacional no limita de forma inadecuada el carácter universal de los derechos humanos.

El empleo de la doctrina del margen de apreciación también puede tener otro efecto polémico: la jerarquización de los derechos humanos. De hecho, en muchos casos, el TEDH aplicó esa doctrina de una forma que da lugar a teorías sobre derechos «preferenciales», «especialmente protegidos», «prioritarios».⁴¹⁹ Cuando la doctrina del margen de apreciación es utilizada con tal intención, puede colisionar con los principios de la unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Por tales razones, pensamos que la doctrina del margen de apreciación nacional debe tener su aplicación muy reducida y solo debe ser admitida como medida necesaria de respeto al carácter multicultural de los derechos humanos y cuando hay dos o más opciones igualmente adecuadas de interpretación y aplicación del derecho humano,

⁴¹⁸ El texto de la opinión consultiva 4/1984 de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Fecha de acceso: 9.2.2014.

⁴¹⁹ Cfr. Howard Charles Yourow: ob. cit., pp. 188-193.

principalmente cuando están en confrontación, en el caso concreto, dos o más derechos humanos (que no pueden, *en principio*, ser objeto de cualquier jerarquización). No nos parece, sin embargo, que deba la doctrina del margen de apreciación nacional ser un instrumento de la *selectividad* de los derechos humanos, o sea, no puede tal doctrina ser invocada a fin de negar la protección de los derechos humanos contra actos estatales (o protegidos por el Estado) que atentan contra el ámbito necesario de tutela de los derechos humanos.

3.3.7 El principio de la igualdad

La igualdad debe ser considerada el comienzo y el fin de los derechos humanos. En cuanto comienzo, la igualdad es fundamento de los derechos humanos, en el sentido de que asume que todos los seres humanos tienen el mismo valor fundamental. En cuanto fin, la igualdad se traduce tanto en isonomía formal, en el sentido de que dota a todos los seres humanos de los mismos derechos básicos.

Entendida como isonomía material, la igualdad nos obliga a equiparar las condiciones básicas de todas las personas en el goce de los derechos humanos. En ese sentido, la igualdad es un importante fundamento para los derechos humanos reconocidos a los niños, los ancianos, las personas portadoras de discapacidad, las mujeres y otros grupos que demandan una atención niveladora especial de la sociedad y del Estado.

La isonomía material también fundamenta la exigencia de la justicia distributiva en el reparto de los bienes básicos que son objeto de los derechos humanos. Esto está así reconocido en el prólogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes⁴²⁰:

La afirmación de que no hay libertad sin igualdad sigue vigente. El valor de la igualdad es una condición de la libertad. Pero está lejos de las mentes de nuestro tiempo el igualitarismo sin matices. La justicia distributiva ha de tener como objetivo el igual acceso de todos a los bienes más básicos. A eso le llamamos «igualdad de oportunidades», «igualdad de capacidades» o, sencillamente,

⁴²⁰ Cfr. tópico «Valores», «Igualdad», de la DUDHE.

«equidad». No se trata de suprimir las diferencias, sino de conseguir que éstas no sean discriminatorias ni excluyentes. Se trata de pensar una igualdad compatible con las necesidades particulares de los distintos grupos. Se trata de señalar a aquellos grupos o pueblos que históricamente han sufrido más discriminaciones y actuar positivamente a su favor.

En cuanto consenso supraideológico, la igualdad como principio básico de los derechos humanos no debe necesariamente significar una adhesión de la política socialista, pero debe significar que el modelo económico libremente elegido por la sociedad y el Estado sea capaz de garantizar a todos los seres humanos el goce mínimo de los derechos básicos reconocidos globalmente como derechos humanos. Al fin y al cabo, el Estado y su orden jurídico deben ser aptos para asegurar a todos el acceso a los «bienes más básicos», ofreciendo a la sociedad un sistema de justicia distributiva que, además de nivelar las oportunidades, acoja a todos los seres humanos en sus necesidades fundamentales.

3.3.8 El principio de la solidaridad y de la inclusión social

La igualdad, en el sentido de isonomía material, debe tomar como base el principio de la solidaridad y debe tener como consecuencia la inclusión social. Por el principio de la solidaridad, todas las personas son responsables colectivamente del respeto y de la implementación de los derechos humanos. Cuando la solidaridad es respetada y todos se esfuerzan para concretizar los derechos básicos de cada ser humano, la inclusión social se produce y el valor de la igualdad queda reafirmado.

Al mismo tiempo, la omisión no está admitida cuando se dirige ella a la violación del derecho humano, es decir, cuando el sujeto omiso colabora, con su omisión, con la producción de la violación. La omisión, en ese caso, es incompatible con el principio de la solidaridad. En una sociedad global basada en la solidaridad, todos son responsables del respeto del derecho humano de cada ser humano, no siendo más admisible la actitud egoísta de inercia ante una violación de los derechos humanos.

La inclusión social, o la búsqueda incesante de esa inclusión, siendo una

consecuencia natural de la solidaridad social y reafirmando el valor de la igualdad, debe ser la misión permanente de los derechos humanos. Si todos los seres humanos tienen la misma dignidad, están dotados de los mismos derechos básicos y deben igualmente ser libres para desarrollar sus personalidades, la sociedad debe ser capaz de incluir social, económica y culturalmente a todas las personas. Así, la exclusión y la marginalización social, económica o cultural son contrarias a la base axiológica que fundamenta y caracteriza la doctrina de los derechos humanos.

La solidaridad, más que ser un simple principio moral, es una norma que originó el surgimiento de las sociedades y que, pese a todas las oposiciones que ha enfrentado en los últimos siglos, las debe continuar guiando como principio rector, siendo considerada asimismo un principio jurídico. Reconocida internacionalmente, en los medios políticos, jurídicos y académicos, la solidaridad fue reconocida en la Declaración del Milenio (2000), emanada por la Organización de las Naciones Unidas, como valor fundamental para la construcción de la sociedad internacional del siglo XXI.⁴²¹

Trascribimos la Declaración del Milenio⁴²²:

6. Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI:

- La solidaridad. Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados.

Solidaridad e inclusión social también están así definidas en el prólogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes⁴²³:

⁴²¹ Los «Objetivos del Milenio» enunciados en la mencionada declaración no son más que metas para la implementación efectiva real de los derechos humanos ya reconocidos globalmente (y que siguen sin su implementación total). En ese sentido, vid. Salil Shetty: «Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: oportunidades para los derechos humanos», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 2, 2005, pp. 11-14; y Fateh Azzam: «Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 2, 2005, pp. 23-37. Por lo tanto, la propia Declaración del Milenio puede ser considerada, ella misma, una declaración de derechos humanos.

⁴²² El texto de la Declaración del Milenio está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso: 15.5.2012.

⁴²³ Cfr. Tópicos «Valores», «Solidaridad», y «Principios», Principio de la Inclusión Social, en la DUDHE.

Solidaridad

La igualdad entre todos los seres humanos fue la base del valor de la fraternidad proclamado por los revolucionarios franceses. Hoy preferimos hablar de solidaridad, un valor que se afianza a medida que aumenta y se potencia la sensibilidad social entre las personas. El fenómeno de los movimientos sociales materializa la necesidad de movilizarse y organizarse para ejercer la solidaridad y promover actitudes solidarias. Si la equidad es un valor a desarrollar mayormente por las instituciones políticas en cuyas manos están las políticas de justicia distributiva, la solidaridad es un valor que debe desarrollar el individuo. Las políticas públicas tendrán mejores resultados y se ejecutarán mejor si van acompañadas de actitudes solidarias.

(...)

Principio de inclusión social.

Implica no solamente dar garantías de acceso a las oportunidades vitales que definen una ciudadanía social plena en las sociedades de nuestros días, sino también ser aceptado con las propias características, capacidades y limitaciones como un miembro más de aquella sociedad. Este principio tiene carácter universal y, por tanto, inspira también los derechos del sector de personas con discapacidad, independientemente de cuál sea la tipología de la discapacidad y el grado de afectación.

Aunque la solidaridad y la inclusión social sean principios fundamentales de los derechos humanos, ellas no deben representar un rechazo a la libertad y autonomía personal, visto que estos también son valores elementales de los derechos humanos. Como ya hemos explicado, la igualdad y la diferencia son complementarias en la definición del ser humano y su dignidad. Respetar la dignidad humana también es respetar la diferencia de cada uno y respetar los proyectos de vida personales.

El deber de solidaridad y la libertad albergada por la autonomía personal son vectores que muy frecuentemente están en conflicto. Si uno está libre para satisfacer sus propios deseos y desarrollar sus proyectos de vida, dentro de un espacio privado que no puede ser invadido por el Estado —o la sociedad—, preguntase: ¿cómo se le puede obligar a comportarse en favor de otros seres humanos, sacrificando sus propios intereses en beneficio del interés social?⁴²⁴ Eso también lo explicaremos —quizá de forma más apropiada —en el tópico sobre los sujetos pasivos de los derechos humanos (y la eficacia «horizontal» de sus normas).

⁴²⁴ Grosso modo, esa era la cuestión que plantea Robert Nozick, cuando defiende que un ser humano no puede ser sacrificado en beneficio de las demás personas. Cfr. Robert Nozick: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 2001, pp. 93-94, 183-197.

Por ahora, nos basta aclarar que, jurídicamente, la solidaridad opera sus efectos en el espacio público, no en el espacio privado. Como principio moral, la solidaridad se manifiesta en la esfera privada (por ejemplo, en las relaciones privadas de los hermanos); pero, como principio jurídico, la solidaridad se limita a la esfera pública. En esa esfera pública se encuentran los derechos humanos.

La solidaridad que jurídicamente se puede exigir como consecuencia del respeto a la dignidad humana es aquella que exige el goce de los mismos derechos básicos por todos los seres humanos. En atención a la dignidad de la vida humana, a todas las personas les interesa que cada ser humano sea respetado como tal y como le sean asegurados sus derechos básicos. Si ese conjunto de derechos, es decir, el goce de los bienes básicos por las personas, interesa a cada uno y a la sociedad en su totalidad, es evidente que los derechos humanos —y el deber de solidaridad en favor de los derechos humanos— son un conjunto normativo ubicado en la esfera pública. En ese espacio traspersonal, deben ser concretizados los derechos humanos a la alimentación, la salud, la vivienda etc.

Por otra parte, ninguna violación —incluso por omisión— de esos derechos puede ser considerada «privada», en el sentido de que interesa solo al individuo y no a la colectividad. A todos les interesa el respeto a los derechos humanos, así que la solidaridad, en su sentido jurídico, también puede ser exigida en favor de los derechos humanos, en el espacio público, sin que se pueda considerar ofendida la inviolabilidad de la autonomía individual, la cual, dentro de su espacio jurídicamente tutelado, también es uno de los pilares de la doctrina de los derechos humanos.

Evidentemente, en las sociedades políticas actuales, la forma primaria de aplicación e implementación de la solidaridad jurídica está centralizada en el Estado. No obstante, uno de los rasgos mejor definidos de las sociedades llamadas «posmodernas» (o, si se prefiere, de las sociedades descentralizadas) es la difusión de los poderes políticos, sociales y económicos. El Estado no es más el detentor absoluto de esos poderes. Por lo tanto, la solidaridad que acompaña a los derechos humanos tampoco puede quedar limitada al espacio de funcionamiento del Estado; al contrario, el deber de solidaridad en favor de los derechos humanos debe traspasar la esfera estatal que alcanza a todos los sujetos o centros de poder que son aptos para, adecuadamente, colaborar con la

implementación de los derechos humanos. La forma como se concretizan esos nuevos deberes de solidaridad, a su vez, ya pasa a ser un tema de la eficacia de los derechos humanos.

3.3.9 El principio de la primacía de la vida y de la «calidad de vida»

La vida es el presupuesto de todos los derechos humanos; no hay derecho humano sin un ser humano titular del derecho y tampoco hay ser humano sin vida. Por lo tanto, la manutención de la vida debe ser el fin máximo de los sistemas de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, a los sistemas de los derechos humanos no interesa solamente la vida en cuanto supervivencia del ser; importa también la vida digna, con buena calidad.

Una vida sin libertad, sin el respeto a la individualidad, sin cultura, sin el respeto medioambiental y sin la participación social no es una vida «de calidad» y no corresponde a la finalidad de los derechos humanos. Así, la aplicación de los derechos humanos debe seguir no solo el principio de la primacía de la vida, sino también el principio de la calidad de vida.

La primacía de la vida y de la «calidad de vida» está reconocida en el prólogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes. La transcribimos una vez más aquí⁴²⁵:

El valor de la vida siempre ha sido el primero y el más básico. Sin vida, ningún otro valor es sostenible. La paradoja es que las posibilidades de destruir vidas humanas no han decrecido con el tiempo, sino que han aumentado. El desarrollo armamentístico, el afán imperialista de algunos Estados, la incompreensión e indiferencia ante el malestar ajeno, hacen de la vida de las personas uno de los valores más vulnerables. Que aún exista, en algunos lugares, la pena de muerte o las ejecuciones extrajudiciales, que exista el tráfico de personas, y que aún no se haya abolido el hambre y la pobreza extremas muestran la necesidad de seguir insistiendo en el valor de la vida.

⁴²⁵ Cfr. Tópico «Valores», Vida, en la DUDHE.

Por otra parte, si bien el individuo quiere vivir por encima de todo, quiere al mismo tiempo vivir bien, quiere una vida de calidad. El desarrollo científico y técnico, unido al desarrollo económico, puede estar al servicio de la vida humana e incluso no humana, pero también puede desarrollarse en detrimento de dicho valor. La defensa de un medio ambiente sano y equilibrado, la reclamación del derecho a una muerte digna, el valor que damos a la ciudad, ponen de manifiesto que la vida que valoramos hoy es una vida de calidad.

La centralidad de la vida y de la calidad de vida para los sistemas de protección de los derechos humanos importa en su ubicación en el núcleo duro de los derechos humanos⁴²⁶, siendo indiscutible su absoluta intangibilidad contra cualquier forma de limitación por consensos locales. Igualmente, el desarrollo de los derechos humanos — que resulta de su «expansividad»— debe significar el desarrollo de la «calidad» de la vida de los seres humanos.

3.3.10 Los principios-valores de la paz y convivencia (y tolerancia)

Los valores de la tolerancia, de la paz y de la convivencia son fundamentales en la teoría de los derechos humanos. El cosmopolitismo de los derechos humanos presupone la posibilidad de convivencia pacífica de todas las personas, independientemente de las diferencias en materia de religión, cultura, filosofía, etnia, nacionalidad, raza, orientación sexual etc.

La posibilidad de convivencia es indispensable a la sociedad global y depende de acciones de tolerancia por parte de todos los agentes estatales y privados. La tolerancia es la única actitud apta para garantizar la paz entre las personas —y los Estados— y el goce seguro de los derechos humanos por todos.

La convivencia y la paz también son valores expresados en el prólogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE):⁴²⁷

⁴²⁶ Respecto a la teoría del núcleo duro de los derechos humanos, la discutiremos en otro tópico.

⁴²⁷ Cfr. Tópico «Valores», Convivencia y Paz, en la DUDHE.

Convivencia

Ante los brotes reiterados de racismo y xenofobia como respuesta a los crecientes movimientos migratorios, ante el rechazo explícito al que es diferente, ante el fenómeno de los malos tratos que victimizan a las personas más débiles, se pone de manifiesto el valor de la convivencia. Un valor que va más allá que la tolerancia, la cual es una virtud demasiado raquítica para considerarla un valor democrático satisfactorio. Toleramos lo que no nos gusta y nos incomoda, lo que quisiéramos alejar de nuestro lado. La tolerancia nos deja indiferentes ante las distintas formas de vida, no nos pide que las integremos en nuestro mundo ni que las aceptemos. Lo valioso y necesario en estos momentos no es solo tolerar al otro, sino reconocerlo como un igual, aprender a convivir con todo el mundo.

Paz

Las últimas declaraciones de derechos nacieron como reacciones a las terribles guerras y masacres del siglo XX. Sin embargo, ninguna declaración ha conseguido poner fin a las guerras. Los conflictos de hoy son de otro tipo, pero tienden a resolverse igualmente con la violencia y la fuerza. No obstante, el rechazo de los conflictos bélicos ha tomado más cuerpo en las sociedades democráticas. Lo muestran los repetidos actos de desobediencia civil y de objeción de conciencia frente a las obligaciones militares y a la inversión económica en armamento. Se impone el derecho de asilo como un derecho ineludible para quienes tienen que huir de sus países en guerra.

Hoy vinculamos la paz al valor del diálogo, un valor en alza y reclamado reiteradamente. Por encima de la reivindicación de las culturas, las identidades y las lenguas propias, se impone el valor del lenguaje como tal, lo más específico del ser humano, lo que debiera unirnos a todos en una auténtica «comunidad de diálogo».

La paz, ante todo, significa el absoluto rechazo de la guerra y de los conflictos armados. La guerra es odiosa para la doctrina de los derechos humanos porque ofende el bien más precioso de las personas: la vida. Por su parte, la guerra es el sinónimo de la muerte; como ya dijo Hans Kelsen, «*la guerra es un asesinato en masa, la más grande desgracia de nuestra cultura*».⁴²⁸ Por eso, según Voltaire, «*el mayor de los crímenes, por lo menos el más destructivo y, por lo tanto, el más contrario a la finalidad de la naturaleza, es la guerra*».⁴²⁹

Además de eso, la guerra destruye las estructuras institucionales, sociales y económicas necesarias para la implementación de los diversos derechos humanos, como los derechos a la libertad, la salud, la alimentación adecuada y la vivienda, entre otros. Por eso, la guerra debe siempre ser evitada a fin de garantizar la protección de todos los

⁴²⁸ *A paz pelo direito*, traducción de Lenita Ananias do Nascimento, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. XII.

⁴²⁹ *O filósofo ignorante*, traducción del francés al portugués de Paulo Neves, Porto Alegre, L&PM, 2013, p. 74.

derechos humanos que exigen una tutela integrada.

La protección de la vida y de la convivencia pacífica debe ser garantizada por el deber de tolerancia, que se traduce en el deber de todo ser humano (y de todos los Estados y entidades colectivas) de respetar las diferencias individuales o colectivas de las demás personas. Sin embargo, el prólogo de la DUDHE defiende que la noción de la tolerancia sea substituida por el valor de la convivencia, considerando que la *«tolerancia nos deja indiferentes ante las distintas formas de vida, no nos pide que las integremos en nuestro mundo ni que las aceptemos»*.

Creemos que la noción reducida de tolerancia adoptada por la DUDHE es solamente una de las concepciones de tolerancia, la tolerancia en el sentido de *«lo que no nos gusta y nos incomoda, lo que quisiéramos alejar de nuestro lado»*. Ciertamente, esta no es nuestra concepción de tolerancia. En un sentido más amplio, creemos que la tolerancia debe ser comprendida como una actitud de aceptación del «diferente», de no resistencia a la posibilidad de estar equivocado, y de meditar sobre la existencia de otras concepciones de mundo igualmente correctas y válidas, distintas de las nuestras. La tolerancia, en este sentido, es el espíritu democrático de respeto a las creencias, decisiones y concepciones del «otro».⁴³⁰ En esos términos, la tolerancia sí que es un valor fundamental de los derechos humanos.

La tolerancia como respeto a la diferencia es lo que proporciona la vida en común a todos los seres humanos en una comunidad de personas que son «diferentes», pero que son iguales en su humanidad y dignidad. Esto es lo que defiende Michael Walzer⁴³¹:

Como con otras cosas que valoramos, debemos preguntarnos qué es lo que la tolerancia sostiene, cómo funciona; este es precisamente el objeto principal de este ensayo. Aquí solamente quiero sugerir qué sustenta la tolerancia. Sostiene a la vida misma, porque la persecución con frecuencia conduce a la muerte, y también sostiene nuestra vida en común, es decir, las diferentes comunidades en la que

⁴³⁰ Según Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, la consideración racional y tolerante del «otro» define la propia naturaleza y existencia humana. En sus palabras, *«(e)l hombre nació en el día en que “indicó” el otro como teniendo la razón, o “indicó” el camino que otro apuntaba como siendo el bueno, el más corto, (...) (o) en que el otro se esforzó para que sus compañeros indicasen “su” camino, sin recurrir a la fuerza»*. Cfr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: *Garra, mão e dedo*, Campinas, Bookseller, 2002, p. 119.

⁴³¹ *Tratado sobre la tolerancia*, traducción de Francisco Álvarez, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998, p. 13.

vivimos. La tolerancia hace posible la diferencia; la diferencia hace necesaria la tolerancia.

En ese sentido más amplio, está reconocida la tolerancia como principio fundamental de los derechos humanos en la Declaración del Milenio (2000). La trasliteramos aquí⁴³²:

6. Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI:

- La tolerancia. Los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No se deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; antes bien, deben apreciar se como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones.

Como queda claro en la Declaración del Milenio, el principio-valor de la tolerancia está íntimamente vinculado al ideal de la multiculturalidad de los derechos humanos. Los derechos humanos no fueron concebidos y conquistados para ser una imposición cultural; todo lo contrario, los derechos humanos fueron erigidos para garantizar la protección de todos los seres humanos independientemente de las diferencias filosóficas, culturales, religiosas, sociales y económicas de las personas y de los pueblos de la humanidad.

La diferencia debe ser respetada; si no lo es, también la autonomía personal queda perjudicada. La tolerancia es necesaria debido a la diferencia y está conectada directamente con el respeto a la autonomía personal, es decir, con la libertad de que cada ser humano debe gozar para ser diferente y desarrollar diferentemente sus personalidades y proyectos de vida.

3.3.11 El principio de la libertad y autonomía

La libertad y la autonomía personal son también principios clásicos de los

⁴³² El texto de la Declaración del Milenio está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso: 15.5.2012.

derechos humanos. El respeto a la diferencia, al «otro» ser humano, determina que reconozcamos y respetemos (y, en el sentido que antes explicamos, toleremos) la individualidad de cada uno, el espacio de decisiones personales que debe estar ajeno a cualquier forma de injerencia social. En la cláusula esencial de respeto al ser humano, debe estar presumido el respeto a ese espacio de autodeterminación personal.

La doctrina de los derechos humanos, de esta manera, no debe representar un obstáculo al individualismo concebido como modo de desarrollo de la personalidad. Este, el libre desarrollo de la personalidad, por sí mismo, es un derecho humano. Así, el Estado, a fin de concretizar los derechos humanos, no debe intervenir en el ámbito de acciones y decisiones íntimas que no interesen a la esfera pública, que no comprometan la implementación de los derechos humanos de las otras personas.

Respecto a la autonomía personal y libertad, está registrado en el prólogo de la DUDHE lo siguiente⁴³³:

Las libertades individuales constituyen el valor máspreciado, más consagrado y más desarrollado en nuestras sociedades. Pero también las libertades se vuelven vulnerables cuando las amenazas de las dictaduras y de grupos terroristas obligan a afianzar la seguridad ciudadana. El valor y la extensión alcanzada por la libertad de expresión, por su parte, chocan con el deber de respetar la intimidad y la imagen de las personas.

A mayor libertad, mayor responsabilidad. El valor de la libertad en las sociedades democráticas y liberales depende de la capacidad de mantener el equilibrio entre las libertades individuales y el resto de los derechos cuya garantía, de un modo u otro, viene a limitar esas libertades. Conseguirlo es ejercer la libertad responsablemente.

El preámbulo de DUDHE subraya la necesidad de que la libertad sea ejercida por los individuos con «responsabilidad». De hecho, todos los derechos humanos deben ser ejercidos con responsabilidad, en el sentido de que no deben ofender los derechos humanos de otras personas.

Los derechos humanos (incluso el derecho a la «libertad») pueden eventualmente chocarse entre sí; cuando eso ocurre, la mejor solución está en encontrar el camino de la máxima protección de los seres humanos (y sus derechos humanos) involucrados, llevando siempre en consideración la primacía de la calidad de vida, o sea,

⁴³³ Cfr. Tópico «Valores», Libertad, en la DUDHE.

de la vida con dignidad. Pero de ningún modo debe la compatibilización de los derechos humanos suprimir la esfera individual fundamental de autonomía personal y el derecho de libre desarrollo de la personalidad y de los proyectos de vida (o sea, de búsqueda propia de la felicidad). El respeto a la libertad y la autonomía personal es indispensable al respeto de la dignidad de todo ser humano.

3.3.12 El valor del conocimiento y de la información

El valor del conocimiento y de la información también está mencionado en el prólogo de la DUDHE como un valor primordial de la doctrina de los derechos humanos⁴³⁴:

La sociedad del conocimiento ha convertido al conocimiento en un valor básico. Gracias a las telecomunicaciones, el acceso a la información, pública y privada, es un bien universalizable. Las innovaciones científicas y el desarrollo tecnológico han de ser accesibles y conocidos por todos los afectados. La educación deja de ser una etapa de la vida para extenderse a lo largo de la vida de las personas. El conocimiento es una condición de la libertad y también de la dignidad e igualdad.

Como está bien esclarecido en el prólogo de la DUDHE, la información y el conocimiento son valores básicos de los derechos humanos.⁴³⁵ Pero no toda información ni todo conocimiento son relevantes para la doctrina de los derechos humanos. Solamente lo son las informaciones y conocimientos de datos de la esfera pública⁴³⁶. De hecho, el

⁴³⁴ Cfr. Tópico «Valores», Conocimiento, en la DUDHE.

⁴³⁵ La valoración de la información y del conocimiento es una consecuencia lógica de la fe humanista en la razón. Como ya hemos explicitado anteriormente, la teoría de los derechos humanos está intrínsecamente vinculada al eje filosófico humanista y una de las premisas fundamentales del humanismo es la fe en la razón. Según dicha premisa, si los seres humanos tienen acceso a las informaciones y a los conocimientos necesarios, ellos emplearán la razón humana a fin de realizar las acciones dirigidas al bien individual y colectivo.

⁴³⁶ Solo las informaciones útiles a la esfera pública deben en principio ser debatidas públicamente y son importantes para la formación de la opinión pública consciente y responsable y para el desarrollo de la razón comunicativa, como bien plantea Jürgen Habermas. La razón comunicativa, en la teoría habermasiana, es un instrumento de legitimación de las decisiones públicas. En las decisiones de la vida privada, sería válido el principio de la libertad y de la autonomía, que excluiría la necesidad de cualquier justificación de las acciones individuales. En la esfera pública, diferentemente, las decisiones serían una expresión de la autonomía pública, que es compartida por los miembros de la comunidad social y política, los cuales necesitan de informaciones válidas para la formación de sus opiniones. De ahí que las decisiones en esa esfera deberían ser deliberadas y justificadas, permitiéndose a todos participar de las

acceso real a los datos de la vida pública propicia el desarrollo de personas en cuanto ciudadanos y sirve a los propósitos de la democracia. Por otra parte, los datos alcanzados por la privacidad e intimidad, al contrario, demandan la protección como elementos que son de la vida privada de los seres humanos.

Otrosí, el conocimiento y la información son extremadamente importantes en materia de comunicación y educación respecto a la propia existencia de los derechos humanos y de los actos de violación de los derechos humanos. En primer lugar, la concienciación de todas las personas (por medio de la educación y de la información) sobre la titularidad y el deber de respeto a los derechos humanos de todos es una importantísima garantía de obediencia futura a las normas de derechos humanos. Si todos saben ser titulares de derechos y saben tener el deber de respeto a los derechos humanos de los otros, la probabilidad de respeto espontáneo de esos derechos es más amplia. Por eso, la educación y la información que tienen como objeto los derechos humanos asumen el propósito de prevenir futuras violaciones de derechos humanos.

En segundo lugar, el conocimiento y la información sobre violaciones de derechos humanos garantizan el control social contra esas violaciones. La protección efectiva de los derechos humanos exige que los actos violadores de derechos humanos sean punidos y que esas puniciones sean informadas a la sociedad.

Si una ofensa a los derechos humanos no es punida, no genera ninguna consecuencia jurídica práctica, su efectividad real y la propia creencia en la existencia de los derechos humanos quedan amenazadas. Así, para que haya punición legal y punición social (rechazo público) contra las violaciones de derechos humanos es necesario de que todos tengan acceso a las informaciones sobre esas violaciones y sobre todas las medidas adoptadas por los entes públicos y privados para punirlas o repararlas.

Es necesario también que la educación básica de todas personas esté comprometida con la trasmisión de conocimiento respecto a los derechos humanos y a sus violaciones. Para que la humanidad esté libre de toda forma de holocausto, genocidio,

discusiones en plena igualdad y de modo informado. De esas discusiones universales deberían emanar las decisiones, que asimismo deberían ofrecer razones que puedan ser aceptadas en común por las partes afectadas. Cfr. Jürgen Habermas: *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 2008, pp. 184-186.

torturas, crímenes de guerra etc., es menester la garantía de la educación en derechos humanos para todos.

3.3.13 El principio *pro homine* o *pro persona*

En el pasado, se entendía que las normas internacionales convencionales, es decir, las normas de los tratados internacionales que crean obligaciones a los Estados, exigirían una interpretación restrictiva, o sea, deberían ser interpretadas respetando máximamente la soberanía de los Estados. Así era el parecer común porque, tradicionalmente, los tratados internacionales estaban motivados únicamente por los intereses propios de los Estados, por la *raison d'État*. Esos intereses serían contrapuestos, así que los tratados internacionales deberían ser interpretados y aplicados con mucho cuidado, a fin de no ofender los intereses de los Estados y no frustrar los poderes de la soberanía.

Sin embargo, con el advenimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, esa lógica hermenéutica sufrió una revisión, puesto que, en tales tratados, no hay intereses contradictorios de los Estados, sino un interés común: la protección de todos los seres humanos.

Como bien ha puesto de relieve Antônio Augusto Cançado Trindade, las obligaciones internacionales de los Estados en este tema son obligaciones *esencialmente objetivas*, en el sentido de que no favorecen a un Estado u otro, sino a toda la humanidad.⁴³⁷ Esa percepción especial de los tratados internacionales de derechos humanos permite que ellos sean interpretados internacionalmente de una forma diferenciada, que no restrinja las obligaciones de los Estados por los intereses de la soberanía, que maximice los deberes estatales en favor de la protección máxima de los seres humanos.

⁴³⁷ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit., pp. 28-29.

Así se construyó, en el derecho internacional, el principio de la interpretación *pro homine*. Tal principio, en cuanto principio hermenéutico de las normas de derechos humanos, conforme esclarece André de Carvalho Ramos, «*impone la necesidad de que la interpretación normativa sea hecha siempre en favor de la protección dada a los individuos*» y tiene como fuente el «*régimen objetivo de los tratados internacionales de derechos humanos*», que «*creó un verdadero orden público internacional, imponiendo deberes en favor de la protección del ser humano*», lo que tiene como consecuencia lógica que toda obligación internacional de respeto a los derechos humanos «*no puede ser interpretada restrictivamente en favor de los Estados, sino en favor del destinatario de la protección internacional de los derechos humanos, o sea, el individuo*». ⁴³⁸

Como principio más general de la dogmática jurídica, el principio *pro homine* también tiene como antecedente histórico el clásico principio del *in dubio pro libertate*, que recomienda la adopción de la alternativa hermenéutica (de los hechos y del derecho) que más favorezca la libertad individual. Modernamente, considerando que todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos fue fundado en el principio de la máxima protección del ser humano, el principio del *in dubio pro libertate* se transformó en el principio del *in dubio pro homine*, que determina la interpretación de las normas de tutela de los derechos humanos siempre de la forma más amparadora de las necesidades básicas del ser humano y de su dignidad inherente.

El principio *pro homine* ya fue reconocido expresamente por las dos cortes regionales de derechos humanos, la Corte Europea (por ejemplo, en el caso *Wemhoff versus República Federal de Alemania*, en el caso *Golder* etc.) y la Corte Interamericana (por ejemplo, en el parecer consultivo 2/82 y en el caso en que se discutió la jurisdicción obligatoria de la Corte contra el Perú, en 1999)⁴³⁹. Se trata aquí, por lo tanto, de un principio bastante asimilado y reiterado por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos.

Correlato al principio *pro homine*, incorporando un contenido semántico

⁴³⁸ *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, ob. cit., p. 82. Traducción libre.

⁴³⁹ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, ob. cit., pp. 83-4.

muy similar, se halla en los diversos textos internacionales y en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos también el principio de la primacía de la norma más favorable al ser humano. Lógicamente, así como debe el hermeneuta elegir, entre las opciones de interpretaciones posibles, la más favorable a la protección integral del ser humano, asimismo debe el aplicador de las normas de derechos humanos, cuando encuentre conflictos normativos, aplicar la norma jurídica más favorable a esa protección integral.

Como bien señala André de Carvalho Ramos, el principio de la primacía de la norma más favorable al ser humano determina que ninguna norma de derecho humano pueda ser invocada a fin de limitar otro derecho humano ya reconocido por otra fuente de derecho. Así, cuando surge una duda sobre cuál sea la norma más adecuada al caso concreto, se debe elegir, entre las diversas fuentes normativas, la que ofrece la norma más favorable al ser humano, ya sea esa norma internacional, ya sea nacional.⁴⁴⁰

El principio *pro homine* y el correlato principio de la norma más favorable pueden eventualmente —o aparentemente— chocar contra el principio de la apertura cultural de los derechos humanos.

Teóricamente, si las normas de derechos humanos están abiertas a la confluencia de los valores y contextos nacionales y locales, en el caso de un conflicto normativo, la norma u opción hermenéutica que tenga en cuenta los valores particulares de la comunidad en que se va a interpretar y aplicar el programa normativo de los derechos humanos tendría prioridad, si nos concentramos en el carácter multicultural de los derechos humanos. Esa solución podría no encontrar la interpretación o norma más favorable al ser humano. Posiblemente, la peculiaridad cultural del contexto puede incluso conllevar una solución normativa en que la norma considerada más favorable globalmente a los seres humanos sea una norma diferente de la que se elegiría como más favorable en otro contexto cultural.

Sin embargo, creemos que la paradoja de los principios que presentamos es, en casi todos los casos concretos que se presentan, meramente aparente. De hecho, el principio *pro homine* y el principio de la norma más favorable preceden cualquier

⁴⁴⁰ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 89.

alegación de apertura multicultural o margen nacional de apreciación. Las entidades locales solo pueden lícitamente escoger entre dos o más opciones de interpretaciones o normas cuando todas sean *adecuadamente* (de modo razonable) aptas para concretizar las normas de derechos humanos y ofrecer una protección máxima de los seres humanos.

Si una de las opciones es claramente inadecuada a la protección máxima de los derechos humanos, ella debe ser descartada como posibilidad normativa. Por otra parte, cuando dos alternativas jurídicas son razonablemente hábiles para esa finalidad de protección integral, el contexto cultural, social y económico debe ser considerado a fin de que la solución jurídica sea la más adecuada al caso concreto y a los intereses y necesidades de los titulares de los derechos involucrados.

La dificultad académica y práctica es más intensa cuando dos o más derechos humanos, de personas diferentes, chocan en un caso concreto (por ejemplo, el derecho a la intimidad de una persona y la libertad de expresión de otra). En esa situación, André de Carvalho Ramos entiende que se debe realizar una *ponderación de intereses*, a fin de obtener la solución más proporcional y razonable del conflicto.⁴⁴¹ En esos *hard cases*, la respuesta más habitual de los estudiosos es justamente la salida de la ponderación (de valores o intereses), de la aplicación de los principios de la proporcionalidad y razonabilidad. Pero creemos que también existe otra forma complementaria de solución al conflicto que sea más propia al sistema de protección de los derechos humanos: la búsqueda de la solución que tutele las pretensiones más nucleares impulsadas para la defensa del ser humano y de su dignidad, o sea, para la protección nuclear del ser humano.

No olvidamos que, por respeto a los principios de la unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, no podemos declarar un derecho humano más importante que otro (por ejemplo, no es posible declarar, dentro de la teoría general de los derechos humanos, que el derecho a la salud es más importante que el derecho a la educación). Sin embargo, en un mismo derecho humano, existen niveles de protecciones más —o menos— nucleares, esenciales, que se diferencian en la proximidad de las necesidades más elementales del ser humano. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho humano al agua, la necesidad del suministro inicial diario de los cincuenta litros de agua

⁴⁴¹ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 92.

per capita es más *nuclear, esencial*, que el suministro de los siguientes ciento y cincuenta litros por día. De la misma manera, en el ámbito de protección del derecho a la salud, el servicio de atención urgente de la persona que está en una situación de riesgo extremado a su vida es más nuclear y esencial que la atención de otra persona que sufre un malestar moderado que no genera, *in concreto*, riesgo inmediato para su vida.

La teoría de la protección nuclear en el caso de conflicto —la cual proponemos aquí— la concebimos inspirados en la teoría del núcleo de la personalidad, que fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el tema de la protección de la vida privada desde la perspectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De acuerdo con dicha teoría alemana, en las palabras de Jürgen Schwabe, «*habría camadas o esferas de la personalidad que merecerían una protección diferenciada, debiendo la esfera íntima ser más protegida que, entre otras subdivisiones, la esfera privada y la social*»⁴⁴². Evidentemente, la teoría del núcleo de la personalidad tiene el propósito de proteger con grados progresivos la intimidad y privacidad de las personas, pero su lógica, su *ratio essendi*, es plenamente aplicable a todos los derechos humanos.

Debido al principio de la unidad e indivisibilidad, todos los derechos humanos funcionan como una forma conjunta e integrada de protección de los seres humanos. Esa protección debe ser plena e integrada a todas las necesidades básicas de la persona.

El ser humano, su dignidad y sus necesidades básicas están en el centro del conjunto normativo de los derechos humanos. Ese conjunto abierto y multiforme gira teniendo en su centro, su núcleo, el propio ser humano (sus necesidades básicas y dignidad). Por lo tanto, cuanto más cerca del núcleo de necesidades esté la pretensión jurídica generada por el derecho humano, más esencial, nuclear, será esa misma pretensión.

Creemos que la teoría de la protección nuclear, paralelamente a la

442 *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*, editado por Leonardo Martins y traducido al portugués por Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro y Vivianne Gerales Ferreira, Montevideú, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 187-188. Traducción libre.

ponderación (de principios, intereses y valores) y a la aplicación del principio —o juicio— de la proporcionalidad, es enteramente adecuada para solucionar los conflictos de los derechos humanos, y debe también estar conjugada por el principio de la primacía de la vida y de la «calidad de vida» (principio ya estudiado anteriormente), una vez que, entre las necesidades más elementales del ser humano, desde la perspectiva de su dignidad, la vida y su calidad preponderan como un presupuesto básico de todas las formas de tutela de los derechos humanos.

3.3.14 Los principios de la apertura normativa y de la interpretación evolutiva de los derechos humanos

Conforme hemos observado en el examen de los fundamentos históricos de los derechos humanos, las normas de derechos humanos no forman un conjunto normativo cerrado. El ámbito de protección de las normas de derechos humanos está siempre siendo expandido, sea por la renovación de la interpretación de los derechos humanos «clásicos», sea por el surgimiento de «nuevos derechos» que se originan de nuevas necesidades básicas de los seres humanos en la sociedad contemporánea y de la necesidad siempre presente de respeto a la dignidad humana, que es el fundamento principal de los derechos humanos. En este sentido, repetimos una vez más la feliz conclusión de Jordi Bonet Pérez, para quién el proceso de construcción de los derechos humanos es un fenómeno «gradual, diacrónico, complejo e inacabado».⁴⁴³

La renovación normativa de los derechos humanos por medio de la reinterpretación de los textos internacionales de derechos humanos es llamada por los juristas interpretación evolutiva de los derechos humanos. Según André de Carvalho Ramos⁴⁴⁴, la doctrina en cuestión significaría que «*el instrumento internacional de los derechos humanos debe ser interpretado de acuerdo con el sistema jurídico en el momento de aplicación*». En este sentido, según Carvalho Ramos, la doctrina de la interpretación

⁴⁴³ Ob. cit., pp. 69-70.

⁴⁴⁴ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., pp. 88-89.

evolutiva ya fue reconocida expresamente por la Corte Internacional de Justicia, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Efectivamente, la necesidad de interpretación evolutiva no es una exclusividad del sistema de protección de los derechos. Todas las leyes y todos los documentos legales (así como las constituciones) necesitan de una interpretación que sea adecuada en el momento histórico en el que se busca concretizar el mandato normativo. Esto explica porqué la norma jurídica no se limita al texto normativo, sino que debe también comprender el contexto normativo.

Ese contexto que está presente en la definición de cualquier norma jurídica es denominado por Konrad Hesse⁴⁴⁵ *ámbito normativo*, el cual, combinado con el *programa normativo* (el texto), origina la norma jurídica. Es decir, el hermeneuta y el aplicador del texto normativo, en el momento de la construcción del sentido normativo, deben tener en cuenta la cultura jurídica de la comunidad donde se impone el documento normativo. Sin tener en cuenta esa cultura jurídica, la interpretación no tiene ningún valor científico y se resume a una simple opinión intelectual individual del sujeto que interpreta el texto.

Aunque la interpretación evolutiva sea una método hermenéutico usual al derecho común, debido a la amplia abstracción de enunciados de derechos humanos y a su intrincamiento en las vidas de las personas⁴⁴⁶, esos enunciados están más sujetos a sufrir el impacto de los cambios sociales, económicos y culturales que la historia proporciona, y, por consecuencia, la interpretación evolutiva de los derechos debe ser realizada con más intensidad.

Es intrínseco a la propia historia de afirmación de los derechos humanos que estos derechos sean revisados continuamente. Si los derechos humanos expresan necesidades humanas básicas que deben ser gozadas igualmente por todos los seres

⁴⁴⁵ *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43.

⁴⁴⁶ La participación cada día más intensa de muchos aspectos de los derechos humanos en la vida cotidiana de todas las personas del orbe es entendida por André de Carvalho Ramos como enlazada con los principio de la apertura normativa y de la interpretación evolutiva de los derechos humanos, que determinan la «fuerza expansiva» de los mismos derechos. Cfr.: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 118.

humanos vivos, en respeto a la igual y absoluta dignidad de todos nosotros, y si esas necesidades sufren cambios (no en su esencia, sino en sus formas) en el curso de la historia, es evidente que no pueden los derechos humanos recibir una interpretación estática, cerrada al pasado.

La interpretación dinámica de los derechos humanos debe siempre asimilar la «esencia mínima eterna» de los derechos humanos, o sea, los elementos mínimos de su identidad nuclear. La esencia del derecho humano debe permanecer siempre, aunque su apariencia sufra mutación. Por ejemplo, la necesidad humana de comunicarse, en su esencia, es la misma hoy y ayer, pero la forma de hacer la comunicación está en constante evolución debido a los avances tecnológicos contemporáneos. Por lo tanto, la construcción hermenéutica del alcance normativo de protección del derecho humano a la comunicación debe tener en consideración cómo se hacen hoy las comunicaciones y qué instrumento mínimo de comunicación debe estar garantizado a todos los seres humanos.

Es posible también que el surgimiento de «nuevos» derechos humanos no se fundamente en la interpretación evolutiva de derechos humanos «clásicos», sino directamente en la propia dignidad humana. Este es el caso de los *derechos humanos emergentes*, conforme ya hemos examinado en tópico precedente. Según André de Carvalho Ramos, la necesidad de protección de la dignidad humana como principio máximo de los derechos humanos justifica lo que llama «*clausula abierta*» de los derechos humanos, o el «*principio de la no tipicidad*» de esos derechos.⁴⁴⁷

Tenemos aquí la máxima apertura como característica especial de los derechos humanos. El sistema de protección de los derechos humanos está hasta tal punto abierto que nuevos derechos pueden ser «descubiertos» con la aplicación directa del principio-fundamento de la *dignidad humana*⁴⁴⁸. De esta manera, una nueva pretensión jurídica puede surgir cuando sea estrictamente necesaria para proteger integralmente al ser humano y respetar su especial dignidad. Ese rasgo debe ser considerado incluso una consecuencia lógica de la aceptación de la unidad e indivisibilidad de los derechos

⁴⁴⁷ Cfr. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 194.

⁴⁴⁸ La construcción de «nuevos» derechos humanos directamente desde la dignidad humana es una posibilidad meramente hipotética, una vez que, en la práctica de los derechos emergentes reconocidos por la sociedad internacional, esos derechos también se hallan, de una forma o de otra, conectados con otros derechos humanos clásicos, pudiendo ser considerados desarrollos de ellos.

humanos, en el sentido de que las normas de los derechos forman una amalgama de pretensiones jurídicas interdependientes que son tuteladas y respetadas como forma de tutela y respeto al propio ser humano en su integridad.

El sistema de los derechos humanos también debe ser considerado abierto subjetivamente. En este sentido, la interpretación (evolutiva, creativa) y la aplicación de los derechos humanos deben ser realizada no solamente por órganos jurisdiccionales internacionales, sino también por todas las organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que representan adecuadamente diferentes colectividades de la sociedad internacional.

La idea de una «sociedad abierta de intérpretes» del sistema jurídico no es nueva, ya que fue bien desarrollada por el constitucionalista alemán Peter Häberle en el tema de la interpretación constitucional. Según Häberle (que fue influenciado por Rudolf Smend y otros), el derecho es un elemento de la cultura y dentro del contexto cultural debe ser interpretado y aplicado⁴⁴⁹. La Constitución, siendo un documento político que alcanza intensamente la vida de todas las personas, *a fortiori*, no puede ser interpretado de modo «frío», estático, dictatorial. Si la Constitución alcanza a todos, todos pueden y deben interpretar y aplicar (no hay aplicación sin interpretación) la Constitución. Por lo tanto, las perspectivas de todos los destinatarios de la Constitución deben influenciar la interpretación constitucional. Todos, en ese sentido, forman parte de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución.

Häberle afirma que el reconocimiento de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución no excluye otros métodos típicos de la interpretación constitucional, sino que incluye en los procesos interpretativos «*los mismos sujetos afectados en sus derechos fundamentales*», transformando la interpretación constitucional en una *res publica*.⁴⁵⁰ Con eso, el reconocimiento de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución legitima la interpretación constitucional, ya que los individuos titulares de los derechos y deberes constitucionales pasan a participar del proceso interpretativo, que se desarrolla en un ambiente de democracia participativa.

⁴⁴⁹ Cfr. Peter Häberle: *Europäische Verfassungslehre*, 6ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, pp. 6-9 y 201-207.

⁴⁵⁰ Cfr. Peter Häberle: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, prólogo y traducción de César Landa, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 275.

Creemos que la idea central del planteamiento sobre la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución se aplica perfectamente a la interpretación de las normas de derechos humanos. Efectivamente, si todos los seres humanos están afectados por las normas de derechos humanos (activa y pasivamente), también todos los seres humanos tienen la justa pretensión de ser escuchados y tenidos en consideración en el proceso interpretativo de tales normas.

Si la aceptación de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es una consecuencia del compromiso de las personas en la democracia participativa, con más razón deben los derechos humanos ser interpretados de una forma subjetivamente abierta, teniendo en consideración los intereses y las perspectivas de todos los individuos involucrados. Tal participación democrática en los procesos interpretativos y decisorios debe estar garantizada no solo en el trámite de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, sino también en los ambientes internos, nacionales, en que la integración interna de las normas de derechos humanos es llevada a cabo.

Como ya expusimos con base en la lección de André de Carvalho Ramos, los derechos humanos están dotados de especial fuerza expansiva —de «expansividad»— que los hace presentes en diversos momentos y situaciones de la vida cotidiana de todos los seres humanos. Integrándose con las propias constituciones nacionales, los derechos humanos pasan a regir todas las relaciones humanas, guiados por el fundamento máximo del respeto a la dignidad humana. Por obra de la educación en los derechos humanos, estos deben llegar incluso al espacio más privado de las familias y personas, en un campo que casi escapa a la esfera de lo jurídico y de la intervención pública.

El *sentimiento de los derechos humanos* termina por traspasar todas las barreras del formalismo jurídico y alcanza incluso un *status* de ideología ética que guía las vidas de las personas independientemente de cualquier acción estatal. Como *diamante ético* (en las conocidas palabras de Joaquín Herrera Flores), los derechos humanos pueden ser comprendidos y contruidos desde muchas perspectivas diferentes y, por eso, es indispensable que se tenga en cuenta la perspectiva de todos los destinatarios de los derechos humanos, que todos ellos sean considerados intérpretes y aplicadores de los derechos humanos.

En el ámbito internacional, esa apertura hermenéutica subjetiva se nota en la intervención de muchos órganos no jurisdiccionales en la interpretación y construcción de los derechos humanos. No solo la Corte Internacional de Justicia o las cortes regionales de derechos humanos son llamadas a participar de esa interpretación, sino también todos los consejos, comités, órganos internacionales, organismos no gubernamentales, *ombudsmen* y demás defensores de los derechos humanos tienen un papel importante en el desarrollo de los derechos humanos, en su interpretación y aplicación. Por consiguiente, las perspectivas de todos esos actores de la sociedad internacional deben influenciar positivamente en la interpretación de los programas global y regionales de protección de los derechos humanos.

3.4 Los derechos humanos como costumbre internacional

La costumbre —así como los tratados internacionales— es una de las fuentes clásicas del derecho internacional. Así fue concebida como un *tacitum pactum* entre todos los Estados, una convergencia silenciosa de las voluntades de todos los sujetos internacionales⁴⁵¹. Para su formación, es necesario el concurso de dos elementos: el *usus*, o sea, la práctica general, y la *opinio iuris* o *opinio necessitatis*, es decir, la convicción general e internacional de que la práctica es debida en virtud de una norma jurídica, o sea, un comando necesario, válido jurídicamente y obligatorio a todos los sujetos internacionales.⁴⁵²

Según Antonio Cassese, las normas reconocidas como válidas debido a la costumbre internacional no son reglas necesariamente aceptadas por *todos* los Estados del mundo y cumplidas siempre por todos los Estados. De acuerdo con lo que concluye el jurista italiano, es suficiente para el surgimiento de una norma de costumbre internacional que el *usus* y la *opinio* sean sustentados por la mayoría de los Estados del globo.⁴⁵³ El cumplimiento de la norma consuetudinaria no debe ser confundido con su reconocimiento

⁴⁵¹ Cfr. Antonio Cassese: *International Law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 153.

⁴⁵² Cfr. *idem*, ob. cit., p. 156.

⁴⁵³ Cfr. *idem*, ob. cit., pp. 156-162.

general.

Entre las normas de la costumbre internacional, el respeto del núcleo básico de los derechos humanos es hoy el más característico del sistema internacional. Como bien señala Cassese, desde la *cláusula Martens*, adoptada en la Conferencia de Paz de la Haya de 1899, se reconoce internacionalmente que los «principios del derecho de las naciones», que son «el resultado de los usos establecidos entre los pueblos civilizados» y son «dictados por la conciencia pública», deben incluir el respeto básico del ser humano independientemente de su nacionalidad.⁴⁵⁴

Al principio, tal cláusula incluía solamente los principios básicos del derecho humanitario (o sea, los principios de protección de los seres humanos en situaciones de conflictos armados). Actualmente, esa cláusula debe incluir toda la lista básica de derechos humanos, representada mínimamente por los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

No se puede olvidar el hecho de que, en materia de derechos humanos, el *usus* no es generalizado como se podría esperar de una norma consuetudinaria cualquiera. De hecho, según Antonio Cassese, la cláusula Martens que se extendió a todos los derechos humanos privilegia la *opinio* y flexibiliza el *usus*; es decir, para la cláusula consuetudinaria de respeto del núcleo básico de derechos humanos, es más importante el reconocimiento de la existencia y validez jurídica de las normas internacionales de protección de los derechos humanos que la propia práctica de los Estados de respeto a esos derechos.

La comprensión de que las normas básicas de protección de los derechos humanos son, sobre todo, normas consuetudinarias internacionales tiene como consecuencia la posibilidad de su aplicación independientemente de la existencia de tratados internacionales específicos ratificados por cada Estado. La protección básica de los derechos humanos es debida por todos los Estados en virtud de una norma consuetudinaria del derecho internacional. Esa protección básica es tan relevante en el orden internacional que pasó a ser reconocida como norma imperativa del derecho internacional general, es decir, como norma del *ius cogens* internacional.

⁴⁵⁴ Cfr. *idem*, ob. cit., p. 160.

Eso es lo que pasaremos a explicar a continuación.

3.5 Los derechos humanos como normas del *ius cogens* internacional (y normas *erga omnes*) y como limitación de la soberanía estatal

La noción de *ius cogens* (o «*jus cogens*»), aunque tenga su fuente en el derecho civil romano clásico, cuando entonces significaba el «*ius strictum*», en oposición al «*ius dispositivum*»⁴⁵⁵, en realidad fue desarrollada por la Escuela Pandectista⁴⁵⁶. En esa concepción, *ius cogens* sería el derecho —objetivo, norma jurídica— «obligatorio», no dispositivo, que no podría ser substituido por cualquier cláusula en contrario libremente acordada por las partes contratantes. Normas civiles del *ius cogens* serían, por lo tanto, las normas indisponibles a la autonomía privada, inalcanzables por los acuerdos privados, pues que serían impuestas por el interés público, no estando abiertas a la conveniencia del interés privado.

A su vez, derechos y deberes *erga omnes*, desde la doctrina civilista romana, o sea, desde su origen, significan relaciones jurídicas en las que hay una universalidad en la posición activa o en la pasiva. Así, si son infinitos los acreedores o los deudores, tendríamos derechos o deberes *erga omnes*⁴⁵⁷. Lo que definiría, pues, si una relación jurídica sería *erga omnes* no es cualquier calidad especial del interés que está tutelado, sino los sujetos que deben obediencia a la norma individual o que pueden merecer su respeto, o sea, que tienen interés jurídico en el cumplimiento o incumplimiento de la norma individual.

En los orígenes de la doctrina internacionalista clásica, el Derecho Internacional era el sistema jurídico generado exclusivamente por los Estados soberanos y para regular las relaciones entre los Estados. Su principio máximo era el principio de la

⁴⁵⁵ Cfr. Ian D. Seiderman: *Hierarchy in international law: the human rights dimension*, Amberes, Intersentia-Hart, 2001, p. 36.

⁴⁵⁶ Cfr. Tatyana Scheila Friedrich: *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, pp. 25-27.

⁴⁵⁷ Los ejemplos romanos más clásicos de «derechos» *erga omnes* son los derechos reales, en especial el derecho de propiedad, y los derechos derivados de la regla *neminem laedere*.

soberanía, en su concepción clásica, por lo cual los Estados solo serían limitados jurídicamente por las manifestaciones de sus propias voluntades soberanas, o sea, por medio de los tratados internacionales firmados por ellos. La soberanía, de esta manera, se traduciría en la absoluta libertad estatal, en la independencia para firmar o denunciar tratados internacionales.

Por supuesto, tal doctrina clásica de la soberanía estatal absoluta, al reconocer una potestad ilimitada del Estado, que no estaría restringida ni siquiera por los derechos más elementales de los seres humanos, no pudo sobrevivir, históricamente, al final de la Segunda Guerra Mundial. Preguntase ahora, considerando que todo Estado es soberano y absolutamente supremo en sus asuntos internos, si podría, por ejemplo, el Estado alemán nacionalsocialista, lícitamente, llevar a cabo su plan de eliminación de los judíos. ¿Sería tal «política pública» inmune a la interferencia internacional, justificada por la soberanía estatal? Esas serían cuestiones de difícil resolución desde la perspectiva clásica de la soberanía estatal, pero no desde la doctrina moderna de la soberanía, que mitiga el poder soberano estatal por el deber absoluto *erga omnes* de respeto a los derechos humanos.

La soberanía, en la doctrina clásica del derecho internacional y del derecho público, estaba asociada a una visión del poder absoluto del Estado en el ámbito internacional y también en el ámbito interno. Según el publicista brasileño Themistocles Brandão Cavalcanti (magistrado del Supremo Tribunal Federal de Brasil entre los años 1967 y 1969), la soberanía estatal sería (desde esa perspectiva absoluta) «*el poder supremo, absoluto, por encima de cualquier otro que se encuentre*». Así, la soberanía presupondría «una supremacía absoluta», debiendo ser considerado soberano el «*Estado que, en la comunidad internacional, no encuentra límites en el ejercicio de sus derechos, no admite la tutela de los otros, en sus asuntos internos*».⁴⁵⁸

En un sentido similar, Hans Kelsen advirtió que la afirmación clásica de la soberanía estatal es la afirmación de la superioridad del Estado y de su sistema de normas sobre cualquier norma —u orden— jurídica. Así, según Kelsen, «*decir que el Estado es soberano significa que el orden jurídico nacional es un orden por encima del cual no*

⁴⁵⁸ Cfr. Themistocles Brandão Cavalcanti: *Princípios gerais de direito público*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1966, p. 72.

existe ningún otro».⁴⁵⁹

De forma similar, buscando un concepto actualizado de soberanía, el juspublicista Thomas Fleiner-Gerster reconoce la existencia de varias perspectivas conceptuales para la soberanía. Jurídicamente, para Fleiner-Gerster, la soberanía sería simplemente la competencia soberana para determinar normas y decisiones jurídicas obligatorias para las personas que se encuentran sujetas al poder soberano.⁴⁶⁰ En ese sentido «jurídico» de la soberanía, el propio desarrollo del constitucionalismo y del Estado de Derecho ya significa una limitación progresiva de la soberanía interna, como bien atesta Humberto Nogueira Alcalá.⁴⁶¹

En ese cuadro de ideas tradicionales respecto a la soberanía del Estado, la mención al *ius cogens* surgió como una doctrina de limitación de la potestad estatal (y de la idea de una soberanía ilimitada) en el orden internacional, de la confrontación con el interés estatal «particular» (de cada Estado que sería el «centro de intereses» del sistema internacional liberal), de defensa de un interés «público internacional», «general», global, que se confundiría con un interés indivisible universal, de toda la humanidad.

De esta manera, la construcción doctrinaria de la noción de *ius cogens* internacional coincidió con el reconocimiento de la existencia de un nuevo orden público internacional que demandó —y todavía demanda— la revisión de la concepción clásica de soberanía. De hecho, la propia identificación de los fines del Estado tuvo que ser adaptada. El Estado no puede más ser considerado un ente abstracto, de poderes ilimitados, que puede definir libremente sus propios fines e intereses. El fin máximo de todo Estado debe garantizar la libertad y la plena felicidad (o la «búsqueda de la felicidad») de todos los seres humanos que se encuentran bajo su potestad; debe ser el fin máximo estatal, en otros términos, el respeto absoluto de la dignidad humana⁴⁶² y la realización máxima de los derechos humanos de su pueblo y también de los extranjeros que se encuentran bajo su

⁴⁵⁹ Cfr. Hans Kelsen: *Teoria geral do direito e do Estado*, traducción al portugués de Luís Carlos Borges, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 545. Traducción libre.

⁴⁶⁰ Cfr. Thomas Fleiner-Gerster: *Teoria geral do Estado*, traducción al portugués de Marlene Holzhausen, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 232.

⁴⁶¹ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá: «Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, pp. 165-167.

⁴⁶² Sustituyendo el paradigma dogmático respecto a la soberanía, el rasgo «absoluto» pasa a ser atribuido al ser humano, a su dignidad y a sus derechos humanos. Absolutos son los derechos humanos, no el poder (soberano) del Estado.

poder. Por lo tanto, los poderes y la soberanía del Estado deben estar limitados a la consecución de esos fines.

La nueva comprensión respecto a la soberanía estatal no solo justificó el surgimiento del concepto —y las normas— del *ius cogens* internacional, sino también justificó una nueva perspectiva respecto a las relaciones jurídicas entre los Estados. Si hay intereses y derechos que son universales y no meramente particulares de cada Estado, algunos deberes jurídicos internacionales de los Estados tampoco se dirigen a Estados particulares, sino a toda la comunidad internacional; así surge la idea de las normas internacionales *erga omnes*.

Aprovechando la misma comprensión «civilista» del derecho internacional público clásico⁴⁶³, la mención a las normas *erga omnes* representa un recurso a los ejemplos de normas en que hay un multitud de personas en uno de los polos de las relaciones jurídicas generadas por la implementación de esas normas. En este sentido, las normas internacionales *erga omnes* no alcanzarían solamente las partes contratantes de un tratado internacional, sino la universalidad de los Estados que pertenecen a la sociedad internacional.

Si nos alejamos, por un momento, de todas las justificaciones jusnaturalistas (o incluso político-históricas) para la existencia del *ius cogens* internacional y de las normas internacionales *erga omnes* (olvidando, por ejemplo, la doctrina de Hugo Grocio, o también las necesidades políticas de los propios Estados y de la humanidad después de la Segunda Guerra Mundial), captaremos como primer fundamento de la existencia del *ius cogens* la costumbre internacional. Esta es, sin lugar a dudas, una de las fuentes más importantes del Derecho Internacional. La opinión común de la sociedad internacional respecto a las normas jurídicas internacionales, cuando cualificada por el reconocimiento general de la obligatoriedad jurídica, origina normas que deben ser seguidas por toda la comunidad internacional. Por tanto, cuando la costumbre internacional indica la existencia de normas que no están sujetas a la discrecionalidad política de los Estados, esas normas pasan a valer como normas internacionales imperativas, no derogables, en ninguna

⁴⁶³ En el periodo histórico (posguerra) a que nos referimos, la dogmática jurídica internacionalista aprovechaba conceptos propios del derecho privado, que era la rama jurídica más desarrollada en aquel entonces, considerando los dos milenios de estudios dogmáticos del derecho civil romano.

hipótesis, por tratados internacionales bilaterales.

La doctrina del *ius cogens* internacional se consolidó de forma absoluta en el Derecho Internacional Público con la vigencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados (CVDT), firmada el 26 de mayo de 1969⁴⁶⁴. En los artículos 53 y 64 de la CVDT, queda expresado que:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general («jus cogens»). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

(...)

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general («jus cogens»). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Conforme se puede percibir, los redactores de la CVDT prefirieron conceptualizar las normas *ius cogens* a desarrollar un concepto oficial de normas internacionales *erga omnes*. Esa opción no significa, no obstante, que el concepto de normas internacionales *erga omnes* deba quedar sin ninguna relevancia. Ciertamente, en principio, compete a la doctrina jurídica internacional (muchas veces, también a la jurisprudencia internacional), y no al legislador internacional, definir los conceptos jurídicos. En regla, la legislación no conceptúa; prescribe. Los conceptos son propios de los textos académicos, no de las leyes y los tratados internacionales.

Por su parte, también los tribunales, muchas veces, deciden firmar conceptos a fin de aclarar las causas y consecuencias de sus decisiones y de la jurisprudencia creada por ellas. En el tema de las normas internacionales *erga omnes*, la propia Corte Internacional de Justicia trató de desarrollar ese concepto jurídico en importantes *leading cases*, como veremos posteriormente.

⁴⁶⁴ El texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf>. Fecha de acceso: 18.5.2012.

El texto del artículo 53 de la CVDT fue repetido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986⁴⁶⁵. De esta manera, el consenso normativo respecto a la existencia de las normas imperativas de Derecho Internacional General permanece enteramente actual.

Como se puede percibir, desde 1969, el concepto de *ius cogens* internacional pasó a disfrutar de reconocimiento oficial en un tratado internacional firmado por la casi totalidad de los Estados componentes de la sociedad internacional, ahora con la nomenclatura de *norma imperativa de Derecho Internacional General*. Tal clase de norma internacional, de acuerdo con el artículo 53 de la CVDT, es inmune a cualquier derogación y solo puede sufrir algún cambio por medio de otra norma de Derecho Internacional General de la misma naturaleza (o sea, por otra caracterizada como *ius cogens* internacional).

Según la CVDT (arts. 53 y 64), la ofensa a cualquier norma que se reconoce como *ius cogens* ocasiona la nulidad de la norma divergente, lo que atrae la cuestión de la superioridad jerárquica de las normas del *ius cogens*. Aunque haya alguna polémica y divergencias sobre ese tema, principalmente en razón de la doctrina clásica que no establecía cualquier posibilidad de jerarquía entre las fuentes del Derecho Internacional Público⁴⁶⁶, creemos que, por una lógica jurídica, si una norma genera la nulidad de otra norma, o la primera norma es fundamento de validez de la segunda, o la primera norma prefiere a la segunda en virtud de una tercera norma que es superior a las dos. Considerando que no existe una norma superior al *ius cogens* internacional (salvo la posibilidad de jerarquización interna entre las propias normas del *ius cogens*), o sea, considerando que no hay una tercera norma superior, debemos concluir que las normas del *ius cogens* internacional son superiores jerárquicamente a las demás normas del sistema internacional público.

La CVDT no establece una lista de normas que deben ser definidas como

⁴⁶⁵ El texto de la Convención de Viena sobre los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1986/03/19860321%2008-45%20AM/Ch_XXIII_03p.pdf>. Fecha de acceso: 18.5.2012.

⁴⁶⁶ Cfr. Tatyana Scheila Friedrich: ob. cit., pp. 77-79; y André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., pp. 124-125.

normas imperativas de Derecho Internacional General, pero la doctrina y la jurisprudencia internacional trató de ejemplificar normas que merezcan tal reconocimiento del *status* diferenciado. Hay todavía divergencias respecto a cuales son las normas de *ius cogens* internacional⁴⁶⁷, pero hoy en día no hay más dudas (sea en la doctrina, sea en la jurisprudencia internacional) de que el núcleo de las normas básicas de protección de los derechos humanos debe ser respetado como norma imperativa de Derecho Internacional General⁴⁶⁸.

Aunque sea el concepto de *ius cogens* el que goza de una definición en tratado internacional, parece que el concepto de normas *erga omnes* fue más favorecido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En el caso de la empresa *Barcelona Traction*, en un famoso *obiter dictum*, la CIJ no trató en el texto principal de su sentencia de las normas pertenecientes al conjunto *ius cogens*; sin embargo, reconoció la existencia de las normas internacionales «*erga omnes*». Tales normas no serían necesariamente «normas imperativas del Derecho Internacional General» (nomenclatura oficial de la CVDT), pero serían normas imponibles uniformemente a todos los Estados sin la necesidad de su adhesión espontánea; serían, otrosí, normas en que toda la sociedad internacional está interesada en su cumplimiento⁴⁶⁹.

Según la Corte, las normas fundamentales de protección de los derechos humanos serían normas «*erga omnes*». Esto es lo que se puede extraer de los párrafos 33 y 34 de la sentencia proferida el 5 de febrero de 1970⁴⁷⁰:

33. Cuando un Estado admite en su territorio inversiones nacionales o extranjeras, sea de personas naturales o jurídicas, él está obligado a extenderles la protección legal y a asumir obligaciones concernientes al tratamiento que les debe ser asegurado. Esas obligaciones, no obstante, no son ni absolutas ni descalificadas. En particular, una distinción esencial debe ser diseñada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo y aquellas que surgen vis-à-vis otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza,

⁴⁶⁷ Cfr. Tatyana Scheila Friedrich, ob. cit., pp. 94-102.

⁴⁶⁸ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, ob. cit., p. 140.

⁴⁶⁹ Eso que no significa para la Corte de La Haya, sin embargo, que, en caso de violación de las normas internacionales *erga omnes*, todos los Estados tengan *ius standi*, o sea, tengan el poder de presentar una demanda judicial internacional a fin de reparar la ilegalidad, como se puede percibir desde el propio *leading case* del *Barcelona Traction*.

⁴⁷⁰ El texto de la sentencia *Barcelona Traction*, de la Corte Internacional de Justicia, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Fecha de acceso: 20.5.2012. Traducción libre.

las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden ser considerados portadores de un interés jurídico en su protección; esas son las obligaciones *erga omnes*.

34. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de actos ilícitos de agresión, y de genocidios, así como de principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección ingresaron en el cuerpo del derecho internacional general (Reservas a la Convención sobre la Prevención y la Punición de Crímenes de Genocidio, Opinión Consultiva, Informe CIJ 1951, p. 23); otros son conferidos por instrumentos internacionales con rasgo universal o casi universal.

Según destacó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la sentencia mencionada, las normas internacionales *erga omnes* serían tuteladas globalmente por todos los Estados, porque todos ellos tendrían un interés legítimo en el respeto de esas normas. Serían, pues, normas guiadas no por los intereses nacionales particulares, sino por un interés internacional general, global. Entre esas normas, estarían el reconocimiento de derechos iguales a personas físicas o jurídicas extranjeras, la prohibición de actos ilegales de agresión, la prohibición del genocidio, la prohibición del trabajo esclavo y de la discriminación racial y también, genéricamente, todos los «*principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana*».

Conforme hemos percibido, el texto principal de la sentencia *Barcelona Traction* no menciona expresamente el concepto del «*ius cogens*», o sea, las «normas imperativas del derecho internacional general». Delinea la Corte, solamente, lo que entiende ser las normas internacionales «*erga omnes*».

Sin embargo, en el voto particular del juez M. Ammoun correspondiente al mencionado *leading case*, se encuentra mención expresa al *ius cogens* internacional⁴⁷¹. De acuerdo con el mencionado voto, el concepto de *ius cogens* ha obtenido un alto grado de efectividad en el ámbito de las Naciones Unidas, en que se han reconocido de modo absoluto, como «*imperative rules of law*», los principios de la autodeterminación e independencia de los pueblos, de la igualdad y de la prohibición de todas las formas de discriminación, además de los derechos humanos de todos los hombres y mujeres, basados en la dignidad y en el valor de la persona humana, entre otros principios que están

⁴⁷¹ El texto del voto particular del juez M. Ammoun está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5409.pdf>>. Fecha de acceso: 20.5.2012.

explícita o implícitamente contemplados en la Carta de la Onu y están cubiertos por lo que Ammoun llama «*universal public feeling*».

Aunque haya divergencias conceptuales entre el texto principal de la mencionada sentencia de la Corte Internacional de Justicia y el voto particular del juez Ammoun, la aproximación conceptual entre las normas *erga omnes* y el *ius cogens* internacional justificó el clamor doctrinario internacional al *leading case* del *Barcelona Traction* como el primer caso en que un tribunal internacional reconoció la existencia de verdaderas normas imperativas del derecho internacional general.

En 2006, encontramos otro importante *leading case* de la CIJ que menciona expresamente el *ius cogens* internacional. Se trata del caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (Congo vs. Ruanda), que tuvo su segunda sentencia por la Corte en 3 de febrero de aquel año.⁴⁷² En el mencionado caso, el Estado del Congo solicitó el pronunciamiento de la Corte de La Haya respecto a supuestos actos de violencia (asesinatos, masacres, violaciones sexuales, entre otros) promovidos por agentes del Estado de Ruanda contra millones de ciudadanos congoleños, actos estos que, según entendía el Estado requirente, consubstanciaban crímenes de genocidio.⁴⁷³ A su juicio, esos crímenes contra la humanidad violaban diversos tratados internacionales de derechos humanos, y también el núcleo del *ius cogens internacional*, que prohíbe, entre otras cosas, el genocidio.⁴⁷⁴

En el fallo de su sentencia sobre el caso Congo vs. Ruanda, la CIJ decidió que «*es incompetente para conocer de la demanda interpuesta por la República Democrática del Congo el 28 de mayo 2002*». Sin embargo, en la fundamentación, la Corte reafirmó que «*los principios subyacentes a la Convención (del Genocidio) son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias a los Estados, incluso en la ausencia de cualquier obligación convencional, y que la consecuencia de tal concepto es el carácter universal de la condenación del genocidio y de la cooperación*

⁴⁷² El texto de la sentencia de la CIJ en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (Congo vs. Ruanda, 2006) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>>. Fecha de acceso: 14.11.2013.

⁴⁷³ Cfr. párrafo 11 de la sentencia de la CIJ en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (Congo vs. Ruanda).

⁴⁷⁴ Cfr. párrafo 15 de la sentencia de la CIJ en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (Congo vs. Ruanda).

*requerida para liberar la humanidad de tal flagelo odioso».*⁴⁷⁵

Aprovechando la jurisprudencia de la Corte de La Haya, inaugurada en el caso *Barcelona Traction* (la cual, simultáneamente, presenta los dos importantes conceptos jurídicos y deja en el vacío las delimitaciones semánticas de ambos) y posteriormente aprovechada (sea como *obiter dictum* o no) en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (Congo vs. Ruanda, 2006), e intentando determinar —construir— una distinción conceptual válida y útil entre normas *ius cogens* y normas *erga omnes*, en el altiplano internacional, podríamos afirmar que las normas *erga omnes* forman un conjunto normativo más amplio (un género, pues) que comprende el conjunto de las normas *ius cogens*.

Normas *erga omnes*, en este sentido, serían normas informadas por el interés universal y que, por lo tanto, deben ser respetadas por todos los Estados de la comunidad internacional (independientemente de que todos tengan o no *ius standi* para defender en juicio tales normas). Por su parte, las normas del *ius cogens* serían normas *erga omnes* dotadas de un elemento adicional: la imperatividad, o sea, la superioridad jerárquica que importa en su irreformabilidad (o su reformabilidad reducida, de acuerdo con lo que dispone la CVDT)⁴⁷⁶.

En sentido contrario al nuestro, Maurizio Ragazzi defiende, en su monografía sobre este tema, que el concepto de obligaciones internacionales *erga omnes* (que serían «obligaciones» y no «normas») sería independiente del concepto de *ius cogens* internacional. A su juicio, este último concepto trata de normas que, debido a su imperatividad, invalidan otras normas jurídicas internacionales (especialmente de los tratados internacionales) y generan otras obligaciones para los Estados; por su parte, las obligaciones *erga omnes* serían las obligaciones de todos los Estados que interesan a todos los Estados debido a su contenido. Para Ragazzi, las normas del *ius cogens* internacional pueden originar obligaciones *erga omnes*, pero no necesariamente.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Cfr. párrafo 64 de la sentencia de la CIJ en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (Congo vs. Ruanda).

⁴⁷⁶ Respecto del tema y de la cuestión semántica, cfr. Alberto do Amaral Júnior: *Curso de direito internacional público*, 3ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2012, pp. 124-129.

⁴⁷⁷ Cfr. Maurizio Ragazzi: *The concept of international obligations erga omnes*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 189-214.

Recientemente, pudimos contemplar otro precedente jurisprudencial de la CIJ en el que tuvo que volver al tema de las normas del *ius cogens* internacional y de las obligaciones internacionales *erga omnes*. En la sentencia sobre las *Cuestiones sobre la Obligación de Enjuiciar o Extraditar*, de 20 de julio de 2012, la Corte de La Haya examinó una petición de Bélgica contra Senegal, en que la primera acusaba a la segunda de violar normas de la Convención contra la Tortura y del *ius cogens internacional*, al negar la extradición —o la promoción de la persecución criminal debida— del exdictador de la República de Chad, el Sr. Hissène Habré, que estaba siendo acusado por la Fiscalía belga de cometer diversos crímenes contra la humanidad; entre ellos, crímenes de tortura contra adversarios políticos.⁴⁷⁸

La CIJ, en este caso de Bélgica v. Senegal, reconoció que este último Estado, al negarse a extraditar Hissène Habré o a presentar cargos criminales contra él, violó la Convención contra la Tortura. Teóricamente, se podría admitir que Senegal también violó la norma del *ius cogens* internacional que prohíbe la tortura, pues que prohibir la tortura conlleva la punición de la tortura. Sin embargo, la Corte entendió que la formalización de la punición de la tortura (por medio de actos de extradición o enjuiciamiento criminal) está reglada por un conjunto de normas de la Convención contra la Tortura, no siendo este un conjunto de reglas ya perteneciente al *ius cogens* internacional.

De todos modos, en la sentencia sobre las «Cuestiones sobre la Obligación de Enjuiciar o Extraditar», la CIJ declaró expresamente que «*en la opinión de la Corte, la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (ius cogens)*»⁴⁷⁹, lo que confirma su jurisprudencia ya establecida en los casos anteriormente examinados.⁴⁸⁰ Otrosí, la CIJ decidió que el Estado de Bélgica, así como todos los Estados que firmaron la Convención contra la Tortura (luego, también Bélgica) tienen el interés jurídico y la legitimidad para exigir de otro

⁴⁷⁸ La sentencia sobre las «Cuestiones sobre la Obligación de Enjuiciar o Extraditar», de 20 de julio de 2012, de la CIJ, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>>. Fecha de acceso: 24.8.2013.

⁴⁷⁹ Cfr. la sentencia sobre las «Cuestiones sobre la Obligación de Enjuiciar o Extraditar» de la CIJ, párrafo 99.

⁴⁸⁰ Cfr. Mads Andenas y Thomas Weatherall: «International Court of Justice: questions relations to the obligation to extradite or prosecute (Belgium v Senegal), judgment of 20 July 2012», en *International & Comparative Law Quarterly*, v. 62, parte 3, 2013, pp. 760-762.

Estado la extradición o el enjuiciamiento criminal de un individuo que está siendo acusado de crímenes de tortura, puesto que la obligación de punir la tortura sería una obligación internacional «*erga omnes*».⁴⁸¹

La caracterización de las normas elementales de derechos humanos (en especial, las normas que proscriben la tortura, ya sea en los tiempos de guerra, ya sea en la paz) como *ius cogens* internacional también fue desarrollada por el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia en el caso *Furundzija*, decidido el 10 de diciembre de 1998. En la fundamentación de su sentencia, pronunció el Tribunal que la prohibición de la tortura, además de estar fundamentada en el derecho internacional humanitario y en diversos tratados internacionales de derechos humanos, está también reconocida como una regla absoluta, que no admite ninguna excepción, pues pertenece al conjunto de normas del *ius cogens* internacional.⁴⁸²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ya reconoció (y de forma todavía más incisiva que la Corte Internacional de Justicia, de Haya), en su Opinión Consultiva 18/2003 (el caso de los derechos de los migrantes indocumentados), que las normas básicas de protección de los derechos humanos son normas de jerarquía superior en el sistema jurídico internacional y que son, de acuerdo con la CVDT, normas imperativas del derecho internacional general. Entre todos, transcribimos aquí los párrafos 98 a 101 del mencionado documento de la Corte Interamericana⁴⁸³:

98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, «[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general». Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens* superviniente, al señalar que «[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional

⁴⁸¹ Cfr. los párrafos 69 y 103 de la misma sentencia. Esa declaración de la CIJ fue importante en caso concreto porque una de las alegaciones defensivas de Senegal era la de que ningún ciudadano belga hubiera sido víctima de los crímenes cometidos por Hissène Habré. La Corte refutó tal alegación, reconociendo que todos los Estados son jurídicamente interesados en la punición de los actos de tortura, justamente porque la punición de la tortura es una obligación internacional *erga omnes*.

⁴⁸² El texto integral de la sentencia del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia en el caso *Furundzija* está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=40276a8a4>>. Fecha de acceso: 23.5.2012.

⁴⁸³ El texto de la Opinión Consultiva 18/2003, de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Fecha de acceso: 20.5.2012.

general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará». El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende «directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona». El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, 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. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

En el mismo *leading case*, la Corte Interamericana también hace muchas referencias a las normas u obligaciones *erga omnes*. Transcribimos algunas de las citaciones registradas en la misma opinión consultiva:

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados,

en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

110. Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (supra párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

Está claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos trató de conciliar los conceptos de normas *ius cogens* y normas *erga omnes*. En su párrafo 110, la Corte parece incluso sostener una relación causal entre uno y otro concepto. Las obligaciones *erga omnes* (normas jurídicas individuales o concretas) serían causadas, generadas, producidas por las normas del *ius cogens* (normas jurídicas generales, abstractas). Así, eligiendo la definición conceptual de la Corte de San José en lugar de la definición de la Corte de La Haya, la relación entre normas *ius cogens* y *erga omnes* no sería una relación de género y especie, sino una relación de causa y consecuencia, fuente y producción.

Independientemente de la cuestión terminológica, lo que importa es observar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas esenciales de protección de los derechos humanos son inderogables y, por lo tanto, demandan respeto por todos los Estados y agentes de forma imperativa, absoluta. En este sentido se expresó el juez A. A. Cançado Trindade en su voto particular de la Opinión Consultiva 18/2003:

69. La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha señalado el carácter absoluto de los derechos fundamentales inderogables. La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la terra nova del *jus cogens* internacional. En el caso *A. Furundzija* (Sentencia del 10.12.1998), el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la Ex-Yugoslavia (*Trial Chamber*) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el

carácter de una norma de *jus cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160). Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos (párr. 153). Tal prohibición absoluta de la tortura, —agregó el Tribunal— impone a los Estados obligaciones erga omnes (párr. 151); la naturaleza de *jus cogens* de esta prohibición la torna «uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional», incorporando «un valor absoluto del cual nadie debe desviarse» (párr. 154).

En otro momento más reciente, el caso *Almonacid Arellano v. Chile* (sentencia de 26 de septiembre de 2006⁴⁸⁴), la Corte Interamericana volvió al tema del *ius cogens* internacional, afirmando, en el párrafo 99 de la sentencia, que «*la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era [en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano] violatoria de una norma imperativa del derecho internacional*» y que «*(dicha) prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general*». En el párrafo 153 de la misma sentencia, la Corte también asevera que «*la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella*».

Para la finalidad específica de esta tesis, nos basta verificar que no solo las normas de protección de derechos humanos generan obligaciones *erga omnes* para todos los Estados (y también para todos los particulares del mundo, vid. tópico posterior) sino también que esas mismas normas asumen, en el orden internacional, una jerarquía jurídica superior. Otrosí, si asumimos que el núcleo de normas básicas de protección de los derechos humanos forma una parte del conjunto normativo superior conocido como *ius cogens* internacional, debemos concluir que ese núcleo alcanza a todos los Estados del orden internacional independientemente de cualquier tratado internacional firmado por ellos.

Esas normas básicas, muchas de las cuales están incluidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, deben, pues, ser respetadas y garantizadas por todos los Estados nacionales indistintamente. Esa observación será importante en el momento de

⁴⁸⁴ El texto de la sentencia *Almonacid Arellano v. Chile* de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Fecha de acceso: 30.12.2013.

estudiar las formas de integración entre el sistema internacional y los sistemas internos de protección de los derechos humanos, pues las normas internacionales del *ius cogens* no demandan el reconocimiento formal de los Estados, lo que abre un camino especial para el ingreso directo de las normas de protección de los derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales, por lo menos de las normas jurídicas básicas, esenciales, nucleares de protección de los derechos humanos.

Existen asimismo opiniones doctrinarias que defienden otra función de las normas fundamentales de derechos humanos que componen el *ius cogens* internacional: la de legitimar —o deslegitimar— los sistemas constitucionales. En este sentido, Yaniv Roznai, entre otros, presenta la posibilidad de reconocerse que el poder de enmendar la Constitución —de cualquier Estado que está, hoy, integrado en el orden internacional— está sujeto a «límites supraconstitucionales»; en especial, el respeto a las normas del *ius cogens* internacional que imponen la protección del núcleo mínimo de los derechos humanos.⁴⁸⁵

Según Roznai, ese límite impuesto por el *ius cogens* internacional está reconocido, por ejemplo, en la Carta Africana de la Democracia, Elecciones y Gobernanza, de 2007⁴⁸⁶, en la cual, en su artículo 23.5, está declarado que los «*Estados Partes convienen en que el uso de, inter alia, los siguientes medios ilegales de acceder o mantener el poder constituyen un cambio inconstitucional de gobierno y deben desencadenar las sanciones correspondientes por la Unión: (...) (c) cualquier enmienda o revisión de la Constitución o de los instrumentos jurídicos que sea una violación de los principios del cambio democrático de gobierno*».⁴⁸⁷

Independientemente de estar de acuerdo o no con la existencia de ese polémico límite supraconstitucional a los poderes constituyentes (originarios y derivados), debemos admitir, por lo menos, que el respeto del *ius cogens* internacional es una condición indispensable para la legitimación de los sistemas internos constitucionales ante el orden internacional, además de poder ser también una condición para la legitimación

⁴⁸⁵ Cfr. Yaniv Roznai: «The theory and practice of “supra-constitutional” limits on Constitutional Amendments», en *International & Comparative Law Quarterly*, v. 62, parte 3, 2013, pp. 574-575.

⁴⁸⁶ El texto de la Carta Africana de la Democracia, Elecciones y Gobernanza, de 2007, está disponible en la siguiente página: <http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf>. Fecha de acceso: 15.11.2013.

⁴⁸⁷ Traducción libre.

interna de los regímenes políticos.

Otrosí, debemos poner de manifiesto que las normas del *ius cogens* internacional, especialmente las normas de derechos humanos, representan un límite a la soberanía de los Estados, los cuales no más pueden desconsiderar y dejar de aplicar esas normas.

3.6 Los sujetos activos y pasivos de los derechos humanos

Debido a la universalidad de los derechos humanos, todos los seres humanos son titulares de esos derechos. La humanidad y la dignidad humana son reconocidas en todos los seres humanos, que deben ser igualmente titulares de los mismos derechos básicos. Así, todos los seres humanos son sujetos activos de las relaciones jurídicas generadas por la aplicación de las normas de derechos humanos.

Sobre los sujetos pasivos de la relación jurídica de respeto a los derechos humanos, o sea, respecto a quién es «deudor» de la obligación de respeto a esos derechos, bajo una perspectiva liberal e influenciada por la teoría constitucional clásica de los derechos fundamentales, se podría defender *prima facie* que los derechos humanos son oponibles al Estado, pero no a los particulares, salvo en situaciones especiales.

De hecho, entre los constitucionalistas, se discute si, además de los entes estatales, los derechos fundamentales también son oponibles a los particulares. La doctrina liberal clásica sostiene la no oponibilidad de los derechos fundamentales a los particulares. Ese enfoque está justificado por la perspectiva liberal de que los «verdaderos» derechos fundamentales serían las libertades públicas, entendidas como una restricción del poder estatal, lo cual quedaría limitado en su fuerza legal de obligar a los súbditos. Así, bajo una perspectiva liberal, la eficacia de los derechos fundamentales (y, asimismo, de los derechos humanos) estaría limitada a las relaciones jurídicas públicas, en que el Estado puede ser demandado.

Esa tendencia de comprensión liberal de los derechos fundamentales tuvo su

auge en los Estados Unidos con la doctrina de la *state action*.⁴⁸⁸ Esa doctrina, posteriormente, sufrió modificaciones en el seno de la Suprema Corte de los EE.UU. y fue remplazada por la doctrina de la *public function theory*, la cual, según Daniel Sarmiento, postula que cuando los particulares actúan en el ejercicio de actividades típicamente estatales, están ellos asimismo sujetos a las limitaciones constitucionales que aseguran los derechos fundamentales.⁴⁸⁹

En el siglo XX, principalmente en los países europeos continentales, otras teorías jurídicas —académicas y jurisprudenciales— fueron siendo construidas a fin de mitigar la visión liberal que restringe el campo de incidencia de los derechos fundamentales. Así surgió, originalmente, la doctrina de la aplicación indirecta (o mediata) de los derechos fundamentales en el ámbito privado. Para sus defensores, como bien explica Daniel Sarmiento, la aplicación de los derechos fundamentales no podría ser transportada libre e inmediatamente hacia las relaciones privadas, ya que estas estarían inmersas en el campo de la autonomía privada, pero podría en ellas incidir de modo mediato, por intermedio de la ley y, en especial, por medio de la interpretación de las cláusulas generales y de los conceptos indeterminados incluidos en la legislación infraconstitucional, como la «buena fe objetiva», el «orden público» y las «buenas costumbres», entre otros.⁴⁹⁰

Posteriormente, también surgió y fue desarrollada la teoría de la eficacia directa (inmediata) de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares. Según los seguidores de esa doctrina, no es posible que haya una doble ética en el derecho; es decir, no se puede admitir que un mismo hecho sea ilícito en el orden público y lícito en el orden privado. Además de eso, se argumenta que la eficacia horizontal (o privada) de los derechos fundamentales sirve al propósito de maximizar la efectividad de esos derechos y conceder supremacía absoluta de la Constitución sobre cualesquiera otros documentos legales. Nos informa Daniel Sarmiento que esta es la teoría que predominó en Portugal, España, Italia y Argentina.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ Cfr. Daniel Sarmiento: *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 189-190.

⁴⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁹⁰ Ob. cit., pp. 197-203.

⁴⁹¹ Ob. cit., p. 216.

Más allá de esas doctrinas, también surgieron diversas otras, que sufrieron la influencia de una o más de las teorías aquí mencionadas, como, por ejemplo, la teoría de la eficacia por medio de los deberes de protección (adoptada, por ejemplo, por Canaris), la doctrina de la convergencia estatista de Jürgen Schwabe y la doctrina mixta de Robert Alexy.⁴⁹²

Pese al interés que despiertan las cuestiones académicas debatidas en el tema de la eficacia vertical u horizontal de los derechos fundamentales, las doctrinas desarrolladas en ese ámbito no pueden ser trasladadas *in totum* a la teoría de los derechos humanos. La construcción teórica de los derechos humanos, desde su principio, a diferencia de lo que pasa en los orígenes dogmáticos de la teoría de los derechos fundamentales, no distingue quién puede ser el potencial violador de un derecho humano —si el Estado o un ser humano concreto—.

El Estado, las empresas, las autoridades públicas, todas las personas físicas o jurídicas deben asumir responsabilidades por las violaciones de los derechos humanos e incluso pueden ser responsabilizadas civil o criminalmente por eso, lo que significa que la obligación de respeto a los derechos humanos es debida por todos; es decir, los derechos humanos también son pasivamente universales y los seres humanos son tanto titulares de los derechos humanos como son responsables por el respeto de esos derechos.

Según Flávia Piovesan, la existencia de tribunales internacionales penales (provisorios o definitivos) solo es justificable por la existencia de deberes de respeto a los derechos humanos por parte de personas físicas, de los seres humanos concretos. Así, desde el Tribunal de Nuremberg, existe un consenso internacional de que los seres humanos también son responsables del respeto a los derechos humanos⁴⁹³. Esto es lo que explica la profesora brasileña⁴⁹⁴:

La sentencia del Tribunal de Nuremberg consolidó la opinión según la cual, así como los Estados, los individuos también podrían ser sujetos del Derecho

⁴⁹² Cfr. Daniel Sarmiento: ob. cit., pp. 187 y 216-214.

⁴⁹³ La responsabilidad individual internacional por los crímenes contra la humanidad (que son graves ofensas a los derechos humanos) era defendida desde el final de la Segunda Guerra Mundial por Hans Kelsen. Cfr. Hans Kelsen: *A paz pelo Direito*, ob. cit., pp. 65-68.

⁴⁹⁴ *Direitos humanos e justiça internacional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 69, traducción libre. En el mismo sentido, vid. el prefacio de Celso Lafer, en la misma obra de Piovesan: «Prefacio», en *Direitos humanos e justiça internacional*, ob. cit., p. 14.

Internacional. Quedó entendido que en la medida en que los crímenes contra el orden internacional son cometidos por individuos y no por entes abstractos, solo puniendo a los individuos perpetradores de tales crímenes es posible que las disposiciones del Derecho Internacional podrían ser aplicadas. Se consagró, pues, la opinión de que los individuos estaban sujetos a la punición debida a la violación del Derecho Internacional.

La aceptación de que los seres humanos son también responsables de las violaciones de los derechos humanos atribuye una eficacia especial a las normas protectoras de esos derechos: la creación de los deberes de protección a los Estados en favor de los individuos. Si cada persona puede violar el derecho humano de otra persona, compete al Estado prevenir activamente y punir esa violación. Eso lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, sentenciado el 29 de julio de 1988 (§ 166)⁴⁹⁵:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, la aceptación de los deberes de respeto por parte de los individuos (y de los respectivos deberes de protección por parte del Estado⁴⁹⁶) se encuentra más desarrollada que en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. No hay ninguna dificultad en admitir la existencia de deberes concretos por parte de los seres humanos, lo que cambia significativamente la doctrina del *Drittwirkung*, concebida por los constitucionalistas para explicar la eficacia de los derechos fundamentales, en el ámbito de los derechos humanos. Esa realidad (aplicable, por ejemplo, en las relaciones laborales) puede ser percibida en la

⁴⁹⁵ La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Fecha de acceso: 3.6.2012.

⁴⁹⁶ Otros casos de las cortes regionales de derechos humanos también pueden ser citados, como por ejemplo, el caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, de la Corte Interamericana, el caso *Maria da Penha*, de la Comisión Interamericana, y los casos «X» e «Y» vs. *Países Bajos*, *M.C. vs. Bulgaria*, *A. vs. Reino Unido* y *Siliadin vs. Francia*, todos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr. Luciano Feldens: *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 102-111.

Opinión Consultiva 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aquí citamos⁴⁹⁷:

140. En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto a los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

La cuestión de la eficacia subjetiva de las normas que imponen los derechos humanos, es decir, la cuestión sobre quiénes son los sujetos obligados a cumplir con los deberes correspondientes, se convierte en un problema cuando estamos tratando de los derechos prestacionales. ¿Cómo sería posible obligar a los individuos a cumplir con los deberes de prestar alimentación, viviendas, agua, servicios de salud a los demás seres humanos? Tales derechos humanos son satisfechos, en general, por medio de las políticas públicas, las cuales, obviamente, solo pueden ser desarrolladas por el Estado, no por los particulares.

Es menester diferenciar aquí lo que sería «respetar» un derecho humano de lo que sería «implementarlo». Por ejemplo, a fin de «implementar» el derecho a la salud, hace falta desarrollar una compleja política pública que presente una lista de servicios de asistencia médica, odontológica, fisioterapéutica, hospitalaria etc. y de medicamentos, entre otros beneficios que deben ser prestados a los individuos. Esa política de implementación está a cargo de los poderes públicos.

Sin embargo, hay innumerables formas de «respetar» el derecho a la salud que dependen de actitudes individuales. Por ejemplo, en los países tropicales, la prevención de algunas epidemias⁴⁹⁸ depende de que todas las personas, en sus respectivas viviendas, eviten dejar residuos de agua depositados al aire libre en botellas, neumáticos, platos de plantas etc.; en ese caso, cuidar de su propio jardín es una forma de respetar el derecho a la salud del vecino.

⁴⁹⁷ La opinión consultiva 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Fecha de acceso: 3.6.2012.

⁴⁹⁸ Como, por ejemplo, la *dengue* en Brasil.

También respeta el derecho humano a la salud, por ejemplo, la empresa que no abusa del monopolio de una patente farmacéutica y produce medicamentos con responsabilidad social, produciendo bienes adecuados a un precio justo accesible a todas las personas.

En el plano del derecho a la alimentación adecuada, aunque dependa del Estado implementarlo en sentido estricto, puede el particular respetarlo desarrollando bien la producción agrícola en su hacienda, evitando el desperdicio de las tierras ociosas que podrían producir la alimentación necesaria para saciar el hambre de muchas personas. También lo respeta, por ejemplo, el empresario que no abusa del poder económico en la comercialización de los géneros agrícolas, evitando desperdicios y manipulaciones de los precios.

Existen muchas formas de respetar los derechos humanos sin necesariamente prestar su objeto directamente al titular del derecho. La mera conducta negativa, de omisión, de ausencia de ofensa directa al bien jurídico tutelado por el derecho humano no alcanza todas las hipótesis de deberes de respeto a los derechos humanos. Hace falta a los aplicadores de los derechos humanos un poco de creatividad constructiva para transformar en normas jurídicas concretas las normas jurídicas abstractas mencionadas en los pactos y convenios de derechos humanos, identificando los deberes concretos que pueden ser exigidos a los particulares en los casos reales.

En muchas situaciones, en los casos de respeto a los derechos a la vida, la integridad física, la intimidad y al medio ambiente salubre, es sencillo identificar los deberes concretos individuales. En otros casos (como los que mencionamos anteriormente), la actividad hermenéutica es mucho más ardua. Sin embargo, en todos los derechos humanos, es posible identificar, al lado de los deberes de respeto e implementación que tocan al Estado, deberes individuales de los propios seres humanos que están obligados a respetar la dignidad y los derechos básicos de todos los otros seres humanos.

3.7 La eficacia de los derechos humanos

Las normas internacionales de los derechos humanos presentan una doble dimensión. En su dimensión objetiva externa, global, representan compromisos normativos que los Estados asumen ante otros Estados y entes de la sociedad internacional. En su dimensión interna, las normas de derechos humanos pasan por un proceso de integración al sistema jurídico nacional y se transforman en pretensiones jurídicas concretas de los individuos ante el Estado y todos los agentes (incluso los propios seres humanos) que están obligados a respetar esas normas.

Las dos dimensiones —externa e interna— son complementarias y la transformación del consenso externo en normas de los sistemas jurídicos internos (o sea, la integración normativa que va a proporcionar la dimensión interna de las normas de derechos humanos) es una de las más importantes —quizá la más importante— formas de proporcionar eficacia jurídica y práctica a las normas internacionales de derechos humanos.

En su dimensión externa, la eficacia de los derechos humanos está determinada por el principio de la efectividad (*effet utile*), o de la máxima efectividad. De acuerdo con ese principio, los Estados deben realizar todos los esfuerzos posibles a fin de respetar y concretizar los derechos humanos garantizados internacionalmente. Desde luego, ningún obstáculo institucional o jurídico interno puede servir como justificación para que el Estado incumpla su deber de implementación normativa y fáctica de los derechos humanos.⁴⁹⁹

El principio del *effet utile*, o *ut res magis valeat quam pereat*, se encuentra recogido en el artículo 31.1 de las Convenciones de Viena, que busca garantizar a todos los tratados internacionales sus «efectos propios», o sea, todos los efectos y desdoblamientos

⁴⁹⁹ El mencionado principio es así explicado por André de Carvalho Ramos: «El principio de la máxima efectividad en el Derecho Internacional consiste en asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios, evitando que sean ellas consideradas meramente programáticas. En el caso de los tratados internacionales de derechos humanos, la interpretación debe contribuir al aumento de la protección dada al ser humano y a la plena aplicabilidad de los dispositivos convencionales.» Cfr. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 84. Traducción libre.

que sean consecuencias lógicas del propósito del tratado y de su objeto principal. En el caso de los tratados de derechos humanos, se entiende que su propósito es garantizar a todos los seres humanos un tratamiento digno y los derechos básicos para el desarrollo de la personalidad y el goce de una buena calidad de vida. Así, siendo ese el propósito de todos los tratados internacionales de derechos humanos, la interpretación, integración y aplicación de esos tratados debe, necesariamente, garantizar, efectivamente, la máxima protección de los seres humanos.

Según Antônio Augusto Cançado Trindade, el principio del *effet utile* en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos también tiene como consecuencia la adaptación hermenéutica de las normas convencionales a la realidad actual en que se concretiza y se aplica el tratado. Esa interpretación evolutiva sería necesaria para que se pueda extraer la máxima utilidad de los tratados internacionales, que podrían cambiar —o evolucionar— de sentido a fin de primorear la forma de protección de los seres humanos.⁵⁰⁰

Ni siquiera un obstáculo de rango constitucional justificaría, internacionalmente, una ofensa a una norma de derecho humano. En realidad, según la jurisprudencia internacional más clásica, el Estado no puede invocar a la propia Constitución para obstruir las consecuencias de un acuerdo internacional cualquier (*a fortiori*, una norma internacional de derechos humanos, la cual demanda especial tratamiento jurídico, no puede ser dejar de ser invocada internacionalmente por motivos constitucionales). Eso quedó expresado en la opinión consultiva (§ 62) del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso del Tratamiento de los Nacionales Polacos en el Territorio de Danzig (1932)⁵⁰¹, en que aquella Corte decidió que:

Debe ser observado que, mientras por un lado, de acuerdo con los principios aceptados generalmente, un Estado no puede confiar, contra otro Estado, en las provisiones de la Constitución del último, pero solamente el Derecho Internacional y las obligaciones internacionales debidamente aceptadas, por otro lado y a la inversa, un Estado no puede invocar contra otro Estado a su propia Constitución a fin de evadirse de las obligaciones que le incumben debido al Derecho

⁵⁰⁰ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 27.

⁵⁰¹ La opinión consultiva del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso del Tratamiento de los Nacionales Poloneses en el Territorio de Danzig (1932) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm>. Fecha de acceso: 7.6.2012. Traducción libre.

Internacional y los tratados que están vigentes.

Por lo tanto, como consecuencia del principio de la efectividad, los Estados no pueden negar la integración inmediata y automática de las normas internacionales de derechos humanos en sus respectivos sistemas jurídicos internos. Así, nos parece totalmente equivocada cualquier opinión en el sentido de que las normas internacionales de derechos humanos serían normas *not self-executing*, o sea, que no serían normas que podrían ser ejecutadas automáticamente, generando derechos subjetivos concretos, después de su introducción formal en los sistemas jurídicos internos por los mecanismos propios de integración normativa. Defendemos que las normas internacionales de derechos humanos son *self-executing* y están dotadas de aplicabilidad plena e inmediata.

Sin embargo, en su dimensión interna, la eficacia de los derechos humanos plantea muchos otros problemas teóricos. Es que, tradicionalmente, los derechos conocidos como «civiles» y «políticos» (los derechos de los «liberales», como la libertad de expresión, la libertad religiosa, la libertad de prensa etc.) son considerados mandatos imperativos en favor de los individuos, o sea, son reconocidos como derechos subjetivos de eficacia directa e inmediata que exigen respeto instantáneo por parte del Estado. A su vez, los derechos sociales, económicos, culturales etc., es decir, los derechos de segunda, tercera o cuarta «generación» son considerados por los juristas conservadores como derechos de «rango inferior», como programas de intención, normas meramente programáticas que no podrían ser evocadas en un proceso judicial concreto. Esa fuerza normativa mínima sería explicada por el carácter costoso de tales derechos, que exigirían prestaciones materiales del Poder Público, muchas veces políticas públicas complejas. La definición de esas políticas y medidas concretas, de acuerdo con esa perspectiva conservadora, estaría sujeta exclusivamente al juego democrático, debiendo los poderes constituidos definir, en concreto, cuales son los derechos humanos prestacionales que deben ser concretizados prioritariamente y cuáles son las formas más adecuadas de aplicación e implementación.

Si adoptamos la perspectiva conservadora respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y afines (o sea, los derechos prestacionales), concluiremos que los Estados tienen un margen más amplio de apreciación en la implementación de esos derechos, no siendo posible un control jurídico y judicial de esas normas. Sin embargo, esa

perspectiva restrictiva no debe ser compartida por nosotros. Incluso en los estudios de Derecho Constitucional más conservadores, la visión tradicional de los derechos prestacionales está siendo hoy superada; lo mismo pasa con la evolución de la jurisprudencia constitucional de muchos Estados europeos y latinoamericanos.

Desde el reconocimiento de que los derechos prestacionales son verdaderos derechos humanos (y también, en muchos sistemas jurídicos nacionales, son derechos fundamentales), se pasa a aplicar la regla de que las normas definidoras de derechos y garantías humanos tienen aplicación inmediata, o sea, esas normas están dotadas de aplicabilidad plena e inmediata. Según Ingo Wolfgang Sarlet, esa «aplicabilidad» sería sinónima de eficacia jurídica, siendo esta identificada como potencialidad de aplicación normativa⁵⁰². De esta manera, debería ser rechazada cualquier interpretación normativa que excluya la producción inmediata de efectos jurídicos de las normas instituidoras de derechos prestacionales, independientemente de cualquier regulación legal o administrativa.

Conforme hemos visto, las características de unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos excluyen la posibilidad de admitir que alguna norma de derecho humano no deba ser aplicada en razón del contenido del derecho. No hay, en principio, jerarquía entre los derechos humanos, aunque se puedan proteger niveles más esenciales de todos los derechos. Por eso, es preciso superar la discusión sobre el binomio aplicación/no aplicación de las normas de derechos humanos.

De acuerdo con los principios 8, 16 y 17 de los «Principios de Limburgo»⁵⁰³, aunque los derechos económicos, sociales y culturales demanden un desarrollo progresivo que frustra cualquier pretensión de satisfacción instantánea, los Estados *«tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos»* en el PIDESC y deben *«hacer uso, a*

⁵⁰² «Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira», en *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 25, n. 55, 2002, pp. 54-55.

⁵⁰³ Los Principios de Limburgo fueron construidos, en 1986, por un conjunto de juristas y expertos a fin de representar la posición básica que la sociedad internacional consolidó respecto a la aplicación del PIDESC. Esos principios, así como los otros principios y directrices que mencionaremos a continuación, son reconocidos y apoyados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. El texto del mencionado documento está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/desc_07.pdf. Fecha de acceso: 5.4.2013.

nivel nacional, de todos los medios apropiados, tales como medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas consistentes en la naturaleza de los derechos». De esa manera, las normas que garantizan los derechos en cuestión deben tener aplicabilidad inmediata y concreta, aunque los grados de concreción de los derechos puedan evolucionar progresivamente, de acuerdo con las circunstancias económicas y sociales propias de cada comunidad.

También de acuerdo con el principio 25 de los Principios de Limburgo, debe el Estado, «*sea cual fuere el nivel de desarrollo económico*», «*garantizar el respeto a los derechos mínimos de subsistencia para todos*». Según el consenso internacional registrado en ese principio, debe ser reconocido un conjunto esencial, un *mínimo existencial*, de condiciones de vida humana adecuada (techo, alimentación, suministro de agua, condiciones sanitarias, servicios esenciales de salud y educación etc.) que deben ser garantizadas igual y universalmente por el Estado (o por la sociedad, en su sentido más genérico).

Ese nivel esencial debe ser garantizado de modo inmediato, lo que significa el reconocimiento de que, debido a las normas internacionales de protección de los derechos humanos económicos, sociales y culturales (integradas en los sistemas jurídicos domésticos), los individuos deben gozar de derechos subjetivos justiciables a tales prestaciones mínimas, lo cual excluye la idea conservadora y anticuada de que esas normas de derechos humanos deban ser entendidas como mero programa de objetivos generales y buenas intenciones.

Los Principios de Limburgo fueron reafirmados por la comunidad internacional en 1997, por medio de las «Directrices de Maastricht»⁵⁰⁴. En este último documento, también fueron delineados cómo se puede reconocer que los Estados han, por acciones u omisiones, violado las normas internacionales de derechos humanos económicos, sociales, culturales y afines. Por medio de «acciones directas», se afirmó que los Estados violan las normas de derechos humanos cuando se constatan: (i) la anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho

⁵⁰⁴ El texto de las Directrices de Maastricht, de 1997, está disponible en la siguiente página electrónica: http://ip.aaas.org/escrdocs_sp.nsf/287fccf1bc425ff4852567590054d44b/77e0aa4feb3691a18525691c0068932a?OpenDocument. Fecha de acceso: 5.4.2013.

económico, social y cultural que esté vigente en ese momento; (ii) la denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta; (iii) el apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales; (iv) la aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables; (v) la adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos; (vi) la obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor; y (vii) la reducción o el desvío de un gasto público específico, cuando dicha reducción o dicho desvío resulta en la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima.

Respecto a las omisiones relevantes, las Directrices de Maastricht denuncian la existencia de violación de los derechos humanos cuando se percibe: (i) la no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto; (ii) la no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto; (iii) la no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto; (iv) la no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que estos violen los derechos económicos, sociales y culturales; (v) la no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto; (vi) la falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento; (vii) la no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto; (viii) la no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto; (ix) el no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento queda dentro de sus posibilidades; y (x) cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales

o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

Recientemente, la comunidad internacional de juristas reveló nuevos principios que corroboran los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht de 1997. En febrero de 2012, surgieron los «Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales»⁵⁰⁵, en que los Estados deben responder por los derechos económicos, sociales y culturales incluso de los extranjeros que se encuentran en sus territorios y áreas de influencia y también tienen el deber de cooperar internacionalmente en favor de la implementación de tales derechos en todo el mundo (o sea, los Estados deben asumir las obligaciones derivadas de la solidaridad internacional para la implementación de los derechos humanos).

El tema de la aplicabilidad inmediata plena y de la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y afines (muy debatido en el derecho internacional de los derechos humanos) no es extraño a la dogmática constitucional, pues, en muchos sistemas constitucionales, esos mismos derechos son también derechos constitucionales o quizá derechos fundamentales. Por eso, muchos constitucionalistas ya se han ocupado de ese tema y han teorizado respecto a las formas de conferir aplicabilidad y eficacia inmediatas y plenas a las normas de derechos económicos, sociales y culturales (o prestacionales, como un todo).

Tratando de superar esa discusión en Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet (tratando del sistema constitucional brasileño) defiende que de los derechos prestacionales, aunque estén previstos en normas internacionales o constitucionales consideradas tradicionalmente como siendo de «eficacia limitada», se originarían también las siguientes consecuencias jurídicas⁵⁰⁶: (i) derogación de todos los actos normativos anteriores materialmente incompatibles; (ii) establecimiento de parámetros normativos que deben guiar al legislador nacional; (iii) nulidad de los actos normativos posteriores materialmente en conflicto; (iv)

⁵⁰⁵ El texto de los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2012, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf>. Fecha de acceso: 5.4.2013.

⁵⁰⁶ Ibidem, pp. 62-63.

conformación de la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas, constitucionales o infraconstitucionales; (v) creación de deberes jurídicos negativos, que consisten en la prohibición de contrariar, por acción, la norma programática; (vi) prohibición de retroceso —o regresividad— social; (vii) surgimiento de derechos defensivos —libertades sociales— previstos específicamente en la Constitución (o textos internacionales integrados al texto constitucional).

Además de esos efectos, cuya mayoría está atada a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, Sarlet, trabajando la cuestión como un tema propio del Derecho Constitucional, y valiéndose de la lección de Robert Alexy, también defiende la posibilidad del reconocimiento del derecho subjetivo social originario directamente de la Ley Fundamental, siempre y cuando ocurra una entre las siguientes hipótesis: (i) cuando el principio constitucional de la separación de los poderes, así como otros, es limitado de forma mínima; (ii) cuando las prestaciones demandadas por la implementación del derecho son imprescindibles al principio de la libertad fáctica⁵⁰⁷.

Entre los constitucionalistas de la raíz ibérica, también podemos recoger la lección del portugués José Carlos Vieira de Andrade, que sintetiza los siguientes aspectos relacionados con la fuerza normativa (eficacia) de los derechos humanos y fundamentales sociales (que pueden ser extendidos a los derechos prestacionales genéricamente): (i) imposición de legislación concreta que proporcione ejecutoriedad a los preceptos constitucionales; (ii) creación de un parámetro jurídico para el control judicial de las normas infraconstitucionales; (iii) establecimiento de un factor de interpretación jurídica; (iv) desarrollo del fundamento constitucional para la restricción o limitación de otros derechos fundamentales; (v) manifestación de la fuerza irradiante, garantizando capacidad de resistencia a los derechos derivados de las prestaciones a los cambios normativos que signifiquen disminución del grado de realización de los derechos⁵⁰⁸.

Entre todas esas formas de eficacia, la más polémica en la doctrina (entre los constitucionalistas) es la prohibición de retroceso. Sugieren sus opositores que la prohibición de retroceso representa una paralización jurídica e institucional del Estado y

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 64.

⁵⁰⁸ *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 393.

del sistema constitucional⁵⁰⁹. Otros, como Heinrich Scholler, entienden que es posible restringir derechos sociales ya creados y concretizados cuando la restricción ocurra por necesidad del bienestar social de la propia colectividad⁵¹⁰. Pero, para los internacionalistas, la prohibición de retroceso —o el «efecto *cliquet*»— es una realidad normativa indiscutible, pues que tiene como fundamento la cláusula del «desarrollo progresivo», que impone a los Estados implementar «progresivamente», o sea, «gradualmente» los derechos humanos prestacionales. Como bien recuerda André de Carvalho Ramos, la cláusula del desarrollo progresivo está expresada en el art. 2.1 del PIDESC y en el art. 1º del Protocolo de San Salvador⁵¹¹.

Aunque se admita excepcionalmente el regreso en la implementación de algunos derechos humanos prestacionales, esa posibilidad debe ser limitada y controlada al máximo. Es decir, la regla general es la de que no se admite la regresión en la implementación de los derechos humanos.

Existen muchas alternativas metodológicas al control del regreso de los derechos humanos sociales, económicos, culturales y similares. Para Víctor Abramovich y Christian Courtis, la regresión en la implementación de los derechos humanos solo debe estar admitida en los casos excepcionales, como, por ejemplo, el caso de una grave crisis económica. Aun en esos casos, Abramovich y Courtis defienden que: (i) no se puede impedir el goce de grados mínimos de los derechos (alimentación esencial, educación básica, condiciones sanitarias mínimas, suministro mínimo de agua potable, medicamentos esenciales etc.); se (ii) debe priorizar el amparo de los grupos vulnerables (como las personas desplazadas, las minorías, los ancianos, los campesinos sin tierras, las personas discapacitadas, las personas sin techo, los niños etc.), y (iii) se debe pasar por el control de proporcionalidad, con la imputación de la carga probatoria al Estado, que debe demostrar si la medida regresiva está justificada por un interés estatal admisible, por una necesidad

⁵⁰⁹ Sobre las posibles objeciones a la prohibición del retroceso social, vid. Narbal Antônio Mendonça Fileti: «O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações», disponible en: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL_AMBAMATRA.pdf>. Fecha de acceso: 2.6.2012.

⁵¹⁰ Cfr. Heinrich Scholler: «Constituição e direito no processo da globalização: a transição do Estado social e da economia planificada para uma economia de mercado», en *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, editado por Ingo Wolfgang Sarlet, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 100.

⁵¹¹ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 209.

imperiosa y por la inexistencia de medidas alternativas menos restrictivas de los derechos en cuestión. Además de eso, según Abramovich y Courtis, en un caso de duda, la medida regresiva debe ser declarada ilegítima («*in dubio pro iustitia socialis*»).⁵¹²

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas, en sus Observaciones Generales 13/1999 (que trata del derecho humano a la educación, pero asimismo hace consideraciones sobre todos los derechos humanos prestacionales), también ha tratado de restringir la aceptación de la regresión en la implementación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Está registrado en el párrafo 45 de las Observaciones Generales 13/1999⁵¹³ que:

45. La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte

En el mismo sentido, el Comité también expresó en sus Observaciones Generales 14/2000⁵¹⁴ (que trata del derecho humano a la educación) lo siguiente:

32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte

De acuerdo con el párrafo transcrito de las Observaciones Generales 13/1999 y 14/2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entiende que las medidas regresivas demandan, para su aceptación, cuatro condiciones básicas: (i) el Estado debe antes considerar cuidadosamente todas las alternativas a tales medidas; (ii) las

⁵¹² Cfr. Víctor Abramovich y Christian Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 80-116.

⁵¹³ El texto de las Observaciones Generales 13/1999 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/13_educacion.pdf>. Fecha de acceso: 5.4.2013.

⁵¹⁴ El texto de las Observaciones Generales 14/2000 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/14_salud.pdf>. Fecha de acceso: 5.4.2013.

medidas deben estar justificadas plenamente en relación con la totalidad de los derechos humanos reconocidos internacionalmente; (iii) el Estado debe aprovechar el máximo de los recursos de que disponga para implementar los derechos en sus niveles equilibrados; (iv) compete al Estado (se trataría de su «carga probatoria», según Abramovich y Courtis) demostrar la coincidencia de todas esas condiciones de legitimidad.

A nuestro parecer, la prohibición de retroceso solo puede comportar excepciones en los casos extraordinarios, cuando el aparente y momentáneo retroceso esté justificado en la garantía de otros derechos humanos igualmente importantes, observando, en ese caso de colisión de principios y de derechos, la necesaria protección nuclear de todos los derechos humanos involucrados.

De las lecciones que colacionamos en las líneas anteriores, se puede percibir que los derechos prestacionales, de diversas formas, son jurídicamente eficaces (es decir, producen efectos jurídicos)⁵¹⁵. Puede que la regulación de esos derechos sea lo suficientemente útil para intensificar la producción de efectos jurídicos, pero ella no es indispensable en todos los casos. No puede el destinatario de la norma constitucional incumplirla en situaciones en que es evidente el mandato normativo concreto que en ella se origine, alegando la ausencia de regulación legal o administrativa.

Cuando de la aplicación de la legislación, ya sea constitucional o legal, en un tema ya sea público o privado, siempre que una norma no esté concretamente detallada, compete, en principio, al titular del deber jurídico elegir la forma más adecuada de desarrollarla y cumplirla, no siéndole lícito, no obstante, hacerlo en desacuerdo con los parámetros de la razonabilidad. Son esos los parámetros que delimitan su discrecionalidad e impiden que esta se transforme en mera arbitrariedad. Ese raciocinio es válido, por ejemplo, para la construcción de escuelas por el Estado, que no las puede concentrar en algunas ciudades de su territorio y dejar de construirlas en regiones menos desarrolladas del país.

La lógica aquí aplicada —de concretización de las obligaciones— no es

⁵¹⁵ Además de todas esas versiones de eficacia jurídica de los derechos humanos y fundamentales prestacionales, no se puede desapreciar, como bien señala Andreas J. Krell, la «*función sugestiva, apelativa, educativa y concientizadora*». Cfr. «Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa», en *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, 1999, p. 255.

muy distinta de aquella desplegada y aplicada hace miles años por los juristas romanos, los cuales enseñaban que, respecto al objeto de prestación de una *emptio venditae* de cosa incierta por parte del vendedor, este no está obligado a entregar al comprador la cosa de mejor calidad, pero tampoco puede elegir la cosa de calidad inferior a la esperada.

De la misma manera, cuando tratamos de las normas (internacionales o constitucionales) definidoras de derechos prestacionales, siempre que no haya regulación legal o administrativa, compete al ente público correspondiente elegir la mejor forma de cumplir y concretizar la norma, gozando, en principio, de discrecionalidad en la forma por la cual será aplicada la norma, no disfrutando, sin embargo, de cualquier libertad de decisión sobre si debe ejecutarla o no. Esa discrecionalidad en la implementación normativa, a su vez, está limitada por los principios de derechos humanos que ya hemos analizado.

Más a menudo, cuando las normas de derechos humanos económicos, sociales o culturales no son respetadas, el Estado infractor invoca en su defensa la imposibilidad económica de cumplir esas normas. Con tal finalidad, afirman los Estados (principalmente los conocidos como «subdesarrollados» o «en desarrollo») que no faltaría voluntad política e institucional para concretizar la justicia social y proveer a sus ciudadanos, con inversiones públicas, bienes y servicios esenciales de alimentación, viviendas, asistencia a la salud, educación etc., pero que sí faltan los recursos públicos necesarios para cumplir tal misión.

Esa alegación de ausencia de recursos públicos suficientes es suscitada incluso en países como Brasil, que es hoy considerado una de las más fuertes economías del mundo. Aunque cuente con un presupuesto público bastante elevado⁵¹⁶, los entes de la federación brasileña siguen negando la implementación universal y adecuada de derechos humanos como la educación, la alimentación, los servicios de saneamiento básico, la salud etc. Eso confirma que quizá el principal motivo de la carencia fáctica de efectividad de las normas de derechos humanos prestacionales no es la ausencia de recursos públicos

⁵¹⁶ De acuerdo con la Ley Federal de Brasil 12595/2012, la Ley de Presupuesto Federal para 2012, el gobierno brasileño estimó que en ese año ingresaría para la Hacienda federal R\$ 2 150 458 867 507.00, lo que equivalía, en aquel entonces, a más de US\$ 1 000 000 000 000.00. La Ley de Presupuesto Federal para 2012 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamento_12/LOA_2012_Lei_n_125_95.pdf>. Fecha de acceso: 2.6.2012.

suficientes, sino la ausencia de voluntad pública para priorizar las inversiones en políticas públicas que satisfagan los derechos en cuestión.

Podemos percibir el carácter falaz del argumento del *costo social* como elemento descaracterizador de los derechos cuando observamos que algunos de los derechos civiles y políticos —de la «primera generación»— también son garantizados por el Estado por medio de acciones administrativas o de policía que exigen gastos públicos. Así, la garantía de la propiedad privada por el Estado depende de la protección estatal —por medio de los órganos de la policía, mantenidos con el dinero público— contra las violaciones perpetradas por los particulares (tomando aquí el ejemplo más hobbesiano posible). También la garantía de los derechos a la vida, la integridad física y al tratamiento digno de los encarcelados, como bien señala André de Carvalho Ramos⁵¹⁷, tiene como su condición material la existencia de recursos públicos suficientes. De hecho, si radicalizamos un poco en el tema y reparamos que el acceso a la jurisdicción es una garantía de todos los derechos humanos, concluiremos que esa garantía extrema de los derechos humanos está condicionada a la existencia de condiciones financieras apropiadas del Estado, ya que el buen funcionamiento del servicio público judicial también se somete a esas condiciones materiales.

No queremos aquí defender que los derechos sociales deben ser concretizados de la misma forma en todos los sistemas jurídicos, ya sea en un Estado europeo, ya sea en un Estado latinoamericano. Por supuesto que eso no es posible. Conforme ya hemos afirmado, debido al principio jurídico de la apertura cultural y nacional, los derechos humanos deben ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta el contexto cultural, social y económico en que se hace la aplicación; debe tal principio posibilitar una apertura hermenéutica a las diversas posibilidades de interpretaciones disponibles en los contextos regionales, nacionales y locales, pero, siempre, con la condición de que sea respetado el núcleo básico y universal del derecho humano a ser interpretado y aplicado.

Así, no hay una manera única de concretizar los derechos humanos, principalmente los derechos humanos prestacionales, que son implementados, casi

⁵¹⁷ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 201.

siempre, por medio de políticas públicas muy complejas. La propia definición del contenido del derecho humano prestacional debe ser averiguado dentro del contexto histórico, social, económico y cultural en que se propone su implementación. De esta manera, por ejemplo, no hace falta que los servicios de salud prestados por un Estado europeo sean los mismos que los ofertados por el Estado americano. Sin embargo, considerando siempre los diferentes contextos de los países, se debe identificar un conjunto esencial de bienes y servicios de salud que debe ser prestado por cada Estado, dentro de su contexto propio.

La apertura cultural y nacional no puede justificar la ausencia de implementación de los derechos humanos. Los Estados pueden escoger estrategias distintas de implementación de los derechos humanos prestacionales, pero deben considerar algunas condiciones esenciales. Mencionamos aquí las que nos parecen más adecuadas: (i) el núcleo esencial del derecho debe ser garantizado; (ii) los bienes y servicios concretizadores del derecho deben ser prestados o garantizados por el Estado uniformemente a todas las personas, respetando el principio de la igualdad; (iii) las políticas públicas de implementación de esos derechos deben ser proporcionales al grado de desarrollo financiero del Estado, no admitiéndose la desproporcionalidad por insuficiencia; (iv) las políticas públicas de implementación deben ser adecuadas a la universalización de esos derechos, no admitiéndose políticas públicas no aptas para alcanzar, en plazo adecuado, la referida universalización (o sea, el alcance del núcleo esencial del derecho a todas las personas); (v) el Estado debe invertir prioritariamente su presupuesto en la implementación de los derechos humanos, siendo ilícitas demasiadas inversiones en utilidades que no signifiquen la implementación de derechos humanos (por ejemplo, gastos con publicidad del gobierno, gastos militares etc.); (vi) cuando hacen falta grandes inversiones públicas para la implementación de diferentes derechos humanos (salud, educación, viviendas, alimentación etc.), el presupuesto público debe contemplar de forma equilibrada todos esos derechos, de modo que todos ellos tengan presente un nivel de desarrollo semejante, con respeto al principio de la protección integral del ser humano; (vii) la implementación de los derechos prestacionales debe ser realizada progresivamente, con el incremento gradual de los parámetros mínimos de materialización, no admitiéndose el retroceso social en esa implementación, salvo circunstancias excepcionales en que el retroceso temporal sea necesario para la protección de los propios derechos humanos, desde la perspectiva de la

protección integral de los seres humanos; (viii) las políticas de implementación de los derechos humanos prestacionales deben ser permanentes, no pueden buscar solo soluciones y efectos temporales, meramente paliativos; (ix) los agentes violadores de los derechos humanos prestacionales deben ser responsabilizados civil y criminalmente con el mismo rigor que los agentes violadores de los demás derechos humanos⁵¹⁸.

Con los parámetros que acabamos de puntualizar, creemos que es posible el control judicial de las políticas públicas de implementación de los derechos humanos prestacionales, cuando entonces el órgano jurisdiccional (nacional o supranacional) puede reconocer la violación de esos derechos y determinar medidas esenciales para que el Estado promueva la aplicación adecuada de esos derechos.

3.8 La confluencia entre los conceptos y los regímenes de los derechos humanos y de los derechos fundamentales

Una idea bastante difundida en la materia que tratamos es la que considera como sinónimas las expresiones «derechos humanos» y «derechos fundamentales», que postula que los dos términos significan la misma cosa; una en el plano internacional, otra en plano constitucional. En este sentido, explica Antonio Enrique Pérez Luño:

Los términos «derechos humanos» y «derechos fundamentales» son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas las expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término «derechos fundamentales» para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula «derechos humanos» sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo⁵¹⁹.

Pérez Luño parece inclinado a aceptar, *grosso modo*, la distinción firmada

⁵¹⁸ Así, por ejemplo, los agentes políticos que son corrompidos y desvían recursos públicos destinados a la salud, educación, alimentación, viviendas etc. deben ser procesados y punidos con el mismo rigor con el que son punidos los criminales que practiquen, por ejemplo, robos, raptos y tráfico de drogas.

⁵¹⁹ *Derechos Fundamentales*, 9ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 44.

por la *communis opinio doctorum*. Es su conclusión:

Para evitar los inconvenientes de esta tesis parece más oportuno volver al planteamiento inicial, es decir, tomar como criterio distintivo el diferente grado de concreción positiva de estas categorías. En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término «derechos humanos» aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los «derechos fundamentales». Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada⁵²⁰.

En sentido similar está la distinción planteada por el constitucionalista portugués João Joaquim Gomes Canotilho:⁵²¹

Las expresiones «derechos del hombre» y «derechos fundamentales» son frecuentemente utilizadas como siendo sinónimas. Según el origen y significado, podríamos distinguirlas de la manera siguiente: los **derechos del hombre** son derechos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos (dimensión jusnaturalista-universalista); los **derechos fundamentales** son todos los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente. Los derechos humanos surgirían de la propia naturaleza humana y ahí está su carácter inviolable, intemporal y universal; los derechos fundamentales serían los derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto.

Javier Pérez Royo también ubica el concepto de los derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo, que trasformaría derechos naturales del hombre en derechos fundamentales. Son sus palabras:

Los derechos fundamentales son, pues, los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de la soberanía popular⁵²².

A su vez, Francisco Rubio Llorente defiende que hay una identificación parcial entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, siendo los primeros identificados por su contenido sustancial (que se identificaría con el «conjunto de ideas

⁵²⁰ Ibidem, p. 46. Adoptando un entendimiento similar, que identifica en los derechos fundamentales los propios derechos humanos que se encuentran positivados en el orden jurídico del Estado (aunque sin perder su doble dimensión filosófica-normativa), vid. Jorge Benavides Ordóñez: ob. cit., pp. 34-37.

⁵²¹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 393. Traducción libre.

⁵²² *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., revisada por Manuel Carrasco Durán, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 219.

morales básicas existentes en una sociedad») y los últimos tanto por su sustancia (similar a la de los derechos humanos) como por el reconocimiento constitucional formal. Son sus palabras:

Desde un punto de vista puramente formal, los derechos constitucionales o fundamentales lo son porque la Constitución los garantiza directamente incluso frente a la ley, pero esta perspectiva formal es absolutamente insuficiente. Es la Constitución la que da a estos derechos su rango formal, pero a su vez es la existencia de una garantía constitucional de estos derechos la que permite hablar de Constitución en el único sentido adecuado a la realidad que este término tiene. Desde el punto de vista sustancial, de su contenido, los derechos constitucionales o fundamentales lo son porque son el fundamento de la Constitución. Porque la Constitución ha de garantizarlos para fundamentar la legitimidad del poder que instaura y la validez del derecho creado por éste. No hay más derecho real que el derecho positivo, el derecho estatuido o puesto por el poder, pero este derecho no puede servir de fundamento a su propia validez, si por derecho válido se entiende aquél que genera una obligación de obediencia que no se basa únicamente en la amenaza de la coacción. Los Derechos Fundamentales son los derechos que establecen la conexión necesaria entre el derecho positivo y el conjunto de ideas morales básicas existentes en una sociedad (al menos, claro está, las ideas morales relativas a la vida en común). Por eso, ahorrando un desarrollo más largo, hay que entender que los Derechos Humanos, además de ser derechos positivizados libremente, pero bajo ese nombre, por el Derecho Internacional, son derechos positivizados necesariamente, aunque bajo otra denominación, por el Derecho interno⁵²³.

Blanca Martínez de Vallejo Fuster, en un estudio específico sobre la distinción conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales, también notó que, en general, la doctrina o emplea los términos como sinónimos⁵²⁴, o reserva la expresión derechos humanos para *«aquellas exigencias básicas que, rodeadas de determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo»*, o hace la distinción conceptual con base en el alcance interno o internacional⁵²⁵.

Además de esas distinciones, observamos que, paralelamente, también se desarrollaron doctrinas respecto a otras clases «semejantes» de derechos, como los

⁵²³ «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional», en *El núcleo duro de los derechos humanos*, coordinado por Antonio Marzal, Navarra, J. M. Bosch Editor, 2001, p. 82.

⁵²⁴ En el sentido de que existiría una «intercambiabilidad» entre los términos «derechos humanos», «derechos individuales», «derechos de los ciudadanos» y «derechos fundamentales», vid. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer: «Régimen Constitucional de los Derechos Fundamentales», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, coordinado por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo, Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 79.

⁵²⁵ «Los derechos humanos como derechos fundamentales: del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual», en *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, coordinado por Jesús Ballesteros, Madrid, Editorial Tecnos, 1992, pp. 42-45.

«derechos públicos subjetivos», en la Alemania del siglo XIX, o como los «*civil rights*» o «*civil liberties*», en los Estados Unidos de América. Esas doctrinas, según Antonio Enrique Pérez Luño, intentan ubicar los derechos subjetivos básicos de los hombres y de las mujeres en el ámbito de las relaciones entre el Estado y los individuos. Serían formas, por lo tanto, de reducción del poder del Estado por el propio Estado, una «autolimitación» del Estado en favor de los entes individuales.⁵²⁶ Tales conceptos, por lo tanto, no consideran las relaciones humanas y la dignidad humana *per se*, sino que consideran el *ciudadano* (individuo que participa del Estado) en sus relaciones fundamentales con el Estado.

A nuestro juicio, las distinciones clásicas entre derechos humanos y derechos fundamentales (o incluso entre esos derechos y los «derechos públicos subjetivos» o «*civil rights*») son insuficientes para la construcción de una teoría apta para explicar y retratar la integración de las normas de derechos humanos en el mundo jurídico contemporáneo.

Creemos que contestar, *ab initio*, la confusión conceptual es importante no solo como medida de corrección académica, sino, principalmente, para permitir entender mejor como está ocurriendo la integración entre las normas de derechos humanos y las de derechos fundamentales en los ámbitos internos de los Estados (o demás normas nacionales de reconocimiento y garantías de derechos), o incluso como esos conceptos, inicialmente distintos, propenden a la fusión axiológica y formal, especialmente en América Latina.

En efecto, el presupuesto de la propia idea de integración —o incluso fusión— es la existencia de elementos inicialmente distintos que necesitan integrarse. Si los derechos humanos y los derechos fundamentales fuesen siempre una misma cosa (como, en modos diferentes, en las teorías que sustentan que la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales residiría en la positivación o no del derecho, o aun en su reconocimiento internacional o constitucional), no tendría sentido integrar —compatibilizar— las normas de derechos humanos y las normas de derechos fundamentales. La consecuencia de tal perspectiva (a nuestro entender, equivocada) sería aplicar simplemente un elemento (la norma de derecho fundamental, en regla) y olvidar el

⁵²⁶ Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, ob. cit., pp. 35-37.

otro elemento (la norma de derecho humano), intentando creer que, al hacer esto, las normas olvidadas también estarían automáticamente siendo cumplidas.

Esa percepción de que los derechos fundamentales simplemente son los derechos humanos con un *plus constitucional* tiene como consecuencia el hermetismo de la propia Constitución y la impresión de que las normas de los derechos humanos valen solo para los «otros», no para sí (es decir: para «fuera», no para «dentro»).

Podemos decir que un hermetismo constitucional es producido por dicha concepción tradicional porque, si los derechos humanos significan lo mismo que los derechos fundamentales y un Estado reconoce y garantiza «adecuadamente» los derechos fundamentales, ese Estado no necesitaría dar cuentas del cumplimiento de las normas de derechos humanos a la comunidad internacional o a sus propios ciudadanos, pues la propia existencia de los derechos fundamentales bastaría para satisfacer el cumplimiento de tales normas de derechos humanos.

En cambio, desde dicha perspectiva tradicional, las normas —internacionales— de derechos humanos serían «útiles» solamente en el momento de exigir al «otro» Estado su cumplimiento, justificando, de esa forma, incluso la intervención extranjera en los asuntos domésticos del Estado extranjero. Así, desde esa perspectiva, las normas de derechos humanos tendrían solo una dirección: el «otro Estado», el Estado extranjero, nunca el Estado del propio sujeto observador (estadounidense, europeo, brasileño etc.), que ya tiene internamente desarrollado un sistema de protección de derechos fundamentales o de derechos civiles —los *civil rights*—.

Las normas de derechos humanos, en esa concepción, serían un parámetro normativo para contestar la conducta de los otros Estados (por ejemplo, los Estados islámicos, africanos, asiáticos etc.), pero nunca para controlar —interna o externamente— los actos de un Estado occidental desarrollado, que tendría su propio parámetro normativo eficaz, cual es, las normas de los derechos fundamentales constitucionalizados. Por lo tanto, en el ámbito interno, a los Estados «desarrollados» tocaría solamente examinar y aplicar las normas de derechos fundamentales; las normas de derechos humanos solo serían útilmente examinadas cuando fuese necesario recriminar, por ejemplo, a un dictador yugoslavo o un acto de un Estado tercermundista.

Como se puede percibir, esa perspectiva de los derechos humanos como elementos jurídicos «externos», no integrados a los sistemas jurídicos internos, no está adecuada a la explicación del mundo y de la realidad jurídica globalizada del siglo XXI, que exigen esfuerzos continuos de integración jurídica y cultural en los más diversos ámbitos, y principalmente en el ámbito de los derechos humanos.

La confusión conceptual que aquí abordamos, con la consecuente predominancia del foco en los derechos fundamentales y la relegación de la idea propia de derechos humanos, también proporciona una opción clara por la perspectiva nacional (local) en la interpretación y aplicación de los derechos, en desfavor de la perspectiva transnacional, transcultural y global que acompaña a las normas de derechos humanos. Ese efecto impacta negativamente sobre una de las principales funciones de los derechos humanos, que es la integración de todas las personas y pueblos del globo terrestre.⁵²⁷ De hecho, si un derecho es interpretado y aplicado exclusivamente de acuerdo con una perspectiva cultural y jurídica local, un extranjero que se encuentre bajo el poder estatal de otra nación no se sentirá contemplado adecuadamente por tal norma estatal, puesto que su perspectiva culturalmente diversa no habrá sido tenida en cuenta en la concepción, interpretación y aplicación de esa norma.

Por tales razones, creemos que una diferenciación conceptual inicial es necesaria. No negamos que, muchas veces, el mismo derecho está reconocido como derecho humano en un tratado internacional y como derecho fundamental en una Constitución, lo que incluso se espera de un Estado comprometido con los valores y los principios fundamentales de los derechos humanos. Esa protección normativa coincidente no basta, sin embargo, para que les sean atribuida a los derechos fundamentales y a los derechos humanos la misma significación conceptual. Existen unos derechos humanos y otros derechos fundamentales que coinciden en sus contenidos, pero, aún en ese caso, los elementos jurídicos de los derechos fundamentales y de los derechos humanos pueden coexistir con independencia conceptual, lo que nos permite examinar la propia existencia de la integración normativa entre esos elementos.

Si queremos conceptualizar distintamente derechos fundamentales y derechos

⁵²⁷ Esa función es consecuencia de la universalidad de los derechos humanos, que es una de sus características fundamentales.

humanos, tenemos que definirlos y exhibir sus diferencias. El concepto de derecho humano nosotros ya lo examinamos. Nos tocaría ahora averiguar el concepto de derecho fundamental o, más concretamente, en qué se diferencia, apriorísticamente, el concepto de derecho fundamental del concepto de derecho humano.

La concepción de los derechos fundamentales surgió históricamente en Europa y en los Estados Unidos como derechos de libertad de resistencia a los poderes constituidos⁵²⁸. Así fueron concebidos los *Grundrechte*, derechos «básicos» o «fundamentales» que están positivados en la Constitución del Estado moderno como forma de protección del individuo contra el propio Estado.

Casi en el mismo contexto histórico, fueron reconocidos como derechos fundamentales los derechos de «libertad» (o de «libertad negativa») y los derechos de participación (o de «libertad positiva» en la formación del Estado), derechos que son propios de los ciudadanos. Posteriormente, en algunas constituciones europeas (y, posteriormente, en otras latinoamericanas), como resultado de la lucha socialista, fueron incluidas en la lista de los derechos fundamentales también las pretensiones a prestaciones sociales y económicas del Estados a sus nacionales⁵²⁹.

De una forma u otra, sea como derecho de libertad negativa, de libertad participativa o de derecho a prestaciones positivas, los derechos fundamentales son dogmática e históricamente reconocidos como derechos positivados por el Estado en el contexto de un pacto constitucional que funda y legitima los poderes constituidos en sus relaciones con los particulares que se encuentran bajo la soberanía estatal. Por lo tanto, los derechos fundamentales no surgieron necesariamente con la consideración del hombre en sí mismo, de su esencia propia, sino del hombre en su relación con el Estado, un Estado delimitado territorialmente que necesariamente debe relacionarse con sus ciudadanos.

Aunque en los EE.UU. y en Francia, por ejemplo, la institución de los derechos fundamentales haya sido precedida por declaraciones universales (que tenían la perspectiva del hombre como especie, no como nacional, ciudadano), en el momento en

⁵²⁸ Cfr. Paolo Caretti: *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, colaboración de Giovanni Tarli Barbieri, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2005, p. 3.

⁵²⁹ Cfr. Robert Alexy: «Sobre los derechos constitucionales a protección», en *Derechos sociales y ponderación*, coordinado por Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 46-49.

que esos derechos son llevados a los textos constitucionales, ya no existen pretensiones universales, sino particulares, limitadas a las personas que se encuentran bajo el poder estatal que se legitima con el pacto constitucional. Aquí reside la primera diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, ya que estos son reconocidos en consideración a la propia naturaleza humana y desde la perspectiva del hombre en cuanto ser humano (dondequiera que se encuentre y cualquiera que sea su relación con el Estado), y no en cuanto nacional, ciudadano o residente.

El cotejo preciso del concepto de derecho fundamental con el concepto ya expuesto de derecho humano presupone que se puedan reconocer en la teoría de los derechos fundamentales unas líneas generales que adjudiquen a tales especies de derechos identidad y características propias. Sin embargo, Como bien advierte Ernst-Wolfgang Böckenförde, no hay un concepto único y absoluto de derecho fundamental.⁵³⁰

Según Böckenförde, entre las doctrinas constitucionales alemanas, existirían cinco teorías —o grupo de teorías— sobre los derechos fundamentales; son ellas: (i) la teoría liberal de los derechos fundamentales; (ii) la teoría institucional de los derechos fundamentales; (iii) la teoría axiológica de los derechos fundamentales; (iv) la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales; y (v) la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social.⁵³¹

La teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales mencionada por Böckenförde puede ser considerada la teoría clásica de los derechos fundamentales. Ella plantea la existencia de una libertad individual que, aunque no sea presocial, sería preestatal, pues sería anterior a la existencia del Estado, compitiendo a este solo garantizar la libertad, principalmente por medio del respeto a la esfera privada de libertad y de normas de distribución entre el individuo y el Estado. Esa libertad, la libertad «sin más», sería el ámago de los derechos fundamentales, que serían verdaderos derechos de defensa.⁵³²

Posiblemente, la teoría liberal de los derechos fundamentales, en calidad de

⁵³⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde: *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 48-52.

⁵³¹ Cfr. idem, ibidem.

⁵³² Cfr. idem, ibidem.

modelo académico de explicación de una realidad constitucional, es más adecuada para explicar el escenario político y jurídico del siglo XIX y del inicio del siglo XX.

Los cuatro modelos aludidos por Böckenförde aparecieron como modelos alternativos al paradigma liberal. En todos ellos, la libertad garantizada por los derechos fundamentales no sería tan solo una libertad sin más, preestatal, sino sería una libertad — en mayor o menor grado— objetivada, que está mezclada con otros elementos objetivos de identidad constitucional. Así, según Böckenförde, en la teoría institucional de los derechos fundamentales, estos asumen el carácter de principios objetivos de ordenación y se despliegan en regulaciones normativas de tipo institucional (que no se limitarían a las garantías institucionales). La libertad aquí asegurada sería ella misma un instituto jurídico, una libertad objetivada.⁵³³

La teoría axiológica de los derechos humanos, según Böckenförde, del mismo modo proyecta la idea de los derechos humanos con una importancia constitucional más objetiva, pero, a diferencia de la teoría institucional, asigna relevancia a los valores que los derechos fundamentales aportan al orden constitucional; los derechos fundamentales, de acuerdo con tal enfoque, no serían todos propiamente institutos, sino, en sus dimensiones objetivas, conjuntos axiológicos que conformarían la identidad constitucional y conferirían plasticidad al orden constitucional.⁵³⁴ Tal teoría, que tiene como referencia académica al constitucionalista alemán Rudolf Smend (también conocido por su doctrina de la integración constitucional y de la interpretación realista de la Constitución), parece ser una de las que más prestigio gozan en los medios académicos y judiciales hasta hoy.⁵³⁵

La cuarta teoría referida por Böckenförde —la teoría democrático-funcional— retoma la idea institucionalista de que los derechos fundamentales deben ser entendidos no de acuerdo con derechos anteriores a la propia Constitución, sino en función de una finalidad constitucional. Esa finalidad sería la propia integración política y social, tal como defendía Rudolf Smend con su teoría axiológica, pero esa finalidad solo podría

⁵³³ Cfr. ídem, ob. cit., pp. 53-57.

⁵³⁴ Cfr. ídem, ob. cit., pp. 57-60.

⁵³⁵ De esa teoría germinó, como veremos adelante, la doctrina del orden objetivo de valores constitucionales vinculados a los derechos fundamentales, la cual pasó a ser invocada asiduamente por muchas cortes constitucionales europeas y latinoamericanas después que el Tribunal Constitucional Federal alemán dictó la famosa sentencia «Lüth».

ser alcanzada por un proceso muy particular: el proceso democrático.

Así, desde la perspectiva de la doctrina democrático-funcional, los derechos fundamentales deberían ser interpretados y aplicados, ante todo, como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrático⁵³⁶. Como se puede percibir, esa teoría niega significados apriorísticos y exclusivamente materiales a los derechos fundamentales; sus significados solo podrían ser construidos por medio de un proceso democrático real y justo. La función de los derechos fundamentales, en este panorama, sería favorecer el florecimiento correcto de ese proceso democrático. La teoría democrático-funcional, por lo tanto, puede ser considerada una teoría procedimentalista y, como tal, está en total sintonía con la tendencia comunicativa inaugurada —o impulsada— por Habermas, la cual ganó muchos adeptos en los continentes europeo y americano al final del siglo XX.

Finalmente, la última teoría señalada por Böckenförde es la teoría de los derechos fundamentales del Estado social, la cual, *grosso modo*, arroja luz a los presupuestos sociales para la realización de los derechos fundamentales e intenta superar el desdoblamiento entre la libertad jurídica —defendida por los liberales— y la libertad real, pasando a interpretar todos los derechos fundamentales conforme al Estado social⁵³⁷. Probablemente, esa es la teoría que más se distancia de la teoría liberal-burguesa de los derechos fundamentales. En esta doctrina, el Estado asume más claramente la posición especial de garante para la implementación de todos los derechos fundamentales.

A las cinco teorías paradigmáticas mencionadas por Böckenförde, típicas del constitucionalismo europeo del siglo XX, podríamos a lo mejor añadir una sexta: la teoría de los derechos fundamentales como expresiones de los derechos humanos. Como intentaremos demostrar en la presente tesis doctoral, la progresiva integración normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional de los sistemas constitucionales y los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y asimismo el crecimiento de la importancia fáctica de los tratados internacionales de derechos humanos y de las sentencias y opiniones consultivas de los tribunales regionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) resultaron en un cambio

⁵³⁶ Cfr. ídem, ob. cit., pp. 60-63.

⁵³⁷ Cfr. ídem, ob. cit., pp. 63-66.

intrínseco en la teoría de los derechos fundamentales. Si, por un lado, los conceptos de derecho fundamental y derecho humano se aproximaron (tanto material cuanto formalmente), por otro lado, la interpretación de los derechos fundamentales experimentó una apertura internacional⁵³⁸, tanto cuanto a los sujetos que influyen esa interpretación como cuanto a los contextos y valores que guían la interpretación de los derechos fundamentales.

Si bien puedan existir juristas claramente más inclinados a una de las teorías antes citadas, lo que prevalece en la *communis opinio* de los constitucionalistas y los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos es la perspectiva sincrética de los derechos fundamentales, que conjuga algunos planteamientos de las doctrinas diversas. De ese modo, por ejemplo, no se abandona totalmente la teoría liberal, ya que todavía se busca proteger al individuo contra la intrusión de los poderes públicos en la esfera de la autonomía individual, pero también se reconoce una dimensión objetiva de los derechos fundamentales, se otorga importancia axiológica a esos derechos y asimismo se admite que los derechos fundamentales asumen funciones en el orden constitucional, especialmente la función de promover y desarrollar la democracia. Igualmente, sin olvidar los rasgos y funciones antes referidos, también aceptan los tribunales constitucionales y los jurisconsultos constitucionalistas atribuir a la implementación de los derechos fundamentales la función de concretizar el bienestar socioambiental y la satisfacción de las necesidades básicas de todos los seres humanos, que deban ser realizadas debido al respeto fundamental a la dignidad humana.

Cuando confrontamos el progreso dogmático e histórico de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, podemos percibir que las perspectivas subjetivas, individuales y liberales de ambos guardan semejanza más rotundamente, en virtud de la obvia reproducción de las especies o arquetipos de derechos que son enunciados en los programas normativos de unos y otros derechos. Sin embargo, cuando tomamos en consideración las perspectivas institucionalistas, axiológicas y funcionales, la semejanza entre conceptos, aplicación y métodos hermenéuticos de los derechos humanos

⁵³⁸ Esa apertura internacional de los derechos fundamentales, en una de sus perspectivas (de la integración hermenéutica), puede ser traducida en el «principio de la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos», como bien ha enfatizado Luciano Feldens. Cfr. Luciano Feldens: ob. cit., p. 100.

y los derechos fundamentales ya no es tan evidente. A pesar de eso, la evolución integrativa incesante de los derechos humanos y los derechos fundamentales, que resulta en la aproximación conceptual y principiológica de ambos, permite que también logremos comparar los derechos humanos y los derechos fundamentales desde las perspectivas material, axiológica y funcional.

Si tratamos de observar los conceptos materiales de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, repararemos que ambos se aproximan. En su sentido substancial, los derechos fundamentales son pretensiones de protección de los bienes jurídicos fundamentales que se originan directamente en la afirmación de la dignidad humana. En esa concepción, se plantea que, entre los bienes tutelados por el sistema jurídico estatal, algunos fueron protegidos por la Constitución como *bienes fundamentales*. Esos serían bienes tutelados con primacía por el Estado Constitucional y también representarían opciones axiológicas que conferirían plasticidad a todo el orden constitucional (ahí estaría el aporte de la teoría axiológica de los derechos fundamentales). En este sentido, los derechos fundamentales tendrían como objeto los «bienes jurídicos jusfundamentalmente protegidos», en la nomenclatura ofrecida por Robert Alexy con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán⁵³⁹.

Esa percepción material —y axiológica— de los derechos fundamentales engendra la idea de que tales derechos tienen una doble dimensión. En la primera dimensión, subjetiva (o clásica), los derechos fundamentales se traducen en las pretensiones jurídicas que son conferidas a las personas, a los individuos; en la segunda dimensión (objetiva), como bien indica Pérez Luño, los derechos fundamentales condicionan la validez y aplicabilidad de las normas del sistema jurídico a «*la consecución de fines y valores constitucionalmente proclamados*»⁵⁴⁰.

Según Konrad Hesse, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales

⁵³⁹Cfr. Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 2001, p. 312.

⁵⁴⁰ *Los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 25. En el mismo sentido, cfr. Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, ob. cit., p. 228; Ingo Wolfgang Sarlet: «Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência», en *RBCCRIM*, n. 47, 2004, p. 82; Daniel Sarmiento: *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 108; Lorenzo Martín-Retortillo Baquer: ob. cit., pp. 56-58.

también son «*principios objetivos del orden constitucional*»⁵⁴¹. En este sentido ya se pronunció expresamente el Tribunal Constitucional de España, en la famosa Sentencia 25 de 14 de julio de 1981, en que fue ponente el eminente jurista Antonio Truyol Serra. En el fundamento jurídico 5 de la mencionada sentencia, sostuvo el juez ponente que:

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

La doctrina expresada por el Tribunal Constitucional español se inspiró en la sentencia «Lüth» del *Bundesverfassungsgericht* alemán (BverGE 7, 198; 1 BvR 400/51), firmada por los jueces constitucionales el 15 de enero de 1951, en que se reconoció expresamente la dimensión objetiva de los derechos humanos. En el párrafo 25 de la famosa sentencia, el Tribunal Constitucional alemán declara que la Ley Fundamental no debe convertirse en un orden de valor neutro, ya que su programa de derechos fundamentales erigió, además de pretensiones particulares, también un orden objetivo de valores que proporciona el fortalecimiento de la exigibilidad de los derechos fundamentales.⁵⁴²

Es preciso indagar aquí si la misma noción de una doble dimensión es aplicable a los derechos humanos. Sin lugar a dudas, el conjunto de los derechos humanos, como elemento constitutivo del orden democrático, está debidamente representado en el orden objetivo de valores de cualquier Constitución democrática. En el caso de España, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos humanos en el preámbulo de la Constitución, de sus valores básicos (libertad, igualdad, justicia y pluralismo) en su primer artículo, así como de la dignidad de la persona y de los «*derechos inviolables que les son inherentes*» en el artículo 10.1 son una prueba incontestable de que los derechos humanos están en el núcleo axiológico del sistema constitucional español. Asimismo se halla un texto en este

⁵⁴¹ *Temas fundamentais do direito constitucional*, ob. cit., p. 36.

⁵⁴² El texto completo de la sentencia está publicada en la página electrónica oficial del Tribunal Constitucional: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs19511122_1bvr040051.html>. Fecha de acceso: 6.8.2011.

exacto sentido en la Sentencia 25/1981 del Tribunal Constitucional español (también en su fundamento jurídico 5):

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

De esta manera, a tenor de lo que manifestó en Tribunal Constitucional español (en el mismo sentido que el Tribunal Federal Constitucional alemán), los derechos humanos también presentan una doble dimensión: la de pretensiones subjetivas y la de orden objetivo.

Sin embargo, como ya escribimos anteriormente, los derechos humanos también tienen una doble dimensión en otra acepción, en referencia a los sistemas jurídicos que alcanzan. En este sentido, los derechos humanos tienen una dimensión externa, como normas fundamentales de derecho internacional que vinculan a los Estados y a todas las normas producidas en el plano internacional, y también una dimensión interna, como derechos subjetivos y normas jurídicas válidas en el propio Estado. Esta dimensión interna proporciona la integración de las normas de derechos humanos con las demás normas del sistema constitucional e infraconstitucional. Así, cuando el Tribunal Constitucional español se refiere a la dimensión objetiva de los derechos humanos, está efectivamente haciendo alusión a la dimensión objetiva de la dimensión interna de los derechos humanos, o sea, hace referencia a la función de los derechos humanos en el orden objetivo constitucional una vez ya integrados en el orden jurídico interno.

Confrontando las dimensiones de los derechos fundamentales con las dimensiones de los derechos humanos, podemos concluir que los fundamentales tienen dos dimensiones: la subjetiva y la objetiva que ya mencionamos. En cambio, los derechos humanos tienen tres dimensiones claras y otra dimensión polémica. Las dimensiones básicas son la dimensión externa-objetiva, que impone las normas de derechos humanos como sistema de valores fundamentales del orden jurídico internacional; la dimensión

interna-objetiva, que eleva los principios de derechos humanos como valores máximos de un sistema constitucional democrático; y la dimensión interna-subjetiva, que se traduce en las pretensiones subjetivas de los individuos originadas de la integración de las normas de derechos humanos con las normas constitucionales e infraconstitucionales del Estado. La cuarta dimensión, que sería la dimensión externa-subjetiva, significa el surgimiento de pretensiones jurídicas individuales por aplicación directa de las normas internacionales de derechos humanos, independientemente de integración con cualquier sistema jurídico estatal.

Las dimensiones interna-objetiva e interna-subjetiva son fácilmente visibles porque se identifican con las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. Así, las normas de derechos humanos, una vez integradas en el sistema interno, producen derechos subjetivos para los individuos y también funcionan como valores fundamentales del sistema jurídico estatal. A su vez, en su dimensión externa-objetiva, los derechos humanos funcionan como norma imperativa del derecho internacional general, siendo, según Héctor Gros Espiell, «*un caso de jus cogens, quizá el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de 'orden público internacional'*»⁵⁴³.

El concepto de *ius cogens* está expresado en la Convención de Viena, pero, como ya hemos explicado en un capítulo anterior, su alcance es todavía más amplio; se trata de un concepto del Derecho Internacional General, tan fundamental como el concepto de soberanía estatal. En este sentido, Eric Sottas advierte que no se trata «*únicamente de una regla que emana de un tratado o convenio, sino de derechos que resultan de la costumbre internacional, de los principios generales de derecho o de un principio constitucional de una institución internacional*»⁵⁴⁴.

La perspectiva del derecho humano como *ius cogens* posibilita que se lo considere independientemente de cualquier reconocimiento formal en convenios internacionales. De esta forma, los derechos humanos son considerados principios

⁵⁴³ *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 290.

⁵⁴⁴ «Núcleo duro: ¿fortalecimiento o límite de lo esencial?», en *El núcleo duro de los derechos humanos*, coordinado por Antonio Marzal, Navarra, J. M. Bosch, 2001, pp. 108-109.

generales del derecho internacional, que, en su contenido básico, guardan autonomía con cualquier acto normativo internacional. Siendo norma obligatoria fundamental del derecho internacional general, una norma de *ius cogens*, los derechos humanos, en esta dimensión externa-objetiva, también funcionan como parámetro de validez de todas las normas internacionales y también como pauta de interpretación de todos los actos y normas del orden internacional.

Independientemente del reconocimiento de los derechos humanos como *ius cogens*, o sea, como norma independiente de convenciones concretas, los derechos humanos «convencionales» también son considerados internacionalmente como parámetro de validez de las normas internas de los Estados convenientes. Así, si un Estado produce en su sistema jurídico interno una norma contraria a un convenio de derechos humanos debidamente firmado y ratificado, ese Estado puede ser responsabilizado internacionalmente y las normas internas contrarias a las normas convencionales de derechos humanos pueden sufrir el llamado «control de convencionalidad». Esta es una de las formas pertinentes a la dimensión externa-objetiva de los derechos humanos.

Por otro lado, existe una considerable resistencia de la doctrina constitucional e internacionalista contra la cuarta dimensión de los derechos humanos, la dimensión externa-subjetiva, o sea, contra el surgimiento de pretensiones individuales directamente desde las normas internacionales de derechos humanos, sin la necesidad de integración con el sistema jurídico interno⁵⁴⁵. En este sentido, Germán J. Bidart Campos describe el argumento común de que solo los Estados, entes políticos con poder territorial y población propia, pueden ser responsables de la creación de derechos subjetivos individuales. Son sus palabras:

⁵⁴⁵ Hans Kelsen reconocía, en teoría, que los tratados internacionales pueden crear derechos directamente a los individuos. Sin embargo, en materia de derechos humanos, creía ser difícil tal reconocimiento debido a la inexistencia (en aquel entonces, fines de la década de 40) de un tribunal internacional accesible directamente por los seres humanos concretos. Cfr. Hans Kelsen: *Princípios do Direito Internacional*, traducción al portugués de Ulrich Dressel, Gilmar Antonio Bedin y Arno dal Ri Júnior, Ijuí, Editora Unijuí, 2010, pp. 191-195. Su opinión era plenamente compatible con la *communis opinio doctorum* y la jurisprudencia internacional de la época, como comprueba el párrafo 37 de la opinión consultiva del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Jurisdicción de la Cortes de Danzig (1928), en que el Tribunal advertía que sería un principio bien establecido en el Derecho Internacional que los acuerdos internacionales no podían, como tales, crear directamente derechos y obligaciones para los individuos. La mencionada opinión consultiva está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.03.03_danzig.htm>. Fecha de acceso: 7.6.2012.

Que la penetración del derecho internacional en el derecho interno sea automática y directa, y con ello lo sea la subjetivización personal de los derechos provenientes de fuente internacional —todo lo cual afirmamos— no conduce necesariamente a aseverar que el hombre sea portador de derechos —en sentido positivo— en un ámbito en el que, como el internacional, no convive territorialmente, y del cual no es población, porque la comunidad internacional carece de ella⁵⁴⁶.

Negándose la obtención de derechos subjetivos individuales por obra de la aplicación inmediata —sin integración con el sistema interno— de las normas de derechos humanos, restaría a los seres humanos valerse de la protección diplomática o la protección consular. Sin embargo, esas formas de tutela dependen de una condición básica: la nacionalidad del individuo. Un Estado solo puede ejercer la protección diplomática o consular de un nacional suyo, no de cualquier persona.⁵⁴⁷

Tenemos aquí, por lo tanto, dos problemas fundamentales. En primer lugar, está en la esencia de los derechos humanos su validez universal, transnacional, independiente de fronteras territoriales o de nacionalidad; así, condicionar la protección de estos derechos a la averiguación de la nacionalidad del ser humano es contrario a la propia idea de los derechos humanos. En segundo lugar, en la mayoría de los casos, el propio Estado del cual es la persona un nacional es el ente que obstruye el ejercicio regular de los derechos humanos. Por esas razones, la protección diplomática y la protección consular no son instrumentos plenamente eficaces para la garantía de los derechos humanos en situaciones en que no hay la integración de las normas de derechos humanos con las normas estatales internas.

Es posible plantear que, después de la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (lo cual, entre otras cosas, cambió la redacción del artículo 34 del mencionado convenio), en el ámbito de los Estados que componen el Consejo de Europa, los particulares ya pueden demandar directamente a los Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los casos de violaciones de sus derechos subjetivos, derechos estos que son generados inmediatamente desde la aplicación del convenio. Considerando esa hipótesis, sería razonable afirmar que, en el ámbito

⁵⁴⁶ *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006, p. 422.

⁵⁴⁷ Cfr. Mireya Castillo: *Derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 20-30.

europeo, los derechos humanos también tienen una dimensión externa-subjetiva indiscutible, o sea, las normas de derechos humanos crearían derechos subjetivos para las personas independientemente de la integración normativa, puesto que el propio CEDH establece la posibilidad de inaugurar el control de convencionalidad por iniciativa exclusiva de la víctima, o sea, de la persona titular del derecho humano reconocido por el convenio. En este sentido es la opinión del profesor español Fernando Alvarez-Ossorio Micheo:

Desde este punto de vista, desde el punto de vista del sujeto individual como sujeto al cual en un Convenio Internacional se le reconocen derechos y se le potesta para su defensa, el Protocolo undécimo representa un punto de llegada en la evolución experimentada por el Derecho Internacional a lo largo del presente siglo. Con el Protocolo 11 la cuestionada titularidad inmediata de derechos por parte de la persona física desde el Derecho Internacional, lo que no es otra cosa que el reconocerle subjetividad internacional, termina por inclinarse en favor de su aceptación. Cómo si no interpretar la existencia de derechos y libertades de carácter internacional en favor del sujeto individual y de un sistema de protección integrado por una única instancia judicial internacional, es decir, por un órgano de naturaleza independiente y cuya actuación vendrá en exclusiva determinada por el imperio de la ley, al que el individuo tendrá acceso directo. Afirmar, pues, que con este Protocolo el individuo entra a formar parte de los sujetos de Derecho Internacional con plena autonomía, confirma la que ha sido y es tendencia de humanización del Derecho Internacional. Con ello no queremos decir que el reformado Convenio Europeo de Derechos Humanos sea el único ejemplo positivo de la existencia de subjetividad internacional del individuo. Lo que sí podemos afirmar es, sin embargo, que dicho Convenio, además de ser pionero en su género, es de entre todos éstos el más evolucionado⁵⁴⁸.

Sin embargo, el artículo 35 del CEDH, que tiene la redacción conferida por el mismo Protocolo 11, establece que solamente son admisibles las demandas de las personas físicas cuando fueren agotadas todas las vías de recursos del sistema judicial estatal. Por lo tanto, antes de recurrir al TEDH, debe el titular del derecho humano violado evocarlo en los tribunales del Estado pertinente. De este modo, si un tribunal nacional debe pronunciarse sobre una norma de derecho humano, es sensato admitir que, en este supuesto, hay lógicamente una previa integración entre la norma internacional de derecho humano y el sistema jurídico interno. Por consiguiente, en ese caso, no se trataría de una dimensión externa-subjetiva del derecho humano, sino de su dimensión interna-subjetiva, que se efectiva por medio de la integración de la norma internacional con el sistema interno, generando derechos subjetivos a las personas físicas. Por eso, la cuestión de la

⁵⁴⁸ «Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (I-XI-1998)», en *REDC*, n. 18, 1999, pp. 136-137.

dimensión externa-subjetiva de los derechos humanos todavía es controvertida. Sin embargo y sin lugar a dudas, considerando la innegable tendencia histórica de humanización del Derecho Internacional, creemos que, en el futuro, se reconocerá sin muchas dificultades también la dimensión externa-subjetiva de las normas internacionales de derechos humanos.

Como continuación a nuestra búsqueda de los rasgos distintivos entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, observamos que, en los sistemas constitucionales europeos, según Javier Pérez Royo, los derechos fundamentales son definidos también en base a cinco características cardinales⁵⁴⁹: la eficacia directa, la vinculación de los poderes públicos, la indisponibilidad para el legislador, el contenido esencial y el control judicial⁵⁵⁰. Averiguaremos si esas características pueden ser reconocidas en los derechos humanos.

Comenzamos por la eficacia directa. Por ella, se indica que las normas de derechos fundamentales son aplicables independientemente de cualquier interposición legislativa. En relación a los derechos humanos, debido a la propia idea de la integración normativa, es normal esperar que las normas de derechos vengan a generar efectos por medio de la interacción con el sistema jurídico interno (no necesariamente con la legislación infraconstitucional). De esta forma, y si también es negada la dimensión externa-subjetiva de los derechos humanos (con lo cual no estamos de acuerdo), la

⁵⁴⁹ Cfr. Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, ob. cit., p. 219.

⁵⁵⁰ A las cinco características principales de los derechos fundamentales mencionadas por Javier Pérez Royo, podemos también citar una sexta: el soporte de hecho o ámbito de protección del derecho fundamental. De veras, el examen de cualquier derecho fundamental debe comenzar ante todo por la delineación del conjunto de acciones, omisiones o pretensiones que están protegidas por el derecho. En la doctrina constitucionalista, existen muchas teorías sobre cómo se reconoce —o se construye— metodológicamente el soporte de hecho de los derechos fundamentales. Virgílio Afonso da Silva (cfr. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 65-113) clasifica esas teorías en dos tipos: (i) las teorías del soporte de hecho restringido, que tratan de excluir, *a priori*, diversas acciones, omisiones y pretensiones del ámbito de protección del derecho fundamental; y (ii) las teorías del soporte de hecho amplio, que tratan de incluir, *a priori*, en el ámbito de protección del derecho fundamental todas las acciones, omisiones y pretensiones que tengan alguna pertinencia temática con el objeto principal del derecho para posteriormente, *in concreto*, permitir la restricción de ese soporte de hecho por el legislador o los jueces, en favor de otros derechos o principios constitucionales. Pese a ser importante el estudio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de sus soportes de hecho (restringidos o amplios), a nuestro juicio, ese no sería un rasgo esencial y distintivo de la especie normativa «derecho fundamental» ya que, en principio, todo derecho o norma jurídica tiene un soporte de hecho; esa no sería, por lo tanto, una exclusividad de los derechos fundamentales. También los derechos humanos y muchos otros derechos «legales» asumen un soporte de hecho. La interpretación de los programas normativos para alcanzar esos soportes es lo que puede, teóricamente, divergir en los casos.

conclusión obvia sería la negación de la eficacia directa de las normas internacionales de los derechos humanos. Eso no significaría, por otro lado, que la eficacia del derecho humano dependa de un acto legislativo. De hecho, si negásemos el surgimiento de derechos subjetivos directamente de las normas internacionales de derechos humanos sin integración interna, y condicionásemos sus efectos a esa integración, no estaríamos aseverando que hace falta una norma de aplicación de los derechos humanos para que estos tengan efecto, sino que los derechos humanos reconocidos transnacionalmente necesariamente «invaden» los sistemas jurídicos democráticos y pasan a valer como normas jurídicas en sus ámbitos internos por medio de diferentes formas de integración normativa.

En los casos paradigmáticos de España y Portugal, por ejemplo, considerando las normas expresadas en los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 10.2 de la Constitución española y en los artículos 1º y 16 de la Constitución portuguesa, se puede admitir que normas básicas de derechos humanos producen efectos y derechos subjetivos directamente desde la integración con las normas constitucionales, independientemente de la superveniencia de otros actos normativos infraconstitucionales. En ese sentido específico, se puede admitir que las normas internacionales de derechos humanos también producen efectos directos e inmediatos, aunque posteriores a la integración constitucional. Esa parece ser una solución normativa adecuada para otros sistemas constitucionales de la tradición latina.

El problema de la eficacia de los derechos humanos ya está analizado en otro capítulo de esta tesis y no volveremos a repetir lo que ya fue escrito anteriormente, pero es importante señalar que hay diversas formas de implementación de las normas internacionales de derechos humanos, aunque quizá la más importante sea la propia integración inmediata y automática con los sistemas jurídicos internos de los Estados, a fin de reforzar la fuerza práctica de tales normas.

La vinculación de los poderes públicos y el control judicial también son consecuencias de la integración de los derechos humanos al sistema interno. Por su parte, el reconocimiento de la indisponibilidad para el legislador depende de la admisión del rango constitucional o supralegal de las normas de derechos humanos. Esa cuestión específica la analizaremos en un capítulo posterior. Respecto al supuesto contenido

esencial de los derechos humanos, debemos examinar más profundamente las teorías sobre el «núcleo duro» de los derechos humanos, para entonces concluir sobre la similitud de este concepto con la noción de «contenido esencial» de los derechos fundamentales.

La doctrina del núcleo duro de los derechos humanos propugna que existe un conjunto esencial de derechos humanos, que puede ser extraído de diversas declaraciones y convenciones internacionales (universales o regionales) y que está a salvo de cualquier norma internacional en contrario y también de cualquier acto de soberanía estatal. Ese núcleo duro representaría una norma fundamental en el sistema jurídico internacional y estaría por encima de cualquier otra norma internacional o acto estatal.

La noción del núcleo duro pone de manifiesto un concepto que ya examinamos: el *ius cogens* del derecho internacional. Sin embargo, de acuerdo con la norma incluida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la «norma imperativa de derecho internacional general» —el *ius cogens*— «*solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*». Por lo tanto, en teoría, sería posible, por un acuerdo internacional amplio, derogar una norma de *ius cogens*. En cambio, eso no está admitido en relación a los derechos humanos por los defensores de la doctrina del núcleo duro. Por lo tanto, una vez amparada la mencionada doctrina universalista, la conclusión necesaria sería poner el núcleo duro de los derechos humanos en una posición jerárquica superior al propio *ius cogens* y superior a todos los principios generales de derecho internacional, incluso superior al principio de la soberanía.

Debemos dejar claro que la doctrina del núcleo duro de los derechos humanos no postula que todas las normas introducidas en una convención de derechos humanos sean indisponibles para los «legisladores internacionales» y para los Estados. Pero sí se aspira (así como ocurre, en el ámbito interno de los Estados, en relación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que está inmune a cualquier limitación legislativa o judicial) a reconocer que algunas pretensiones humanas (como la vida, la inmunidad ante la tortura etc.) son absolutamente intangibles y no pueden ser violadas o limitadas bajo ninguna circunstancia. Estas pretensiones serían superiores a la propia soberanía de los Estados. Mejor lo explica Juan Antonio Carrillo Salcedo:

Estos derechos humanos fundamentales (esto es, aquéllos que son absolutos y no pueden ser derogados en ninguna circunstancia), integran el núcleo duro de los derechos humanos, en tanto que expresión jurídica de una convicción jurídica universal: la del rechazo de la barbarie.

Este núcleo duro de los derechos humanos fundamentales expresa, por otra parte, una aspiración ética que enlaza con ideas que ya estaban en los Preámbulos de las Convenciones de Haya de 1899 y 1907 relativas a las leyes de guerra (las consideraciones elementares de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública), y ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, categorías jurídicas que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacionales ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la soberanía de los Estados⁵⁵¹.

La doctrina del núcleo duro de los derechos humanos (aunque sin este *nomen iuris*) fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia, que está vinculada a las Naciones Unidas⁵⁵². Por tanto, es posible decir que, así como los derechos fundamentales tienen sus contenidos esenciales, los derechos humanos tienen su núcleo duro. Ese núcleo duro se aproxima a lo que llamamos anteriormente «núcleo esencial» del derecho humano. Conforme observamos en otro tópico, una de las características del derecho humano es su inviolabilidad, que se traduce en la imposibilidad de ser violado o derogado en las pretensiones nucleares que surgen del derecho. Existe un mínimo inalcanzable por cualquier forma de limitación; ese conjunto lógico mínimo, en este sentido, es absoluto, pues que no puede ser reducido. Ese núcleo irreducible de los derechos humanos está, en plano lógico y conceptual, muy cerca de la noción de «contenido esencial», que ya está bien desarrollada en la dogmática constitucional.

Respecto a la titularidad de las posiciones jurídicas activas, también podemos intentar hallar distinciones entre los derechos fundamentales y los derechos humanos. Entre los constitucionalistas europeos, el parecer común es que todos los ciudadanos son titulares de todos los derechos fundamentales, pero no todos los derechos fundamentales pueden ser titularizados por las personas que no son ciudadanas (los extranjeros). En este sentido está la prestigiosa opinión de Javier Pérez Royo:

Los ciudadanos son, pues, titulares de todos los derechos constitucionales sin excepción. Los extranjeros, por el contrario, no lo son. Lo serán en todo caso de

⁵⁵¹ «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional público», en *El núcleo duro de los derechos humanos*, coordinado por Antonio Marzal, Navarra, J. M. Bosch, 2001, p. 184.

⁵⁵² *Idem*, *ibidem*, pp. 178-183.

aquellos derechos naturales indiscutibles, como pueden ser el derecho a la vida, a la libertad personal, a la intimidad, etc. Y pueden serlo de los demás en función de la decisión que haya tomado en cada caso el constituyente y, por tanto, más en unos países y menos en otros.⁵⁵³

La misma orientación fue acogida por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 99/1985. Trascribimos el segundo párrafo de su segundo fundamento jurídico:

Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución «es obra de españoles», pero ya no lo es afirmar que es solo «para españoles». El párrafo 1 del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos» (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, fundamento jurídico cuarto, «Boletín Oficial del Estado» de 21 de diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, con «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español».

La misma opinión, que separa los derechos fundamentales que son atribuidos a todas las personas de aquellos que son reservados a los nacionales, es compartida por la doctrina constitucional en Italia⁵⁵⁴, Alemania⁵⁵⁵ y Portugal⁵⁵⁶. Tampoco parece haber muchos obstáculos doctrinarios en reconocer la titularidad de algunos

⁵⁵³ *Curso de derecho constitucional*, ob. cit., p. 223. El Profesor Pérez Royo, en el texto seleccionado, usa el término «derechos constitucionales» y no «derechos fundamentales». Sin embargo, en el contexto de exposición, la referencia a los derechos fundamentales está clara. En el mismo sentido del constitucionalista de la Universidad de Sevilla, cfr. el manual de José Carlos de Bartolomé Cenzano: *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Titant lo Blanch, 2003, p. 86. También advertimos que cuando se escribe que «todos» los ciudadanos son titulares de «todos» los derechos fundamentales o constitucionales, se está haciendo un planteamiento general, que no tiene en consideración casos específicos, como los derechos de los «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos» (art. 49, CE) y los derechos de los «ciudadanos durante la tercera edad» (art. 50, CE). En efecto, esa misma cuestión de la «titularidad sectorial» se contempla en las convenciones de derechos humanos, lo que afecta incluso a la problemática de la formulación de su concepto, por poner en duda su carácter universal subjetivo. Ese problema ya lo analizamos cuando examinamos el concepto de los derechos humanos.

⁵⁵⁴ Cfr. Luigi Ferrajoli: «I diritti fondamentali», ob. cit., p. 8

⁵⁵⁵ Cfr. Konrad Hesse: *Temas fundamentais do direito constitucional*, ob. cit., p. 57.

⁵⁵⁶ Cfr. J. J. Gomes Canotilho: *Direito constitucional e teoria da Constituição*, ob. cit., pp. 416-417.

derechos fundamentales por las personas jurídicas e incluso, en ciertos casos, por personas jurídicas de derecho público⁵⁵⁷, independientemente de no aceptar vías judiciales especiales para las entidades públicas, como el recurso de amparo en España.

En cambio, en relación a los derechos humanos, la posición dominante reconoce que todas las personas deben ser titulares de todos los derechos humanos, pero solamente las personas naturales (los verdaderos seres humanos), no las personas jurídicas o el Estado⁵⁵⁸. De hecho, esta es una consecuencia lógica del propio concepto de derecho humano y de su fundamento material. Los derechos humanos se fundamentan en la dignidad humana y son atribuidos a la totalidad de todos los seres humanos por el solo hecho de ser humanos. Es el carácter humano lo que justifica el reconocimiento del derecho. Por lo tanto, no tiene sentido conceder derechos humanos a personas «no humanas». Esas, las personas jurídicas, solamente deben ser protegidas por normas de derechos humanos de modo indirecto, mediato, cuando esa misma tutela se muestra necesaria para la tutela del ser humano concreto que está por detrás de su personalidad jurídica abstracta.

Concluimos, entonces, que mientras algunos derechos fundamentales pueden serles garantizados a las entidades colectivas, los derechos humanos son propios de los seres humanos solamente. Inversamente, algunos derechos fundamentales les son reconocidos por ciertos sistemas constitucionales solo a algunos grupos de seres humanos (los nacionales), al tiempo que los derechos humanos deben serles reconocidos indiscriminadamente a todas las personas⁵⁵⁹. En realidad, examinando las posiciones de los constitucionalistas y de los tribunales constitucionales, observamos que los casos en que se reconoce que unos derechos fundamentales son también titularizados por los extranjeros, en general, son los casos en que esos mismos derechos también son reconocidos como

⁵⁵⁷ Cfr. *idem*, *ibidem*, pp. 420-423.

⁵⁵⁸ Germán J. Bidart Campos admite que algunos «sujetos plurales», como las asociaciones, sean también titulares de derechos humanos, pero solo cuando sea esta una forma de garantizar la tutela del propio ser humano. El mismo autor niega el reconocimiento de los derechos humanos al Estado. Cfr. *Teoría general de los derechos humanos*, ob. cit., pp. 41-46.

⁵⁵⁹ Considerando la aplicación real (sociológica) de las normas constitucionales (principalmente, entre los Estados europeos), reconocemos que, actualmente, algunos derechos fundamentales son negados a los extranjeros. Sin embargo, debemos también registrar que esa discriminación entre la garantía de los derechos fundamentales puede ser rechazada en el futuro próximo, cuando los juristas y los tribunales perciban que la integración entre los derechos humanos y los derechos fundamentales es incompatible con ese tratamiento desigual.

derechos humanos (estos sí son necesaria y subjetivamente universales).

Consideramos que también es un rasgo distintivo relevante entre los derechos la consideración de la tipología abierta o cerrada. Por la propia naturaleza estrictamente formal de los derechos fundamentales (son derechos reconocidos en el texto constitucional), los derechos fundamentales, en principio, son *numerus clausus*, o sea, son los identificados por la Constitución, a menos que la propia Constitución disponga lo contrario. Los derechos humanos, en cambio, son *numerus apertus*, pues no se fundamentan solo en convenciones internacionales, sino en la conciencia jurídica universal sobre la existencia y validez de derechos básicos que se originan en la dignidad humana y en los valores humanos que son sus corolarios. Así, dependiendo del desarrollo de las situaciones y relaciones humanas, pueden ser reconocidos derechos que no se encuentran expresos en ningún texto convencional o constitucional, como, por ejemplo, los derechos humanos emergentes, sobre los cuales ya hemos discutido anteriormente.

Otra diferencia obvia entre los derechos fundamentales y los derechos humanos son los límites territoriales. Un Estado solo puede atribuir derechos fundamentales en los límites territoriales de su poder soberano. Los derechos fundamentales previstos en la Constitución española, por ejemplo, no pueden ser exigidos en el territorio ruso. Sin embargo, los derechos humanos deben ser igualmente reconocidos en cualquier sitio del mundo. Las barreras territoriales de los Estados no pueden ser obstáculos para el ejercicio de los derechos humanos.

Finalmente, una última diferencia entre unos y otros derechos reside en su interpretación jurídica. Las normas de derechos fundamentales, *en principio* (o sea, antes de la integración con las normas de derechos humanos), porque representan un consenso nacional, un consenso entre los ciudadanos de un Estado, son interpretadas de acuerdo con los valores y el contexto cultural de los grupos que están presentes en el Estado. De acuerdo con la lección de Konrad Hesse⁵⁶⁰, la interpretación de toda norma depende de la implementación de dos elementos: el programa normativo y el ámbito normativo. El primero es el conjunto de textos normativos; el segundo, el contexto cultural, social y jurídico en que se insiere la interpretación y la aplicación de la norma. En el caso de las

⁵⁶⁰ *Temas fundamentais do direito constitucional*, ob. cit., p. 111.

normas de derechos fundamentales, el ámbito normativo es específico de las condiciones culturales y sociales de las personas que ocupan el territorio estatal. Por eso, la interpretación de las normas de derechos fundamentales en un Estado, tradicionalmente, toma en consideración, por de pronto, el contexto cultural del propio Estado. En cambio, como las normas de derechos humanos representan un consenso transnacional y trascultural —o sea, global—, el ámbito normativo que condiciona su interpretación está penetrado por elementos culturales y sociales de diversos grupos del planeta. Debido a eso, su interpretación tiene un ámbito normativo más amplio.⁵⁶¹

Evidentemente, por obra de la integración entre los sistemas constitucionales y los sistemas de derechos humanos, los valores y culturales globales —el contexto global— también pasan a ser considerados en la interpretación de los derechos fundamentales. Así, la diferencia de contexto —ámbito— normativo tiende a ser menos relevante en la interpretación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

Esas son las distinciones generales que identificamos entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Esas discrepancias deben ser percibidas no a fin de apartar los regímenes jurídicos de unos y otros derechos. Todo lo contrario, la constatación de las diferencias es una condición de existencia de la propia integración entre los dos. Si «derechos humanos» y «derechos fundamentales» significasen, tradicionalmente, exactamente lo mismo, no haría falta ninguna su integración, pues una cosa o un ente no se integra consigo mismo. Tampoco serían necesarias, por ejemplo, normas constitucionales (como las que están expresadas en las constituciones española y portuguesa) que determinan que los derechos fundamentales sean interpretados de acuerdo con las normas de derechos humanos. La percepción de la diferencia es el fundamento de la integración, o incluso de la fusión.

Sin embargo, aunque se pueda percibir la existencia de divergencias conceptuales y de regímenes jurídicos entre los dos tipos normativos, es posible identificar una confluencia histórica, conceptual, dogmática, institucional y jurisprudencial entre los

⁵⁶¹ Conforme veremos posteriormente, en la integración de las normas de derechos humanos con normas internas de los Estados, esa diferencia de amplitud del ámbito normativo puede causar conflicto. Sin embargo, la propia idea de integración —que es el mecanismo de resolución de este conflicto— determina que sean respetados, simultáneamente, el núcleo universal y las especificidades locales. La esencia del derecho debe ser reconocida y aplicada universalmente, en tanto que la forma en que este núcleo se manifiesta debe ser adaptada por el contexto cultural local.

derechos fundamentales y los derechos humanos, sin, todavía, anular totalmente la distinción teórica y práctica. No creemos y tampoco proponemos que los derechos humanos —como, normas, institutos, valores, derechos subjetivos, bienes humanos fundamentales o simplemente modelo dogmático— deban suplantar los derechos fundamentales, pero estimamos que la integración dogmática, normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional entre los sistemas y doctrinas de los derechos humanos y los sistemas y doctrinas constitucionales debe favorecer una continua y evolutiva aproximación teórica y práctica entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, hasta el punto —futuro e hipotético— en que ambos sean un espejo fidedigno de uno y otro.

En América Latina, como veremos oportunamente, existe la tendencia de fusionar las normas de derechos humanos y de derechos fundamentales, integrándolas, principalmente, por medio del principio *pro homine* o *pro persona*. Esa tendencia está favorecida por el progresivo reconocimiento del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en los Estados latinoamericanos. De esa forma, en esa región, los rasgos y elementos tradicionales que son atribuidos a los derechos fundamentales (dimensiones, contenido esencial, eficacia irradiante etc.) también son naturalmente trasladados a los derechos humanos.

Sin embargo, ese «encuentro histórico» entre los derechos humanos y los derechos fundamentales (en América Latina o asimismo en otras regiones del planeta) no anula totalmente la distinción conceptual entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, incluso porque, en algunos sistemas constitucionales, es posible que algunos derechos sean considerados derechos fundamentales (como, en los Estados Unidos, el derecho de portar de arma de fuego) sin que esos derechos puedan ser considerados derechos humanos *stricto sensu*. Por otro lado, en los Estados que pasan a reconocer la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, todos los derechos humanos pasan a disfrutar también del *status* de los derechos fundamentales (siendo, así, «derechos humanos fundamentales»). Por otra parte, en los Estados que no reconocen el rango constitucional de todas las normas de derechos humanos, la situación es la opuesta: no todos los derechos humanos son considerados, al mismo tiempo, derechos fundamentales.

En síntesis, no es posible concluir que, actualmente, ya exista en todo el mundo una identificación absoluta entre los derechos fundamentales y los derechos humanos. En algunos Estados (como los latinoamericanos, como veremos posteriormente), ya se puede observar una fuerte propensión hacia la fusión entre derechos fundamentales y derechos humanos, pero la unión total de esos conceptos y de sus significados depende de un proceso evolutivo que todavía no está concluido en la realidad presente.

4 EL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1 El surgimiento del sistema global

Si bien la noción básica de los derechos humanos es anterior, el sistema global oficial de protección de los derechos humanos surgió con el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, la Onu. Conforme ya hemos comentado antes, de acuerdo con el artículo 1º, III, de la Carta de la Onu, uno de los propósitos fundamentales de esa organización mundial es *«realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»*.

Según el mismo artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, también son propósitos de la Onu garantizar *«el principio de la igualdad de derechos y el de la libre determinación de los pueblos»* y mantener la paz *«de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional»*. En otros términos, se puede afirmar que, en el plano teórico inspirado por su Carta, la principal misión institucional declarada de la Onu siempre fue, desde su comienzo, garantizar el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos en todo el mundo, protegiendo al mundo contra las graves violaciones de los derechos humanos, como las que fueron presenciadas durante la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, según Antonio Cassese, la Carta de la Onu fue —a sabiendas— omisa en la creación de instrumentos eficaces de protección de los derechos humanos. Además de eso, los poderes de la Asamblea General en el ámbito de los derechos humanos serían muy restrictos y la actuación del Consejo de Seguridad estaría limitada a la salvaguardar la paz, estando la protección de los derechos humanos dependiente de esa garantía de la paz⁵⁶².

⁵⁶² Cfr. Antonio Cassese: *International law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 377-379.

Pese a eso, la creación por la Carta del Consejo Económico y Social, con la competencia firmada para «*hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades*» (art. 62.2), y la previsión de creación de comisiones específicas para la protección de los derechos humanos (art. 68) pueden ser consideradas como la inauguración institucional del sistema global general de protección de los derechos humanos, como veremos en tópicos posteriores.

En todo el siglo XX, el sistema global de protección de los derechos humanos pasó por otros desarrollos institucionales, como las fundaciones de la Comisión de Derechos Humanos en 1947, la Agencia de la Onu para los Refugiados en 1950, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 1993, del Tribunal Penal Internacional en 1998, y, finalmente, la creación del Consejo de Derechos Humanos de la Onu, en 2006, así como la institución, en diferentes momentos, de muchos comités creados específicamente para la verificación del cumplimiento de diversos tratados internacionales de derechos humanos y de muchas agencias y organizaciones vinculadas a la Onu (como la OMS —Organización Mundial de Salud—, la Unicef —*United Nations International Children's Emergency Fund*—, la Unesco —Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura— y la Fao —Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura—). Paralelamente a esas innovaciones institucionales, respecto a los órganos globales oficiales de protección de los derechos humanos, importantes avances también fueron alcanzados en la creación de procedimientos para hacer eficaz esa protección global.

El establecimiento de diversas organizaciones no gubernamentales también fue indispensable para la evolución del sistema global oficial de defensa de los derechos humanos. Sus actividades representan la participación de la sociedad civil en la construcción de ese sistema global. Sin el trabajo investigativo, creativo y educativo de esas organizaciones, la protección global de los derechos humanos sería más burocrática, artificial e ineficaz de lo que parece ser hoy. Fue igualmente significativa la formación en todo el mundo de instituciones nacionales de derechos humanos, que son importantes cuerpos domésticos de enlace con el sistema global de protección de los derechos humanos.

A pesar de la evolución progresiva del sistema internacional de protección de los derechos humanos, muchos problemas de ineficacia sistemática son encontrados. Según Jaume Saura Estapà, esos problemas son una consecuencia de (i) la heterogeneidad política, cultural y económica de los Estados que componen la Onu y de (ii) los dogmas de la igualdad soberana de los Estados y del principio de la no intervención en los asuntos «internos».⁵⁶³ Podríamos añadir a esas causas de ineficacia (iii) la desconfianza de importantes gobiernos nacionales, que temen someter sus actos políticos y administrativos al control global y, con ello, ser responsabilizados por las violaciones de los derechos humanos, y también (iv) la resistencia de muchos gobiernos nacionalistas contra cualquier forma de apertura internacional que pueda significar la renuncia de alguna parcela de soberanía estatal.

A nuestro juicio, esas causas de ineficacia práctica pueden ser neutralizadas con el incremento cuantitativo y cualitativo de la integración normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos. Trataremos de esas formas de integración en otros capítulos. En el presente, intentaremos describir, en términos generales, los actores y los mecanismos de funcionamiento del sistema global de protección de los derechos humanos.

4.2 Los órganos oficiales del sistema global de protección de los derechos humanos

4.2.1 La Asamblea General de la Onu

La Asamblea General —AG— es el más importante y democrático órgano que integra el sistema de la Onu, ya que todos sus 191 Estados-miembros participan de la AG y tienen el derecho de voto. Sus competencias y normas de funcionamiento están establecidas en los artículos 9 a 22 de la Carta de la Onu.

⁵⁶³ Cfr. Jaume Saura Estapà: «El sistema de les Nacions Unides de protecció del drets humans», en *Els drets humans al segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Víctor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007, p. 176.

De acuerdo con el artículo 10 de la Carta de la Onu, todos los asuntos deliberados por cualquier órgano de esa organización mundial pueden ser tratados y decididos —con primacía— por la AG. Por lo tanto, también los temas vinculados a los derechos humanos (que son entablados, por ejemplo, ordinariamente por el Consejo Económico y Social y por el Consejo de Derechos Humanos) pueden ser decididos en el ámbito de la AG. Pero la Carta de la Onu es todavía más específica en el asunto de los derechos humanos; la Carta, expresamente, establece que la materia de los derechos humanos es prioritaria y propia de la AG. Esto es lo que establece el artículo 13.1 de la Carta:

La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

La competencia inequívoca de la AG para manifestarse en la temática de los derechos humanos tiene una especial significación si percibimos que la AG es el órgano que posee la más intensa legitimidad democrática global⁵⁶⁴. Aunque, formalmente, sus resoluciones no sean absolutamente vinculantes, como bien advierte la doctrina jurídica internacional⁵⁶⁵, una decisión consensual de la AG representa el consenso global respecto a cualquier tema. Por lo tanto, una interpretación de la AG respecto a las normas globales de derechos humanos puede ser considerada una interpretación política auténtica respecto a esas normas y debe, necesariamente, influenciar los demás órganos internacionales, regionales o nacionales que tienen el poder de aplicar las normas o decidir cuestiones sobre el tema de los derechos humanos.

La AG también puede ser el *fórum* propio para la aprobación de tratados internacionales de derechos humanos (como, por ejemplo, los Pactos de Nueva York). Igualmente, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Carta de la Onu, los «órganos subsidiarios», como los comités, pueden ser creados por la AG a fin de tutelar derechos humanos específicos. En esos casos, los órganos creados están obligatoriamente sometidos

⁵⁶⁴ Cfr. Jaume Saura Estapà: «El sistema de les Nacions Unides de protecció del drets humans», ob. cit., p. 181.

⁵⁶⁵ Cfr. Antonio Cassese: *International law*, ob. cit., p. 321.

a la AG.

Es posible afirmar que la AG personaliza la propia Onu, siendo el órgano por excelencia de las Naciones Unidas. Como órgano principal de la Onu, la AG debe estar dedicada al respeto y desarrollo de los derechos humanos, puesto que esta es una función precípua de las Naciones Unidas. En este sentido, la famosa citación del Secretario General Ban Ki-moon dirigida a los periodistas que son corresponsales de la Onu puede ser muy apropiada para la AG y a la propia Onu:

No hay ningún aspecto de nuestro trabajo que no tenga una dimensión de los derechos humanos. Cuando estamos hablando de la paz y la seguridad, el desarrollo, las acciones humanitarias, la lucha contra el terrorismo, el cambio climático, ninguno de esos desafíos puede ser enderezado de modo aislado de los derechos humanos.⁵⁶⁶

Desafortunadamente, los poderes inherentes de la AG en el tema de los derechos humanos permanecieron, *de facto*, latentes en el siglo XX, ya que no fueron ejercidos cuando eso fue necesario. La sola existencia de esos poderes, así, no fue suficiente para prevenir, cesar o punir las graves violaciones de derechos humanos acaecidas en el mundo.

4.2.2 El Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es un órgano con menos legitimidad democrática en comparación con la Asamblea General, pero quizá posee *de facto* más poderes ejecutivos que la propia AG. Su composición muestra, *grosso modo*, cómo es la composición real de las fuerzas nacionales contemporáneas.

De acuerdo con el art. 23 de la Carta de la Onu, son miembros permanentes del Consejo de Seguridad los Estados Unidos de América, el Reino Unido, Francia, China y Rusia y son miembros no permanentes otros diez Estados elegidos por la Asamblea General por un periodo de dos años. Actualmente, existe un movimiento de otras grandes

⁵⁶⁶ Cfr. Ban Ki-moon: «Opening remarks at news conference», 2008, disponible en: <http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/search_full.asp?statID=176>. Fecha de acceso: 9.7.2012. Traducción libre.

potencias mundiales que se están desarrollando económicamente, como Brasil, Egipto, Nigeria, México, Sudáfrica e India, que postulan la pretensión de ser nombrados como nuevos miembros permanentes del Consejo de Seguridad⁵⁶⁷.

La finalidad primordial del Consejo de Seguridad es asegurar la «acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas» a fin de «mantener la paz y la seguridad internacionales» (art. 24 de la Carta de la Onu). Sus resoluciones exigen el voto mínimo de nueve de sus quince miembros (art. 27), incluidos en los nueve votos también los votos de todos los miembros permanentes (o sea, cada miembro permanente tiene el poder de veto), salvo cuando el miembro permanente sea parte de la controversia sometida al Consejo de Seguridad, caso en el que deberá abstenerse en la votación.

La eficacia práctica de las decisiones adoptadas en el Consejo de Seguridad es, en parte, el resultado de la posibilidad del uso de la fuerza armada por sus miembros u otros Estados autorizados por el Consejo. Sin embargo, ese uso de la fuerza militar debe ser comprendido como una acción de *ultima ratio* (art. 42 de la Carta de la Onu), siendo aconsejable, siempre que sea posible, que el Consejo de Seguridad decida utilizar otros medios de presión contra los Estados que incumplan sus determinaciones. Esas medidas alternativas están definidas en el artículo 41 de la Carta de la Onu:

El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Aunque la misión principal del Consejo de Seguridad sea la conservación de la «paz», la protección de los derechos humanos también está entre sus importantes funciones. De este modo, como señala Jaume Saura Estapà, el Consejo de Seguridad trabaja —o está apto para trabajar— en favor de los derechos humanos realizando operaciones de paz con fundamento en los componentes de la protección humanitaria, considerando la vulneración en masa de los derechos humanos como una grave amenaza a

⁵⁶⁷ Cfr. Virgílio Caixeta Arraes: «O Brasil e o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas: dos anos 90 a 2002», 2005, disponible en: <<http://www.scielo.org/pdf/rbpi/v48n2/a08v48n2.pdf>>. Fecha de acceso: 6.7.2012.

la paz y así legitimando a los tribunales penales internacionales a proceder con el propósito de enjuiciar criminales de guerra que hayan violado de forma grave los derechos humanos de las víctimas⁵⁶⁸.

A pesar de eso, el déficit democrático del Consejo de Seguridad es un estorbo para su función secundaria de protección de los derechos humanos. Muchas de las violaciones de los derechos humanos que ocurrieron en el siglo pasado tuvieron la participación de miembros permanentes del Consejo, lo que impidió que este órgano pudiese efectivamente actuar contra esas violaciones.

La selectividad en la protección de los derechos humanos quedó muy clara en las últimas décadas de funcionamiento del Consejo de Seguridad. Creemos que la superación de esa omisión institucional solo es factible con la disminución del déficit de legitimación democrática del Consejo de Seguridad, lo que podría lograrse, por ejemplo, por medio de la inclusión de nuevos miembros permanentes que representen nuevos intereses regionales y culturales del orbe, o asimismo por medio de una revisión normativa de las reglas de votación, alterando, por la vía de un nuevo tratado global, la norma que levantó el poder de veto de los miembros permanentes.

4.2.3 El Consejo Económico y Social

El Consejo Económico y Social es un órgano de las Naciones Unidas que dispone de competencia para hacer estudios, informes, investigaciones y recomendaciones en los asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y con el objetivo de promover el respeto a los derechos humanos (art. 62 de la Carta de la Onu). El Consejo está integrado por cincuenta y cuatro Miembros de las Naciones Unidas elegidos por la Asamblea General por un periodo de tres años (art. 61 de la Carta de la Onu).

⁵⁶⁸ Cfr. Jaume Saura Estapà: «El sistema de les Nacions Unides de protecció del drets humans», ob. cit., pp. 178-179.

Según el artículo 68 de la Carta, el Consejo Económico y Social «establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones». Con fundamento en esa competencia, el Consejo Económico y Social instituyó en 1946 la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la cual funcionó hasta el año 2006, cuando fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos de la Onu. En los 60 años de su funcionamiento, la Comisión para los Derechos Humanos, además de haber redactado la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos de Nueva York⁵⁶⁹, investigó, por medio de diversos grupos de trabajos, graves violaciones de derechos humanos en todo el mundo, especialmente las violaciones con prisiones arbitrarias, desaparecimientos forzados de personas, agresiones contra poblaciones indígenas, explotación del trabajo esclavo y abusos contra minorías, siendo, por lo tanto, el principal órgano proveedor de informaciones sobre violaciones de derechos humanos al Consejo Económico y Social⁵⁷⁰.

Con base en la misma competencia establecida en la Carta de la Onu, el Consejo Económico y Social también instauró oficialmente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por medio de su resolución 17/1985⁵⁷¹. El mencionado comité está integrado por expertos y supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recibiendo los informes de los Estados pactantes y emitiendo recomendaciones y observaciones generales sobre la correcta ejecución de las normas del PIDESC.

Después de aprobado el Protocolo Facultativo del PIDESC de 2008⁵⁷², el Comité también pasó oficialmente a poder recibir y procesar peticiones individuales relacionadas con los derechos protegidos por aquel tratado. También puede el Comité determinar la adopción de medidas urgentes por los Estados Partes del PIDESC (y de su

⁵⁶⁹ Cfr. Myres S. McDougal y Gerhard Bebr: «Human rights in the United Nations», en *The American Journal of International Law*, v. 58, 1964, p. 614.

⁵⁷⁰ En ese sentido, cfr. las informaciones disponibles en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/background.htm>>. Fecha de acceso: 8.7.2012.

⁵⁷¹ El texto de la mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/1985/85>>. Fecha de acceso: 8.7.2012.

⁵⁷² El texto del Protocolo Facultativo del PIDESC, de 2008, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/477/84/PDF/N0847784.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso: 8.7.2012.

Protocolo Facultivo). Sin embargo, muchos Estados latinoamericanos, como Brasil, todavía no han ratificado dicho Protocolo Facultativo, impidiendo su plena eficacia en el continente americano.⁵⁷³

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Consejo Económico y Social de las Naciones, debido a sus funciones específicas de protección de los DESC, deben ser considerados importantes intérpretes globales de las normas internacionales que reconocen esos derechos. Por eso, sus documentos que examinan la mejor forma de protección de los derechos humanos económicos, sociales y culturales (especialmente sus «observaciones generales») deben ser considerados por las autoridades regionales y nacionales —judiciales o administrativas— que integran las normas internacionales de los derechos humanos en los sistemas jurídicos internos.

4.2.4 La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es una agencia de la Onu creada por la Asamblea General, como consecuencia de lo que fue deliberado en la Conferencia de Viena de 1993, por medio de la Resolución 48/141⁵⁷⁴, de 20 de diciembre de 1993, para la promoción de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales firmados en el ámbito de la Onu («*within the framework of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, other international instruments of human rights and international law*» —artículo 3.a de la Resolución 48/141/1993—). Su titular, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, es considerado el funcionario de más alto rango de la Onu entre los que se dedican al tema de los derechos humanos (su rango es de «*Under-Secretary-General*», de acuerdo con el artículo 2.c de la mencionada resolución).

⁵⁷³ Cfr. Flávia Piovesan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 377.

⁵⁷⁴ El texto de la mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r141.htm>>. Fecha de acceso: 8.7.2012.

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos está sometido a la autoridad del Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 4º de la Resolución 48/141/1993), pero también debe guiarse por las decisiones de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Derechos Humanos (que sustituyó, después de 2006, la Comisión de Derechos Humanos). A esos tres órganos fundamentales de las Naciones Unidas debe el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos rendir cuentas anualmente sobre sus actividades.

El artículo 4º de la Resolución 48/141/1993 establece, como parámetros específicos de actividad y responsabilidad, algunos deberes para el ejercicio del cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos; en especial destacamos los siguientes: (i) promover y defender el goce efectivo de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; (ii) desempeñar las tareas indicadas por los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas, ultimando las recomendaciones debidas y necesarias para la implementación y protección de todos los derechos humanos; (iii) promover y proteger la realización del derecho al desarrollo y colaborar con otros órganos de las Naciones Unidas para esa finalidad; (iv) prestar asesoramiento y asistencia técnica y financiera a las organizaciones regionales de protección de los derechos humanos; (v) coordinar programas de las Naciones Unidas de educación e información en el campo de los derechos humanos; (vi) dialogar con los gobiernos nacionales a fin de asegurar el respeto de todos los derechos humanos; (vii) ampliar la cooperación internacional para la promoción y la protección de todos los derechos humanos; (viii) coordinar las actividades de promoción y protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas; (ix) racionalizar, adaptar, fortalecer y simplificar el aparato de las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos con el fin de mejorar su eficiencia y efectividad; (x) llevar a cabo la supervisión general de Centro para los Derechos Humanos.

En su labor de protección de los derechos humanos, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos desempeña las obligaciones de intermediador global con las autoridades de los gobiernos y sistemas nacionales. Al mismo tiempo en que realiza una actividad de vigilancia del cumplimiento de las normas de derechos humanos en todos los Estados del mundo, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos también presta asistencia a los gobiernos domésticos, favoreciendo el cumplimiento de sus deberes

internacionales y, en especial, de la integración de las normas internacionales de derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales.

Otrosí, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos también es, en el ámbito global, el principal actor promovedor de la integración institucional de los derechos humanos. De hecho, una de sus funciones más destacadas es justamente la de coordinar e integrar los diversos agentes gubernamentales y no gubernamentales que se dedican a la protección de los derechos humanos, con la finalidad de fortalecer el trabajo de todos esos agentes y los mecanismos de protección, garantizando a los seres humanos en las más diversas ubicaciones del mundo una más real posibilidad de goce de todos sus derechos humanos⁵⁷⁵.

4.2.5 El Consejo de Derechos Humanos

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue creado en 2006 por medio de una resolución (A/RES/60/251⁵⁷⁶) de la Asamblea General, reemplazando a la Comisión de Derechos Humanos. A diferencia de la antigua Comisión, que estaba sometida al Consejo Económico y Social, el Consejo de Derechos Humanos está vinculado directamente a la AG, pasando a ser, por lo tanto, un órgano de importancia y rango superior en el complejo sistema de la Onu.

Las tareas institucionales que le fueron atribuidas al Consejo de Derechos Humanos están especificadas en el artículo 5º de la resolución que la creó; entre ellas, destacamos las siguientes: (i) promover la educación en derechos humanos y prestar servicios de asesoramiento, asistencia técnica y desarrollo de capacidades en el campo de los derechos humanos; (ii) funcionar como un foro para el diálogo sobre cuestiones relativas a todos los derechos humanos; (iii) formular recomendaciones a la Asamblea

⁵⁷⁵ En este sentido, cfr. las informaciones disponibles en la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <<http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhatWeDo.aspx>>. Fecha de acceso: 9.7.2012.

⁵⁷⁶ El texto de la mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251_en.pdf>. Fecha de acceso: 11.7.2012.

General para el posterior desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; (iv) promover la plena implementación de las normas de derechos humanos contraídas por los Estados y acompañar los objetivos y compromisos relativos a la promoción y la protección de los derechos humanos resultantes de las conferencias y cumbres internacionales; (v) llevar a cabo el Examen Periódico Universal, basado en informaciones objetivas y fidedignas, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en el campo de los derechos humanos, de una forma que asegure la universalidad del examen y la igualdad de trato con respecto a todos los Estados; (vi) contribuir, por medio del diálogo y la cooperación, a la prevención de las violaciones de derechos humanos y responder con prontitud a las emergencias de los derechos humanos; (vii) asumir las funciones y las responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos en relación al trabajo de la Oficina del Alto Comisariado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de acuerdo con la Resolución 48/141 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993; (viii) trabajar en estrecha cooperación en el ámbito de los derechos humanos con los gobiernos, las organizaciones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil; (ix) formular recomendaciones con respecto a la promoción y la protección de los derechos humanos; (x) presentar un informe anual a la Asamblea General.

Una de las tareas principales del Consejo de Derechos Humanos es realizar el *Examen Periódico Universal* (*Universal Periodic Review*, sobre el cual razonaremos más adelante), que es, a lo mejor, su mecanismo más importante de protección de los derechos humanos. Así, como bien definió Carlos Villan Duran, el mecanismo universal de revisión periódica es la «*pedra de bóveda bajo la cual el Consejo DH examinará el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos*».⁵⁷⁷

Así, desde el principio, el Consejo de Derechos Humanos nació con el mismo propósito de la concepción del procedimiento de Examen Periódico Universal: superar el problema de la selectividad en los mecanismos de protección y garantizar que una perspectiva amplia y multicultural de los derechos humanos sea adoptada por un

⁵⁷⁷ Cfr. Carlos Villan Duran: «Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 5, 2006, p. 10.

órgano de la Onu que sea verdaderamente representativo de todos los pueblos existentes en el planeta.

En sus actividades (tanto en la realización del Examen Periódico Universal como en la ejecución de otras tareas), el Consejo de Derechos Humanos, así como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, tiene la difícil misión de integrar institucionalmente los derechos humanos, o sea, de coordinar e integrar los diversos órganos regionales y nacionales de protección. En especial, se hace muy relevante la integración con las Institucionales Nacionales de Derechos Humanos (INDH), de las cuales trataremos en un párrafo propio. De hecho, la integración en materia de derechos humanos es un tema corriente en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos y es entendida como una estrategia fundamental en el intento global de universalización real de la protección de los derechos humanos.

Considerando que el Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano global de protección de los derechos humanos, las opiniones adoptadas por ese Consejo deben ser examinadas e incorporadas por todos los órganos de los Estados y de las organizaciones supraestatales, a fin de perfeccionar la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos y maximizar a la protección integral de los seres humanos.

4.2.6 La Corte Internacional de Justicia

No existe, actualmente, un tribunal global específico para la protección completa de todos los derechos humanos. Aunque se pueda reconocer en el Tribunal Penal Internacional una corte judicial constituida contra las graves violaciones de derechos humanos, ese tribunal solo alcanza parte de las violaciones contra derechos humanos, y solo desde una perspectiva criminal. Desde una perspectiva civil, no existe en el sistema de la Onu un tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sistema europeo, o como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sistema interamericano. Sin embargo, también es posible antever en la Corte Internacional de

Justicia (CIJ), la Corte de La Haya, un tribunal que, aunque secundariamente, también está dedicado a la protección de los derechos humanos⁵⁷⁸.

La Corte Internacional de Justicia es un tribunal mundial que surgió de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), la cual fue creada en 1921 y existió oficialmente hasta 1946, cuando fue rematada la Sociedad de las Naciones. Así como la CPJI, que, de acuerdo con el Pacto de Versalles de 1919⁵⁷⁹, estaba dirigida a la solución de los conflictos entre los Estados miembros de la aquella predecesora de las Naciones Unidas, la CIJ tiene como primer propósito solucionar de modo pacífico posibles conflictos entre Estados soberanos. La CPJI también estaba incumbida de la función de opinar sobre cuestiones planteadas por el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. A su vez, la CIJ está apta para ejercer una función consultiva todavía más amplia, pudiendo también resolver planteamientos jurídicos de las agencias oficiales de la Onu (con la autorización para eso de la AG, art. 96.b de la Carta de la Onu) y declarar la mejor interpretación del derecho internacional general.

De acuerdo con el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, compete a la CIJ decidir en última instancia la mejor interpretación de las normas imperativas del derecho internacional general, o sea, del *ius cogens* internacional. Considerando la especial posición jerárquica de tales normas en el sistema jurídico internacional, el poder hermenéutico de la CIJ de declarar el contenido de ese núcleo fundamental del derecho internacional la transforma en el intérprete auténtico por excelencia del derecho internacional general.

Ya tratamos, en un párrafo anterior, de examinar el tema del *ius cogens* internacional y del núcleo duro de los derechos humanos que está incluido en ese conjunto superior de normas internacionales. Considerando los planteamientos ya desarrollados, podemos concluir con seguridad que el poder atribuido a la CIJ para interpretar y definir el *ius cogens* internacional también se traduce en un poder especial para definir cuál es el núcleo elemental de normas de protección de los derechos humanos, o sea, el núcleo esencial de normas de protección de los derechos básicos de los seres humanos que no

⁵⁷⁸ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos*, ob. cit., p. 100.

⁵⁷⁹ El texto del Pacto de Versalles (1919) está disponible en la siguiente página electrónica: http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii-las-grandes-organizaciones-mundiales/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf. Fecha de acceso: 15.7.2012.

pueden ser contrariadas por cualquier otra norma internacional, regional o doméstica, siendo tal núcleo inmune al ejercicio de los poderes soberanos estatales.

4.2.7 El Tribunal Penal Internacional

Desde el famoso Tribunal de Núremberg, instituido en virtud de la Carta de Londres de agosto de 1945⁵⁸⁰, firmada por los Estados Unidos, Reino Unido, Francia y URSS con la adhesión posterior de otros 19 Estados⁵⁸¹, algunos pocos tribunales internacionales *ad hoc* (como, por ejemplo, los de Ruanda y Yugoslavia) fueron instituidos a fin de investigar crímenes de guerra contra la humanidad y contra los derechos humanos, perpetrados por personas y gobiernos denunciados por los órganos dirigentes de la comunidad política internacional.

Ese sistema punitivo internacional tenía la imperfección de ser altamente selectivo y discrecional, lo que podía ser reconocido por toda la comunidad internacional. Así, a fin de corregir ese defecto institucional del sistema internacional, se empezó a debatir, desde la creación de los órganos globales de protección de los derechos humanos, sobre la fundación de un verdadero tribunal internacional criminal, que sea competente para sentenciar y condenar a las personas que cometan crímenes contra la paz y la humanidad.⁵⁸²

El consenso respecto a la existencia de normas internacionales penales que son aplicables a las personas que practican crímenes contra la humanidad —y contra los derechos humanos— ya existía desde el final de la Segunda Guerra Mundial y justificó el funcionamiento del Tribunal de Núremberg. Con la edición de la Convención para la

⁵⁸⁰ El texto de la Carta de Londres, o «Carta de Núremberg», está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/350?OpenDocument>>. Fecha de acceso: 15.8.2012.

⁵⁸¹ Los mencionados Estados son los siguientes: Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Yugoslavia y Venezuela.

⁵⁸² Cfr. Flávia Piovesan: *Direitos humanos e justiça internacional*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 79.

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948⁵⁸³, ese consenso mundial se manifestó de nuevo y trató de determinar las primeras normas básicas para el derecho internacional penal (aunque, en ese primer momento, con el fin específico de punir el genocidio y otros crímenes congéneres).

En el artículo 1º de la mencionada convención, quedó establecido que «*el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar*». Los actos de genocidio están definidos en el artículo 2º de la convención, en que se declara que «*se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*».

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio también ofrece algunos ejemplos de genocidio: (a) la matanza de miembros del grupo; (b) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; (d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y (e) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Además de esos actos, que están caracterizados como práctica de genocidio, la convención también determina (en su artículo 3º) que sean punidas la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio.

Además de esos tipos penales internacionales definidos en la convención contra el genocidio, los cuáles pueden ser perseguidos en los ámbitos domésticos o internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1974, trató de definir otros crímenes contra la paz internacional —o contra el derecho humano a la paz—. Así, en su resolución 3314 (XXIX)⁵⁸⁴, la AG estableció una definición jurídica para el crimen de «agresión internacional», que pasó a ser oficialmente entendida como «*el uso de la fuerza*

⁵⁸³ El texto de la mencionada convención está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>>. Fecha de acceso: 19.8.2012.

⁵⁸⁴ El texto de esa resolución de la Onu está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso: 19.8.2012.

por el Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra manera inconsistente con la Carta de las Naciones Unidas» (artículo 1º). Ese uso irregular de la fuerza, o sea, la guerra de agresión, pasó a ser declarado por las Naciones Unidas como «crimen contra la paz internacional» (artículo 5.2), lo cual también puede estar comprendido como un crimen contra los derechos humanos.

La base conceptual de derecho material para la persecución internacional de los crímenes contra los derechos humanos ya estaba mínimamente creada, pero todavía hacía falta una construcción institucional y procesal para operar esa persecución. Esa construcción quedó completa con la aprobación del Estatuto de Roma, en 1998⁵⁸⁵, que determinó la fundación y el funcionamiento del Tribunal Penal Internacional —el TPI—, que es el primer tribunal global de naturaleza criminal constituido oficialmente por la comunidad internacional.

De acuerdo con el artículo 1º del Estatuto de Roma, el TPI debe ser una *«institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales»*. Los crímenes que pueden ser perseguidos por la Corte están mencionados en el artículo 5º del estatuto (y definidos en los artículos 6º a 8º, salvo el crimen de agresión); son los siguientes: (i) el genocidio; (ii) los crímenes de lesa humanidad; (iii) los crímenes de guerra; y (iv) el crimen de agresión. Tales crímenes, en caso de que sean cometidos después de la entrada en vigor del estatuto del tribunal (art. 11), pueden ser investigados y enjuiciados de oficio por el Fiscal, o por iniciativa de algún Estado, o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (art. 13).

El TPI está dotado de una estructura física e institucional que lo capacita para investigar los crímenes más graves contra los derechos humanos, cuando la jurisdicción doméstica se demuestra incapaz de punir tales actos (art. 17). Con su sede en La Haya, el tribunal tiene su presupuesto soportado por los Estados y por donaciones privadas (artículos 116 y 117). Su estructura administrativa y judicial está compuesta por

⁵⁸⁵ El texto del Estatuto de Roma está disponible en la siguiente página electrónica: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Fecha de acceso: 20.8.2012.

seis órganos básicos: la Presidencia, la Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia, la Sección de Apelaciones, la Fiscalía y la Secretaría (art. 34). Esos órganos deben actuar con autonomía, aunque existan excepciones a la independencia del tribunal en el estatuto, como, por ejemplo, la norma estipulada en su art. 16, que permite al Consejo de Seguridad de la Onu suspender una investigación o enjuiciamiento.

Con la estructura física, humana e institucional de que goza hoy, el TPI también puede ser considerado un tribunal de protección de los derechos humanos. De hecho, la tutela de los derechos humanos no se hace únicamente en el ámbito civil y político. La persecución movida por los crímenes contra los derechos humanos debe ser interpretada como un mecanismo adicional de protección de los derechos, y no solo de los derechos de las víctimas y de sus familias, pero también de toda la humanidad, ya que el interés jurídico en el respeto a los derechos humanos es universal y *erga omnes*, sin lugar a dudas.

4.2.8 Las agencias y organizaciones especializadas en el ámbito de la Onu

Existen muchas agencias y organizaciones internacionales creadas a fin de coordinar el esfuerzo internacional de cooperación para el desarrollo de intereses humanísticos especiales. Una vez que esos intereses también son reconocidos jurídicamente como derechos humanos, esas agencias y organizaciones globales también asumen un compromiso de protección e implementación de los derechos humanos, especialmente de los derechos humanos económicos, sociales, culturales y los propios de grupos como niños y adolescentes, discapacitados, trabajadores, pueblos tradicionales y otros más.

La primera organización internacional de ese género es anterior a la Onu, funcionando, en su principio, en el ámbito del antiguo sistema de la Sociedad de las Naciones. Se trata de la Organización Mundial del Trabajo, la OIT, la cual, como ya mencionamos en un capítulo anterior, fue fundada en 1919.

Los primeros convenios de la OIT pueden ser considerados los primeros tratados internacionales de protección de los derechos humanos; en especial, los derechos humanos de los trabajadores. Pero el labor de la OIT no se limita a defender los derechos e intereses de la así llamada «clase trabajadora». Los derechos humanos de otros grupos sociales también son protegidos en los convenios de la OIT. Un ejemplo es el importante convenio 169, de 1989, que trata de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales (o, más genéricamente, los pueblos nativos y tradicionales)⁵⁸⁶, avanzando en las normas protectoras de esas comunidades ya tímidamente anunciadas en el convenio 107, de 1957.

La sede de la OIT está en Ginebra, en Suiza, y cuenta hoy con 183 miembros. Ella es la única organización «tripartita» de la Onu, estando compuesta por representantes de los gobiernos, de los empleadores y también de los trabajadores, lo que le atribuye una legitimidad todavía más amplia en la sociedad internacional. Las tres clases están representadas en los tres órganos principales de la OIT: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina. El órgano más importante de los tres es la Conferencia Internacional del Trabajo, que se reúne una vez al año y es responsable de dictar las políticas generales de esa organización internacional. También tienen gran importancia las comisiones de la OIT que responden por el mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas⁵⁸⁷.

Entre las organizaciones vinculadas a la Onu que están relacionadas con la tarea de trabajar en favor de la implementación de derechos humanos específicos, la segunda más antigua es la Organización para la Alimentación y la Agricultura, la FAO. Ella fue fundada en octubre de 1945 con el propósito de erradicar el hambre en el mundo y defender el derecho humano a la alimentación adecuada. Hoy, su trabajo consiste básicamente en recopilar informaciones, estadísticas y datos técnicos, coordinar los esfuerzos internacionales para garantizar la seguridad alimentaria en todo el planeta, y también trabajar para prevenir las plagas y enfermedades transfronterizas. Su estructura básica cuenta con la Conferencia de los Estados miembros, que se reúne cada dos años, el

⁵⁸⁶ Los convenios de la OIT (incluso los convenios 107 y 169) están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>. Fecha de acceso: 15.7.2012.

⁵⁸⁷ Las informaciones básicas respecto a la OIT están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>>. Fecha de acceso: 16.7.2012.

Consejo de los 49 miembros, elegidos por un periodo de tres años, y el Director General, que es el jefe administrativo de la organización⁵⁸⁸.

La Conferencia bienal de la FAO, su principal órgano, funciona como un importante foro para la discusión y aprobación de tratados internacionales en el tema de la agricultura, pecuaria, silvicultura y de la alimentación, deliberando sobre temas y problemas que también afectan la salud, el medioambiente y el derecho a la tierra. Otra función relevante de la Conferencia es la elección del Director General, que cumple un mandato renovable de cuatro años y lidera los trabajos administrativos centrales de la FAO. Otrosí, la Conferencia puede, por mayoría de las dos terceras partes de los votos emitidos, emitir recomendaciones a los Estados miembros de la organización o a otras organizaciones sobre cuestiones relativas a la alimentación y a la agricultura (art. 4º de la Constitución de la FAO)⁵⁸⁹.

El funcionamiento de la FAO no prescinde de sus oficinas regionales, que están más cerca de los países que necesitan el apoyo internacional para concretizar, de forma más adecuada, el derecho humano a la alimentación. Debido a la proximidad geográfica y comunicativa, las oficinas regionales están más aptas para promover la integración política, normativa e institucional en materia de nutrición. En América Latina, la Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe ha cumplido una tarea esencial de promover la armonización legislativa regional. Su «Guía para Legislar en Materia del Derecho a la Alimentación» es hoy una importante referencia continental en la normatización del derecho humano a la alimentación adecuada⁵⁹⁰.

La lucha internacional contra el hambre y en favor del derecho humano a la alimentación adecuada también cuenta con otra agencia especializada primordial: el Programa Mundial de Alimentos, el PMA. Creado en 1961, el PMA es, actualmente, el organismo internacional que más alimentos distribuye gratuitamente en el planeta,

⁵⁸⁸ Las informaciones básicas respecto a la FAO están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.fao.org/about/es/>>. Fecha de acceso: 16.7.2012.

⁵⁸⁹ Los textos jurídicos fundamentales de esa organización internacional, incluso su Constitución, están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.fao.org/docrep/meeting/022/K8024S.pdf>>. Fecha de acceso: 16.7.2012.

⁵⁹⁰ Cfr. Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe: «Guía para Legislar en Materia del Derecho a la Alimentación», 2008, disponible en: <<http://www.fao.org/alc/legacy/iniciativa/pdf/guida.pdf>>. Fecha de acceso: 16.7.2012.

alcanzando una media anual de 90 millones de personas en 73 países⁵⁹¹. Como se puede percibir, mientras la FAO desempeña una función prioritariamente normativa e informativa, el PMA es una agencia mucho más práctica y operativa, destinada a un propósito específico: la donación de alimentos para poblaciones que sufren de extremas carencias alimentarias.

Por su parte, en materia de los derechos humanos a la educación, la cultura, la comunicación y la información, la referencia institucional internacional es la Unesco (en español: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), que es una organización internacional vinculada a las Naciones Unidas, fundada en noviembre de 1945 y con sede en París. Su misión institucional está claramente vinculada a la garantía de los derechos humanos y sus principios fundamentales, estando así definida en el artículo 1º de su tratado constitutivo⁵⁹²:

1. La Organización se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo.

Así como en la FAO y la OIT, el órgano más importante de la Unesco es la Conferencia General, que está constituida por los representantes de los Estados miembros de la organización. Incumbe a la Conferencia General determinar la línea de conducta general de la Unesco (art. 4.2 del tratado constitutivo). A su vez, el Consejo Ejecutivo, compuesto por 58 Estados miembros, ejecuta el programa de trabajo aprobado por la Conferencia General y, entre otras cosas, debe presentar a la Conferencia General, con o sin comentarios, los informes sobre las actividades de la organización que compete al Director General preparar previamente (art. 5.10 del tratado constitutivo).

Por su parte, la Secretaría de la Unesco, presidida por el Director General, además de preparar los informes periódicos (art. 6.3.b) y regir la administración general de la organización (art. 6.2), puede también formular proposiciones acerca de las medidas que

⁵⁹¹ Las informaciones generales del PMA están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.wfp.org/about>>. Fecha de acceso: 16.7.2012.

⁵⁹² El texto de la Constitución y de otros documentos oficiales de la Unesco está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001337/133729s.pdf>>. Fecha de acceso: 15.11.2014.

hayan de tomar la Conferencia y el Consejo Ejecutivo y debe preparar un proyecto de programa de trabajo de la organización (art. 6.3.a).

Diversos proyectos y actividades de la Unesco son dirigidos al desarrollo e implementación de los derechos humanos. Entre otras, una de las temáticas que captó la atención de la Unesco en ese campo fue la de la educación en derechos humanos⁵⁹³. Fomentados y orientados por la Unesco, muchos Estados pasaron a integrar en sus políticas educativas la materia de los derechos humanos, admitiendo que el desarrollo virtuoso de la personalidad depende del crecimiento moral de los niños y adolescentes pautado en el respeto de la dignidad humana y en la asunción de los valores éticos básicos de la doctrina de los derechos humanos, por medio del empleo de métodos dialógicos y discursivos⁵⁹⁴.

Otra preocupación destacada de la Unesco en materia de derechos humanos es la responsabilidad bioética en el trato del genoma humano. Sobre esa temática, la Conferencia General de la Unesco, ya en noviembre de 1997, aprobó la «Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos», la cual, de modo eficaz, se consolidó globalmente como un marco legal esencial para la limitación de la actividad científica, condicionando las investigaciones, las experiencias y las innovaciones científicas al respeto del valor supremo de la dignidad humana y de algunos principios subordinados, como la no discriminación, la protección de la intimidad ante la nueva genética, la no patrimonialidad del genoma, el libre acceso a los progresos de la genética y la solidaridad internacional⁵⁹⁵.

El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia —la Unicef— también ha sido una organización internacional vinculada a las Naciones Unidas de suma relevancia para la defensa de los derechos humanos en todo el mundo. Su fundación en 1946 (y su inclusión en la base permanente de las Naciones Unidas en 1953) representó un

⁵⁹³ La temática de la educación en derechos humanos recibió mucha atención internacional especialmente al final del siglo pasado y a principios del presente, en consecuencia del «Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos», aprobado por la Onu para los años 1995 a 2004. Cfr. Carolina Ugarte y Concepción Naval: «Propuestas metodológicas para la educación en derechos humanos en los textos de las Naciones Unidas y la UNESCO», en *Revista Panamericana de Pedagogía*, v. 7, 2005, pp. 235-237.

⁵⁹⁴ Cfr. Carolina Ugarte y Concepción Naval: ob. cit., pp. 240-244.

⁵⁹⁵ Cfr. Salvador Darío Bergel: «La declaración universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos», disponible en: <<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/35/39-03.pdf>>. Fecha de acceso: 17.7.2012.

compromiso global en favor de la protección de los niños y adolescentes y de sus derechos básicos y preferenciales.

En los más de seis decenios de su funcionamiento, la Unicef ha concentrado sus esfuerzos en garantizar a los niños en situación de extremo riesgo amparo a fin de que puedan gozar debidamente de sus derechos a la alimentación adecuada, al vestido, al agua, a la salud y a la incolumidad física y mental. Además de contar con la participación de los Estados miembros en el presupuesto de la organización, la Unicef también es financiada por las contribuciones voluntarias de empresas, fundaciones e individuos, lo que atestigua la gran credibilidad de que goza la Unicef en la sociedad civil internacional⁵⁹⁶.

En la materia medioambiental, la referencia institucional global es el Pnuma —Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente—, que no es una organización internacional, pero funciona como una agencia especializada de las Naciones Unidas. El Pnuma (o Unep, *United Nations Environment Programme*, en inglés) tuvo su fundación deliberada en la Conferencia de Estocolmo de 1972, en la cual, por primera vez en el ámbito global, se discutió la necesidad de adecuar el modelo de desarrollo y crecimiento económico de los países a los parámetros de protección medioambiental. Como marco del esfuerzo para concretizar el esfuerzo global común, quedó establecido que las Naciones Unidas, por medio del Pnuma, impulsarían estrategias y estudios concentrados a fin de identificar los principales riesgos al goce del derecho común de la humanidad a un medioambiente sostenible y saludable y trazar las medidas adecuadas de precaución, prevención y reparación que deben ser adoptadas por los Estados que componen el sistema de la Onu⁵⁹⁷.

La misión del Pnuma es así definida por la Secretaria General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon⁵⁹⁸:

⁵⁹⁶ Cfr. Consejo Ejecutivo de la UNESCO: «The UNICEF executive board: an informal guide», 2011, disponible en: <[http://www.unicef.org/about/execboard/files/Executive Board - An Informal Guide - 2011 - FINAL2.pdf](http://www.unicef.org/about/execboard/files/Executive_Board_-_An_Informal_Guide_-_2011_-_FINAL2.pdf)>. Fecha de acceso: 17.7.2012. Otras informaciones útiles están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.unicef.org/>>. Fecha de acceso: 17.7.2012.

⁵⁹⁷ Cfr. Carol Annette Peterson: «The role of the United Nations Environment Programme (UNEP) in the development of international environmental law», en *American University International Law Review*, v. 5, 1990, pp. 354-355. Las informaciones básicas del Pnuma también están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.unep.org/>>. Fecha de acceso: 19.7.2012.

⁵⁹⁸ Cfr. Ban Ki-Moon: «Prólogo del Secretario General al informe anual del PNUMA», en *Informe Annual*

El PNUMA también cumple una función fundamental en la promoción de la sostenibilidad ambiental en todo el sistema de las Naciones Unidas, para que podamos decir que practicamos lo que predicamos. Este esfuerzo abarca la coordinación de la planificación para la reducción de emisiones en las entidades de las Naciones Unidas y la dirección de la campaña «Greening the Blue» en todo el ámbito de las Naciones Unidas, que pone de relieve la manera en que todos podemos hacer más, desde las adquisiciones sostenibles hasta una mayor eficacia en el uso de los recursos para las operaciones de mantenimiento de la paz. Los principios ecológicos también se aplican a las reformas en curso en el complejo de la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

El Pnuma, en sus cinco decenios de existencia, también desempeñó y todavía desempeña una función primordial de desarrollo del derecho internacional medioambiental, promoviendo las negociaciones y adopciones de decenas de compromisos multilaterales. En muchos de esos convenios globales, el Pnuma funciona como secretaría general y ayuda los Estados a cumplir sus deberes internacionales por medio de la implementación de legislaciones domésticas adecuadas.⁵⁹⁹

En el ámbito de los derechos humanos de los refugiados, no existe una organización internacional *stricto sensu* que garantice específicamente tales derechos. Sin embargo, desde 1950, el Acnur —el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados— funciona como una agencia de las Naciones Unidas para la protección de los refugiados. El Acnur, en cooperación con otras organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, presta asistencia a víctimas de conflictos armados, de persecuciones políticas y religiosas o de otras graves violaciones de derechos humanos cuando esas víctimas se ven compelidas a migrar a otros países o regiones.

La dimensión de la importancia del Acnur se traduce en la evolución histórica de su presupuesto. Si en su primer año de funcionamiento el Acnur contó con 300 mil dólares para realizar sus actividades, en 2012 la misma agencia disfrutó de un presupuesto de 3 590 millones de dólares para financiar su cuerpo administrativo y prestar asistencia humanitaria a millones de refugiados en todo el mundo⁶⁰⁰, aunque la efectividad y la calidad de esa asistencia humanitaria sean constantemente criticadas en el mundo

2010, Pnuma, disponible en: <http://www.unep.org/pdf/UNEP_ANNUAL_REPORT_2010_SP.pdf>. Fecha de acceso: 19.7.2012.

⁵⁹⁹ Cfr. Carol Annette Petsonk: ob. cit, pp. 352-353.

⁶⁰⁰ Las mencionadas informaciones y otras más respecto a la historia del Acnur están disponibles en la página electrónica oficial de esa agencia de la Onu: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646cbc.html>>. Fecha de acceso: 19.7.2012.

político y académico.⁶⁰¹

Recientemente, otra organización internacional vinculada a las Naciones Unidas fue concebida e instituida a fin de integrar el sistema de organizaciones intergubernamentales dedicadas a protección de los derechos humanos. En julio de 2010, la Asamblea General de la Onu aprobó la creación de «Onu Mujeres», la Entidad de la Onu para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, por medio de la Resolución 64/289⁶⁰². La naciente entidad de las Naciones Unidas está destinada a la protección global de los derechos de las mujeres, pero especialmente está interesada en la eliminación de la discriminación contra las mujeres y las niñas, en el «empoderamiento» de las mujeres y en el logro de la igualdad entre las mujeres y los hombres.⁶⁰³

En la búsqueda de la afirmación y protección de los derechos humanos de las mujeres, la Onu Mujeres tiene como uno de sus parámetros principales la Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción, de 1995⁶⁰⁴. Los principios y reglas de la mencionada declaración y plataforma fueron discutidos, evaluados y complementados sucesivamente en 2000, 2005 y 2010. En el futuro, competirá a la Onu Mujeres continuar con ese trabajo de vigilancia y desarrollo de los derechos humanos de las mujeres.

La coexistencia y cooperación de las anteriormente mencionadas organizaciones y agencias vinculadas a las Naciones Unidas es fundamental para que la implementación y el desarrollo de los derechos humanos sigan los ya mencionados principios de la unidad, indivisibilidad e interdependencia. Es innegable que la presencia de entidades que se preocupan de grupos específicos de derechos proporciona una atención más intensa y detallada sobre los respectivos derechos, favoreciendo la concepción de soluciones más adecuadas para los problemas planteados en la interpretación y aplicación de los principios y reglas de ejecución; sin embargo, esos trabajos de las entidades

⁶⁰¹ Cfr. Ralph Wilde: «Quis custodiet ipsos custodes?: why and how UNHCR governance of “development” refugee camps should be subject to international human rights law», en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 1, 1999, *passim*.

⁶⁰² El texto de la mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/17/PDF/N0947917.pdf?OpenElement>>. Fecha de acceso: 19.7.2012.

⁶⁰³ Las informaciones esenciales de la Onu Mujeres están disponibles en su página electrónica oficial: <<http://www.unwomen.org/es/about-us/about-un-women/>>. Fecha de acceso: 19.7.2012.

⁶⁰⁴ La Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>>. Fecha de acceso: 19.7.2012.

específicas no pueden ser actividades aisladas. Hace falta integrar todos esos esfuerzos específicos a fin de alcanzar mecanismos de protección integral de los seres humanos. Esa integración también depende de la cooperación de organizaciones no gubernamentales y de instituciones nacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos, como explicaremos en el próximo subcapítulo.

Por último, observamos que todas las agencias y organizaciones especializadas anteriormente mencionadas desarrollan algún grupo específico de derechos humanos, o también derechos humanos generales desde la perspectiva de un grupo o género humano (como la Onu Mujeres, que trata de los derechos humanos de las mujeres, o la ACNUR, que trata de los derechos humanos de los refugiados). Por lo tanto, esos órganos globales deben ser reconocidos como intérpretes oficiales de las normas globales de derechos humanos y sus interpretaciones deben ser consideradas por los órganos estatales, regionales e internacionales, incluso en la integración de esas normas globales en los sistemas jurídicos nacionales.

4.3 Las organizaciones no gubernamentales globales de vigilancia de los derechos humanos

En el siglo XX, el surgimiento de las organizaciones civiles globales fue fundamental para la consolidación del consenso mundial respecto a la existencia y la primacía de los derechos humanos y para la formación de una opinión pública global que presionó y presiona a los gobiernos democráticos y no democráticos para que respeten y actúen en favor de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Según Aryeh Neier, fue durante la Guerra Fría, o sea, en el período histórico que va desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta el fin de la URSS, que surgieron y se fortalecieron los principales movimientos organizados globalmente para la defensa de los derechos humanos.⁶⁰⁵ Esos movimientos nacieron en importantes Estados occidentales

⁶⁰⁵ Cfr. Aryeh Neier: *International human rights movement: a history*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2012, pp. 10-16.

capitalistas, como los Estados Unidos y el Reino Unido y tuvieron como propósito no solo denunciar las violaciones de derechos humanos en los países comunistas, sino también apuntar las violaciones en Estados y gobiernos apoyados por las grandes potencias capitalistas. De acuerdo con lo que registra Neier, las graves violaciones de derechos humanos causadas por las dictaduras latinoamericanas del siglo pasado solo fueron conocidas globalmente debido a la acción de esas organizaciones no gubernamentales globales, que divulgaron informaciones recogidas entre defensores locales de derechos humanos y muchas víctimas de los conflictos políticos⁶⁰⁶.

Una de las primeras y más importantes organizaciones globales constituidas para la defensa de los derechos humanos fue la Amnistía Internacional, que tiene su sede principal en Londres. Ella surgió en el año 1961, después de un artículo («*The Forgotten Prisoners*») publicado por el abogado inglés Peter Benenson contra la prisión de un estudiante por la dictadura portuguesa de aquel entonces. En el movimiento que siguió al artículo, se puso en marcha una reunión internacional con delegados de Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Reino Unido y Suiza. El primer objetivo estratégico del grupo que se formó fue defender, en diferentes países del mundo, la libertad de religión, de opinión y los derechos humanos de los presos. Posteriormente, con el crecimiento del movimiento y de la organización, ese objetivo fue ampliado a fin de alcanzar todos los derechos humanos reconocidos en la DUDH y en otros documentos normativos globales⁶⁰⁷.

Los primeros trabajos investigativos de la Amnistía Internacional se desarrollaron en Ghana, Sudáfrica, Checoslovaquia, Portugal y Alemania Oriental. En el año 1962, fue publicado el primero de muchos informes anuales que hasta hoy denuncian las violaciones de derechos humanos en todo el mundo. En el mismo año fueron formados grupos de la Amnistía en Australia, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Grecia, Irlanda, Noruega y Suecia. Un año después, 1963, ya había 350 grupos locales de la Amnistía Internacional en diversos lugares del mundo. En 1964, la Amnistía pasó a ser reconocida

⁶⁰⁶ Cfr. idem, ibidem.

⁶⁰⁷ Cfr. Amnistía Internacional: «La Historia de Amnistía Internacional», disponible en <<http://www.amnesty.org/es/who-we-are/history>>. Fecha de acceso: 30.6.2012.

oficialmente por la Onu como entidad consultiva no gubernamental⁶⁰⁸.

En toda su reciente historia (cerca de cinco décadas), la actividad de la Amnistía Internacional fue fundamental para la formación de la opinión pública internacional contra la tortura, la pena de muerte, las prisiones políticas, la desaparición forzada de personas, el *apartheid*, la discriminación motivada por la orientación sexual, el comercio de armas, la violencia contra la mujer, la mortalidad materna y en favor de la educación en derechos humanos, la protección de los refugiados, los derechos humanos de los pueblos indígenas, la jurisdicción universal de un tribunal global penal y asimismo la protección de los defensores de los derechos humanos⁶⁰⁹.

El Human Rights Watch (HRW), del mismo modo, es una de las principales organizaciones globales no gubernamentales dedicadas a la defensa y la protección de los derechos humanos en todo el mundo, quizá la más importante junto con la Amnistía Internacional. El HRW surgió en un principio como un grupo creado específicamente para vigilar el cumplimiento de los Acuerdos de Helsinki (1975), en que los Estados que se confrontaban en la Guerra Fría establecían normas de respeto a las fronteras existentes, la soberanía y la autodeterminación de todos los Estados y a los derechos humanos. Su fundación en 1978 tenía el propósito de denunciar los abusos cometidos por gobiernos del bloque comunista. Sin embargo, con el desarrollo de la ONG, sus objetivos fueron extendidos a fin de alcanzar la protección civil de los derechos humanos en todos los continentes y regiones, incluso en América Latina, en donde fueron investigadas y denunciadas las violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados Unidos, el país en que la HRW tiene su sede (su centro organizacional está en la ciudad de Nueva York).⁶¹⁰

La más conocida actividad de la HRW es investigar, denunciar y hacer públicos los actos ofensivos al derecho internacional humanitario (o sea, los actos contra víctimas de conflictos armados) y, en especial, los crímenes de guerra, como el genocidio. No obstante, otros objetivos estratégicos fueron añadidos a la misión institucional de la HRW, pasando a tratar también, entre otros temas, de los derechos humanos de las

⁶⁰⁸ Cfr. *idem*, *ibidem*.

⁶⁰⁹ Cfr. *idem*, *ibidem*.

⁶¹⁰ Cfr. Human Rights Watch: «Nuestra historia», disponible en: <<http://www.hrw.org/es/node/75135>>. Fecha de acceso: 2.7.2012.

mujeres, los niños, los refugiados y los trabajadores migrantes, el derecho humano a la salud (especialmente la lucha contra la SIDA en África), así como la violencia doméstica y el tráfico de personas.⁶¹¹

Además de la HRW y la Amnistía Internacional, que son organizaciones globales que defienden un espectro muy amplio de derechos humanos, son también muy importantes para la defensa global de los derechos humanos algunas organizaciones no gubernamentales «sectorizadas», que personalizan internacionalmente el movimiento en favor de algunos derechos humanos específicos.

Así, por ejemplo, es posible citar como organizaciones civiles globales dedicadas a derechos específicos las siguientes: la organización Médicos Sin Fronteras⁶¹² y la IFHHRO (*International Federation of Health and Human Rights Organizations*)⁶¹³, que trabajan en favor de la implementación del derecho a la salud; el Greenpeace⁶¹⁴ y la WWF (*World Wide Found for the Nature*)⁶¹⁵, que están dedicados a protección del derecho a un medioambiente saludable; la FFP (*Food for the People*)⁶¹⁶, que intenta garantizar a las personas pobres el derecho a la alimentación adecuada; la OMCT (Organización Mundial contra la Tortura)⁶¹⁷, que se dedica a denunciar y combatir la tortura; la IGLHRC (*International Gay and Lesbian Human Rights Comission*)⁶¹⁸ que lucha contra la discriminación motivada por orientación sexual e y en favor de los derechos humanos de personas homosexuales, bisexuales y transexuales; la Anti-Slavery International⁶¹⁹, que trabaja en favor de la erradicación del trabajo esclavo; la Amazon Watch⁶²⁰, que trabaja en favor de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Amazonia; la DPI (Disabled

⁶¹¹ Cfr. idem, ibidem.

⁶¹² El trabajo de la organización Médicos Sin Fronteras está descrito en la siguiente página electrónica: <<http://www.msf.es/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶¹³ Más informaciones respecto a la IFHHRO están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://www.ifhhro.org/>>. Fecha de acceso: 2.7.2012.

⁶¹⁴ Cfr. la página electrónica del Greenpeace: <<http://www.greenpeace.org/international/en/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶¹⁵ Cfr. la página electrónica de la WWF: <<http://www.wwf.org/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶¹⁶ Cfr. la página electrónica de la FFP: <<http://www.foodforthepeople.org/about/history/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶¹⁷ Cfr. la página electrónica de la OMCT: <<http://www.omct.org/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶¹⁸ Cfr. la página electrónica de la IGLHRC: <<http://www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/content/about/ourhistory/index.html>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶¹⁹ Cfr. la página electrónica de la Anti-Slavery International: <<http://www.antislavery.org/english/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²⁰ Cfr. la página electrónica de la Amazon Watch: <<http://amazonwatch.org/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

Peoples' International)⁶²¹, que se dedica a la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad; la Womankind⁶²², que defiende los derechos humanos de las mujeres en regiones pobres; y el Centro de los Derechos Económicos y Sociales, que está dedicado principalmente a la lucha en favor de los derechos «*a la educación, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, el trabajo y a otros derechos económicos, sociales y culturales básicos para la dignidad humana*»⁶²³.

Existen también muchas organizaciones regionales que están dedicadas a la protección de los derechos humanos en continentes o regiones específicos. Entre otras, podemos mencionar la IHRC (*Islamic Human Rights Commission*)⁶²⁴, que lucha por los derechos humanos en los países de mayoría islámica; la AHRC (*Asian Human Rights Commission*)⁶²⁵, que defiende los derechos humanos en el continente asiático; el HRF (*Human Rights Foundation*)⁶²⁶ que se dedica a defensa de los derechos humanos en todo el mundo pero con una atención más intensa en el continente americano; la HRDI (*Human Rights Development Initiative*)⁶²⁷ y la JHR (*Journalists for Human Rights*)⁶²⁸, que llevan a cabo sus actividades en África.

El trabajo de las organizaciones globales de derechos humanos no sería tan eficaz sin la participación y la integración organizacional con otras organizaciones «temáticas» y regionales de defensa de los derechos humanos. Otrosí, las actividades de esas organizaciones específicas o continentales, así como las actividades de las grandes organizaciones no gubernamentales globales no serían tan amplias y profundas sin el trabajo *in loco* de los grupos nacionales y locales de defensores de los derechos humanos. Son esos grupos u organizaciones domésticos que presencian cercanamente las graves violaciones de derechos humanos en regiones que están lejos de los grandes centros

⁶²¹ Cfr. la página electrónica de la DPI: <<http://www.dpi.org/lang-sp/index.php?page=20>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²² Cfr. la página electrónica de la Womankind: <<http://www.womankind.org.uk/what-we-do/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²³ Cfr. la página electrónica del Centro de los Derechos Económicos y Sociales: <<http://www.cesr.org/section.php?id=70>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²⁴ Cfr. la página electrónica de la IHRC: <<http://www.ihrc.org.uk/about-ihrc/about-us>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²⁵ Cfr. la página electrónica de la AHRC: <<http://www.humanrights.asia/>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²⁶ Cfr. la página electrónica de la HRF: <<http://www.thehrf.org/about-us.php>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²⁷ Cfr. la página electrónica de la HRDI: <<http://www.hrdi.org.za/human-rights-development-initiative/index.html>>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

⁶²⁸ Cfr. la página electrónica de la JHR: <http://www.jhr.ca/en/aboutjhr_learnabout.php>. Fecha de acceso: 3.7.2012.

metropolitanos del mundo. En los territorios comprendidos por Estados no democráticos, que están institucionalmente cerrados a cualquier control internacional, esa participación activa de las organizaciones domésticas es todavía más importante. De cualquier manera, es prácticamente imposible que las organizaciones globales o regionales no gubernamentales estén presentes en todas las localidades del mundo, así que los grupos domésticos de defensores de los derechos humanos son los «ojos y oídos» de las grandes organizaciones de derechos humanos⁶²⁹.

Considerando el principio básico de la apertura de los derechos humanos y el método de la interpretación abierta y democrática de los programas normativos internacionales de protección de los derechos humanos, debe el intérprete y aplicador de tales programas tener en cuenta las perspectivas de esos diversos actores globales, regionales y locales del sistema informal de protección civil de los derechos humanos. Esas organizaciones no gubernamentales son esenciales para la formación de la opinión pública internacional y sus experiencias en la defensa real de los derechos humanos les capacitan para participar de la «sociedad abierta de intérpretes de los derechos humanos». Por eso, creemos que los órganos judiciales o casi judiciales, sean nacionales, regionales o globales, no pueden olvidar las perspectivas de esas organizaciones en el momento de la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos, y deben, por lo tanto, estimular la participación de esas organizaciones (a lo mejor, como *amicus curiae*) en los procesos judiciales paradigmáticos que tratan de los derechos humanos.

Otrosí, en el ámbito global, las organizaciones no gubernamentales también desempeñan un importante papel de apoyar, con informaciones, documentos y estudios, las organizaciones, comités y consejos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos. Actualmente, se nota tal función de las organizaciones no gubernamentales especialmente en la labor del Consejo de Derechos Humanos y en el desarrollo del mecanismo del examen periódico universal.⁶³⁰

⁶²⁹ Cfr. Aryeh Neier: ob. cit., p. 12.

⁶³⁰ Cfr. Lucia Nader: «El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 7, 2007, pp. 11-18.

4.4 La integración del sistema global con las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y los «Principios de París»

No cabe duda de que la protección de los derechos humanos, en todo el orbe, fue impulsada por muchos grupos de defensores de derechos o de organizaciones no gubernamentales que tienen la función precipua de investigar y denunciar públicamente las graves violaciones. Sin embargo, en el ámbito doméstico, esas actividades de personas y entidades civiles no prescinden de la existencia de órganos o instituciones públicas (o equiparados a públicos —«cuasi gubernamentales», como menciona David Weissbrodt⁶³¹—) independientes de los demás poderes del Estado, que están dotados de competencias y atribuciones constitucionales o legales para investigar violaciones de derechos humanos y adoptar las medidas adecuadas para su prevención y reparación, sean medidas recomendatorias, sean medidas judiciales o incluso punitivas.

Esos órganos independientes —instituciones nacionales— y las mencionadas organizaciones de la sociedad civil no rivalizan; todo lo contrario, cooperan unos con los otros, puesto que sus fines son comunes: investigar, prevenir y reparar las violaciones de los derechos humanos. Los grupos de defensores de los derechos humanos auxilian, siempre que sea posible, esos órganos públicos independientes, que son conocidos hoy como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, las INDH. A su vez, las INDH funcionan normalmente como puentes institucionales entre las organizaciones de la sociedad civil y los Estados.⁶³²

Las INDH, que son recientes en la historia de la humanidad (posteriores a la Segunda Guerra Mundial)⁶³³, dondequiera que sean establecidas por norma expresa de la Constitución nacional (como, por ejemplo, las defensorías del pueblo en muchos Estados

⁶³¹ Cfr. David Weissbrodt: «National Human Rights Institutions», en *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjærum*, editado por Rikke Frank Jørgensen y Klaus Slavensky, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007, p. 143.

⁶³² Cfr. Lone Lindholt: «Universities and National Human Rights Institutions: the independent human rights actors», en *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjærum*, editado por Rikke Frank Jørgensen y Klaus Slavensky, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007, pp. 150-153.

⁶³³ Cfr. Orest J. W. Nowosad: «National Human Rights Institutions into the 21st Century», en *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjærum*, editado por Rikke Frank Jørgensen y Klaus Slavensky, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007, p. 161.

latinoamericanos y en España), representan en los sistemas jurídicos domésticos verdaderas garantías no jurisdiccionales de los derechos humanos (o incluso de los derechos fundamentales)⁶³⁴.

El reconocimiento global de las INDH afloró debido al propio movimiento de aproximación y cooperación de las instituciones, apoyadas por la Onu.⁶³⁵ En un encuentro internacional que tuvo lugar en París en 1991, las cerca de 30 instituciones de derechos humanos allí reunidas⁶³⁶ acordaron que la caracterización global de una INDH dependería del cumplimiento de algunos presupuestos que se traducen en: (i) demostraciones de autonomía institucional; (ii) poderes constitucionales o legales para investigar las violaciones de derechos humanos y para decidir sobre esos asuntos; (iii) apertura democrática substancial; y (iv) condiciones materiales para ejercer sus funciones. Tales supuestos pasaron a ser conocidos como «Principios de París» y fueron acogidos oficialmente por las Naciones Unidas por medio de una resolución de la Asamblea General, la resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993⁶³⁷.

Los Principios de París —aprobados por la Onu— pueden ser resumidos en los siguientes supuestos: (i) la institución debe gozar de competencia constitucional o legal para la promoción y la defensa de los derechos humanos; (ii) la composición y la esfera de competencia de la institución deben estar especificadas en la legislación constitucional o infraconstitucional; (iii) la institución debe ser apta para expedir informes, opiniones o recomendaciones oficiales en el tema de los derechos humanos, pudiendo incluso manifestarse sobre la adecuación de leyes y actos administrativos al programa normativo internacional y nacional de derechos humanos; (iv) la institución debe preparar, periódicamente, informes sobre la situación general de los derechos humanos en el país; (v) la institución debe llamar la atención del gobierno y de los poderes constituidos sobre las violaciones persistentes de derechos humanos ocurridos en cualquier parte del territorio nacional; (vi) la institución debe promover la armonización de las leyes y actos administrativos nacionales al derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo,

⁶³⁴ Cfr. Laura Díez Bueso: «La garantia dels drets en l'ordenament jurídic espanyol», en *Els drets humans al segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Victor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007, pp. 165-166.

⁶³⁵ Cfr. David Weissbrodt: *ibidem*.

⁶³⁶ Cfr. Orest J. W. Nowosad: *ob. cit.*, p. 162.

⁶³⁷ La mencionada resolución con los Principios de París está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>>. Fecha de acceso: 20.7.2012.

para esa finalidad, su poder de expedir recomendaciones o de interponer los recursos judiciales pertinentes; (vii) la institución debe incitar a los poderes constituidos a ratificar y promover la ejecución de los tratados internacionales de derechos humanos; (viii) la institución debe colaborar con la elaboración de los informes que los Estados deben presentar a las Naciones Unidas sobre la situación general de los derechos humanos en el país o sobre el cumplimiento de algún tratado internacional específico; en especial, debe colaborar con el procedimiento del Examen Periódico Universal; (ix) la institución debe cooperar y buscar la integración institucional con otros órganos oficiales regionales y globales de los sistemas de protección de los derechos humanos; (x) la institución debe colaborar con los programas académicos y profesionales de enseñanza e investigación en el tema de los derechos humanos; (xi) la institución debe promover la difusión pública de las informaciones y de la educación en derechos humanos; (xii) la institución debe combatir todas las formas de discriminaciones, especialmente la discriminación racial; (xiii) la institución debe ser plural y presentar una apertura democrática para la sociedad civil, contando con la colaboración o incluso representación de organizaciones no gubernamentales, universidades, expertos académicos y miembros de diferentes inclinaciones religiosas y políticas; (xiv) la institución debe ser política, administrativa y financieramente independiente del gobierno; (xv) la institución debe ser dotada del poder de examinar con libertad e independencia todas las cuestiones que le son exhibidas en el ámbito de su competencia constitucional o legal; (xvi) la institución debe ser dotada de la competencia para tomar testimonios y determinar la presentación de documentos en sus procedimientos de investigación y pesquisa; (xvii) la institución debe estar apta para publicar con independencia sus opiniones y recomendaciones y para comunicarse con la opinión pública; (xviii) la institución debe ser perenne y sus miembros deben reunirse regularmente siempre que sea necesario para la consecución de los fines institucionales; (xix) la institución debe formar grupos de trabajo siempre que sea necesario, a fin de perseguir sus fines institucionales; (xx) la institución debe ser cooperar e integrarse con otros grupos u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales legitimados para promover el respeto a los derechos humanos; (xxi) la institución debe ser cooperar y buscar la colaboración de organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos, especialmente de las organizaciones que están dedicadas a protección de los grupos humanos vulnerables, como los niños y adolescentes, los refugiados, los

migrantes, los portadores de necesidades especiales etc.

De acuerdo con los principios de París, cuando las INDH también están dotadas de competencia «*cuasi-jurisdiccional*», hace falta también que esas INDH: (i) intenten resolver los conflictos presentados por medio de la mediación y conciliación; (ii) esclarezcan a las personas que sufrieron las violaciones de derechos humanos sobre los remedios judiciales disponibles al caso; (iii) oigan y registren todas las quejas sobre violaciones de derechos humanos; (iv) siendo el caso, transmitan tales quejas e informaciones a las autoridades competentes; (v) hagan recomendaciones a las autoridades competentes, incluso las autoridades legislativas, a fin de prevenir o reparar las violaciones de derechos humanos y de reforzar las garantías legales existentes para la protección de esos derechos.

Para que un órgano nacional sea oficialmente reconocido por la Onu como una INDH, hace falta que los supuestos antes catalogados sean verificados. Sin embargo, existen instituciones nacionales que no cumplen rigurosamente con todos esos requisitos, pero que asimismo se amoldan *grosso modo* a los Principios de París. En esos casos, considerando que queden claros e inequívocos la independencia de la institución y sus poderes y competencia para la protección efectiva y adecuada de los derechos humanos, se puede lograr el reconocimiento internacional de su *status* de INDH, aunque persistan críticas puntuales sobre situaciones de funcionamiento o estructura que deben ser revisadas en el futuro.

La finalidad del establecimiento de los Principios de París es asegurar que las INDH sean eficaces en la promoción, investigación y protección de los derechos humanos. Según el *International Council on Human Rights Policy* (ICHRP), las instituciones nacionales suelen ser más eficaces cuando: (i) cuentan con legitimidad ante la ciudadanía; (ii) son accesibles; (iii) tienen una cultura organizacional abierta; (iv) garantizan la integridad y calidad de sus integrantes; (v) presentan diversidad en los integrantes y personal; (vi) consultan con la sociedad civil; (vii) tienen un mandato amplio; su competencia abarca todos los sectores; (viii) tienen el poder de vigilar el cumplimiento de sus recomendaciones; (ix) tratan sistemáticamente las cuestiones de derechos humanos; (x) cuentan con suficientes recursos presupuestarios; (xi) desarrollan vínculos internacionales eficaces; y, (xii) cuando tienen la competencia para considerar las quejas

individuales, tramitan las quejas de manera rápida y eficaz⁶³⁸. Siguiendo esos criterios enumerados por el ICHRP, más que legitimadas, las instituciones nacionales pasarían a alcanzar eficazmente la protección de los derechos humanos en sus respectivos países.

La función fundamental de las INDH es la de proceder en las esferas jurisdiccionales y no jurisdiccionales a la prevención, reparación y punición de las violaciones de derechos humanos y congregar todos los esfuerzos de los diversos grupos presentes en el país para el desarrollo e implementación de los derechos humanos. Además de eso, la INDH funciona como una aglutinadora de movimientos domésticos y como un canal de comunicación con el sistema internacional de protección de los derechos humanos, siendo, en este sentido, un agente nacional de integración de los derechos humanos.

Otrosí, debemos destacar que una importante función de las INDH (y de los *ombudsmen*, en general) es la de exigir la responsabilidad de las autoridades públicas por las violaciones de derechos humanos y la ausencia de políticas públicas para la implementación de los derechos.⁶³⁹ Debido a su imparcialidad e independencia, las INDH y los *ombudsmen* están en una posición propicia para la tutela —jurisdiccional o no jurisdiccional— de los derechos humanos contra el Estado.

En muchos países, las INDH han dedicado atención especial a los derechos humanos civiles y políticos y tal vez poca atención a los derechos económicos, sociales y culturales, aunque, como bien señala Richard M. Kirkham, la actividad de los *ombudsmen* y las INDH quizá sean más importantes en la implementación de los derechos socioeconómicos (que resultan más difíciles de alcanzar por los medios jurisdiccionales normales) que en la defensa de los derechos individuales (civiles y políticos) clásicos, en que los jueces y tribunales tienen más tradición y experiencia en la reparación de los daños.⁶⁴⁰

Esa realidad (de desigualdad en la defensa de los derechos) también se

⁶³⁸ Cfr. International Council on Human Rights Policy: «Evaluar la eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos», 2005, pp. 8-9, disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIs.pdf>>. Fecha de acceso: 21.7.2012.

⁶³⁹ Cfr. Richard M. Kirkham: ob. cit., pp. 128-133.

⁶⁴⁰ Cfr. Richard M. Kirkham: «The constitutional role of the ombudsman», en *The International Ombudsman Yearbook*, v. 10, 2006, pp. 126-127.

percibe en las actividades de las organizaciones no gubernamentales que se dedican a la promoción de los derechos humanos. Como consecuencia del mencionado desequilibrio, pueden ser citadas (i) la percepción popular desvirtuada sobre el contenido y los beneficiarios de los derechos; (ii) la concentración de esfuerzos públicos dirigidos a la implementación de algunos derechos específicos en vez de a la implementación global de todos los derechos humanos; y, por ende, (iii) la ausencia de medidas prácticas que aseguren la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Por otro lado, muchas INDH se especializaron en grupos vulnerables, como las minorías lingüísticas y étnicas, las comunidades indígenas y tradicionales, los niños, los refugiados y las mujeres.⁶⁴¹ En este caso, la aparente asimetría está plenamente justificada, ya que, por medio de la defensa de los grupos vulnerables, lo que se pretende es alcanzar un mismo nivel de goce de los derechos humanos a todos los grupos sociales, corrigiendo, de esta manera, la propia vulnerabilidad que obstaculiza la satisfacción de los derechos.

Debido a la asimetría que anotamos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dedicado Observaciones Generales (las OG 10/1998⁶⁴²) a las INDH, en que les advierte lo siguiente:

3. El Comité advierte que las instituciones nacionales desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos. Desgraciadamente, con demasiada frecuencia no se ha reconocido a la institución esa función, o ésta ha sido descuidada o considerada de baja prioridad por la institución. Es indispensable, pues, que se preste plena atención a los derechos económicos, sociales y culturales en todas las actividades pertinentes de esas instituciones. La lista que sigue da una idea de los tipos de actividades que las instituciones nacionales pueden emprender (y en algunos casos ya han emprendido) en relación con estos derechos:

En el mencionado documento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas, a fin de concretizar los deberes que deben ser asumidos por las INDH, les recomienda: (i) el fomento de programas de educación e

⁶⁴¹ Cfr. David Weissbrodt: *ibidem*.

⁶⁴² El texto de las Observaciones Generales 10/1998 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está disponible en la siguiente página electrónica: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/148/44/PDF/G9814844.pdf?OpenElement>. Fecha de acceso: 21.7.2012.

información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general como en determinados grupos, por ejemplo en la administración pública, el poder judicial, el sector privado y el movimiento laboral; (ii) el minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, así como de los proyectos de ley y otras propuestas, para cerciorarse de que son compatibles con los requisitos estipulados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (iii) la prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, inclusive a petición de las autoridades públicas o de otras instancias apropiadas; (iv) la determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto (PIDESC); (v) la realización de investigaciones y de estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica determinados derechos económicos, sociales y culturales, bien sea dentro del Estado en general, o en determinadas esferas o en relación con determinadas comunidades particularmente vulnerables; (vi) la vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto y la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y (vii) el examen de las reclamaciones en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado.

Por medio de sus Observaciones Generales 10/1998, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al tiempo que llama la atención de las INDH sobre sus responsabilidades jurídicas y sociales, también reconoce públicamente su importancia y su función primordial de defender e implementar *todos los derechos humanos* en sus respectivos territorios de actuación. Así, también las INDH deben, progresivamente, dejar a un lado la *selectividad objetiva* en la defensa de los derechos humanos para pasar a ser actores completos en la implementación doméstica de los derechos humanos.

En el ámbito internacional, la cooperación de las INDH es especialmente importante en los procedimientos generales de los mecanismos de control de los derechos humanos. En esos procedimientos generales, en que son atestados el grado de cumplimiento y del goce efectivo de los derechos humanos en cada país (en especial, el Examen Periódico Universal), las informaciones prestadas por las INDH están dotadas de

alta confiabilidad y, debido al reconocimiento de sus legitimaciones nacionales, esas informaciones se transforman en una importante base desde la cual son construidos los pilares de los informes de los órganos globales de protección de los derechos humanos.

4.5 Los mecanismos de control internacional de los derechos humanos

Aunque la integración e internalización jurídica de las normas internacionales de derechos humanos en los diversos Estados que componen el orden internacional sea la principal medida de implementación del programa normativo global de protección de los derechos humanos, los órganos y organizaciones del sistema internacional han creado y desarrollado mecanismos internacionales de control de esos derechos.

Esos mecanismos internacionales, ante todo, sirven al propósito de comunicar a la sociedad y a la opinión pública internacional el grado de goce efectivo de los derechos humanos en los territorios de los Estados soberanos. Se entiende que esa comunicación es fundamental para que se forme una conciencia global y que se reúnan fuerzas de presión internacional a fin de obligar a los Estados a dar cumplimiento a los textos normativos internacionales de derechos humanos. Secundariamente, también pueden esos mecanismos lograr la prevención de una violación de los derechos o incluso la reparación o compensación por esa violación.

Tradicionalmente, los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos son clasificados en mecanismos convencionales y mecanismos no convencionales. Los primeros serían procedimientos de información, control y protección previstos expresamente en los tratados internacionales; los últimos serían procedimientos no previstos en tratados internacionales, sino en otros actos normativos internacionales.

Entre los mecanismos convencionales, la doctrina hace una distinción entre los mecanismos contenciosos —o jurisdiccionales— y los no contenciosos —o no jurisdiccionales—. Los primeros demandarían la intervención de un tribunal internacional

que tiene el poder de decidir sobre cuestiones de hecho y de derecho por medio de sentencias cuyo cumplimiento es obligatorio para los Estados —o los individuos— y que pueden ser ejecutadas jurídicamente por las partes interesadas; los últimos no gozarían de ese tipo de control jurisdiccional⁶⁴³.

La clasificación realizada por la doctrina jurídica es formalmente correcta, pero no nos parece que nos aporte alguna utilidad práctica. La eficacia de los mecanismos de protección no puede ser medida por su carácter «convencional» o contencioso. En materia de derechos humanos, por ejemplo, un mero informe internacional sobre la violación de una especie de derechos puede surtir más efectos prácticos que una sentencia de la Corte Internacional de Justicia que también trate de la violación de un derecho humano.

Por lo tanto, examinaremos, a continuación, los principales mecanismos globales de control de los derechos humanos, pero no seguiremos la clasificación clásica de esos mecanismos. Empezaremos por los procedimientos más comprensivos, que verifican la situación general del respeto a los derechos humanos en cada país, y después analizaremos otros mecanismos más específicos.

4.5.1 El Examen Periódico Universal

En los primeros cincuenta años de funcionamiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, muchas críticas y registros de desconfianzas fueron levantados contra el sistema. Las principales críticas consistieron en la constatación de que las investigaciones y condenaciones globales de los actos de violación de los derechos humanos se concentraron en algunos países y situaciones en que los formuladores de la política exterior de los Estados dominantes en el orden internacional (en especial, los Estados Unidos) estaban interesados en la intervención internacional; en otros casos, en que organizaciones no gubernamentales denunciaban las graves violaciones

⁶⁴³ Cfr. Jaume Saura Estapà: «El sistema de les Nacions Unides de protecció del drets humans», ob. cit., pp. 184-207; Carlos Weis: ob. cit., pp. 120-133.

de derechos humanos cometidos por los Estados que componen el Consejo de Seguridad de la Onu, los órganos internacionales fueron omisos o ineficientes en la investigación y condenación de los actos ilícitos. En otros términos, la crítica internacional apuntaba la selectividad de los mecanismos globales de protección, la cual atenta contra la pretendida universalidad de los derechos humanos, de acuerdo con la doctrina jurídica que los fundamenta.

La selectividad que mencionamos anteriormente puede ser considerada una forma de selectividad nacional o territorial, pues que privilegia la investigación y los actos de condenación contra países específicos. Sin embargo, existe otro tipo de selectividad que también afecta a la doctrina de la unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Se trata de la selectividad objetiva, que consiste en la limitación de los derechos humanos que son examinados como parámetro para la definición de lo que sean las graves violaciones.

En los primeros cincuenta años de funcionamiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, algunos derechos humanos, como la libertad política, de expresión, religión y prensa fueron más veces objeto de la atención internacional que, por ejemplo, otros derechos económicos y sociales, como el derecho a la alimentación adecuada, al agua, a la vivienda, a la salud etc.. Eso desvió en la atención de los órganos globales tuvo como consecuencia el giro de la opinión pública internacional hacia algunas violaciones de derechos humanos y el olvido de otras formas de violaciones, como si unos derechos humanos fuesen más importantes de que otros.

A fin de superar los mencionados problemas de selectividad territorial y objetiva, las Naciones Unidas concibieron un mecanismo de evaluación del cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos que contempla todos los países del mundo y todos los derechos humanos reconocidos globalmente. Ese mecanismo, que viene a reafirmar la universalidad territorial y la unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, es el Examen Periódico Universal (EPU), o *Universal Periodic Review*, en inglés⁶⁴⁴.

⁶⁴⁴ Cfr. Ibrahim Salama: «Introduction to the Universal Periodic Review Process»: en *Universal Periodic Review of Human Rights: towards best practice*, editado por Purna Sen, Londres, Commonwealth

Conforme a lo que ya mencionamos en otro subcapítulo, el mecanismo bautizado como Examen Periódico Universal —EPU— está expresamente tratado en la resolución de la Onu que creó el Consejo de Derechos Humanos, en 2006. No obstante, solo en junio de 2007, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por medio de la resolución 5/1⁶⁴⁵, decretó los principios, objetivos y reglas procedimentales del EPU. Y solamente un año después, en 2008, empezó el primer ciclo procedimental de examen de los países.

El EPU, al contrario que los procedimientos especiales que existían ante el antiguo Comité de Derechos Humanos, sigue un modelo de *peer review*, es decir, de examen por los iguales. Así, el Consejo de Derechos Humanos no examina directamente los Estados, sino constituye una *troika*, o sea, un grupo de tres Estados (los «iguales») que examinan otro Estado. Así, el principal trabajo de análisis documental y de investigación es realizado por ese grupo de tres miembros, a quien debe el Estado prestar todas las informaciones requeridas⁶⁴⁶.

De acuerdo con la Resolución 5/1 de 2007, el EPU tiene como parámetro jurídico la Carta de la Onu, la DUDH y los tratados y documentos normativos internacionales que obligan a cada Estado, además de otros compromisos adoptados voluntariamente por los entes soberanos. Por su parte, los «principios» fundamentales del mecanismo (*rectius*: sus normas generales de funcionamiento), determinados por la misma resolución del Consejo de Derechos Humanos, están así definidos en la resolución: (i) la promoción de la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, e interrelacionamiento de todos los derechos humanos; (ii) la cooperación basada en informaciones fiables y objetivas y en el diálogo interactivo; (iii) el tratamiento igualitario de todos los Estados y la cobertura universal del mecanismo de control; (iv) la asistencia procesal intergubernamental; (v) el involucramiento completo del Estado bajo examen; (vi) el

Secretariat, 2009, p. 5.

⁶⁴⁵ La mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:tLNfqMm327gJ:ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc+resolution+5/1+human+rights+council&hl=pt-BR&pid=bl&srcid=ADGEESguapXbM2syu_WY_7OztEBGcQTe_kHcl-NAJgIEBNypWBfzf0P2mJa4Q9b35YL3d9SGRep_dy_EBXcELprcc8Ko2hLVVMcf4_VPG78_qicV7aM3BQdj6-aWTGavS9fSgEbQffLwrPe&sig=AHIEtbQmF7u3dQQ6iatjXARIS23MvaDhlw>. Fecha de acceso: 22.7.2012.

⁶⁴⁶ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., pp. 112-113.

carácter complementario y no duplicado del EPU; (vii) la conducción objetiva, transparente, no selectiva, constructiva, no litigiosa y no politizada del EPU; (viii) la no imposición de una carga excesiva al Estado examinado o al Consejo de Derechos Humanos; (ix) el dimensionamiento realista y proporcional de la duración del procedimiento; (x) la no disminución de la capacidad de funcionamiento del Consejo de Derechos Humanos; (xi) la perspectiva de género integrada; (xii) la consideración del grado de desarrollo y de las especificidades del Estado examinado; (xiii) la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de los derechos humanos y de las INDH, entre otras partes interesadas.

Además de definir las reglas generales del EPU, la Resolución 5/1 de 2007 del Consejo de Derechos Humanos también define sus objetivos generales, que son los siguientes: (i) la evolución de la situación de los derechos humanos en la base; (ii) el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales de respeto a los derechos humanos; (iii) el incremento de la capacidad de cada Estado para la implementación de los derechos humanos y de la asistencia técnica a su disposición; (iv) el intercambio de las buenas prácticas entre los Estados y otras partes interesadas; (v) la cooperación para la promoción y protección de los derechos humanos; (vi) el fomento de la plena cooperación y el compromiso con el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y otros órganos y organismos internacionales dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos.

Debido a la restricción natural de procesamiento de informaciones por el Consejo de Derechos Humanos, no es posible el examen simultáneo y anual de todos los Estados que son miembros de las Naciones Unidas. Así, en la ya citada resolución, fue establecida la periodicidad de cuatro años para cada ciclo de exámenes y, por supuesto, algunos miembros fueron elegidos para figurar como los primeros Estados que debían —y lo fueron— examinados por el mecanismo del EPU. Los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos fueron los primeros examinados; los siguientes fueron otros Estados ubicados en diferentes puntos del planeta, a fin de respetar la distribución geográficamente equitativa de los procesos de examen.

La primera fase del procedimiento del EPU —y quizá la más importante—

es la documental. En esa fase, tres clases de documentos son aportados al proceso: (i) el informe nacional del Estado examinado, que es elaborado por el gobierno; (ii) una compilación de documentos elaborados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; (iii) los informes e informaciones añadidos por organizaciones no gubernamentales o por las INDH. Esos documentos forman la base desde la cual el grupo de trabajo especialmente creado por el Consejo de Derechos Humanos (la *troika*) empieza su actividad de investigaciones sobre la situación de los derechos humanos en el país.

Las acciones de la *troika* son asistidas por observadores del Estado examinado y por tres relatores de diferentes grupos regionales del Consejo de Derechos Humanos. Los relatores también son asistidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El grupo y los relatores pueden visitar el Estado examinado y verificar algunas situaciones específicas a fin de obtener más informaciones.

Después de concluida esa fase de investigación, su resultado es discutido por el Estado examinado, por los relatores y el grupo de trabajo a fin de que sean elaboradas conclusiones sobre el EPU. Esas conclusiones, además de declarar posibles violaciones de derechos humanos o dificultades en el cumplimiento de las normas internacionales, también podrán consistir en recomendaciones al Estado examinado, que tiene entonces el deber de acatar las recomendaciones e informar periódicamente al Consejo de Derechos Humanos sobre las medidas llevadas a cabo a fin de dar cumplimiento a las mencionadas recomendaciones.

En los primeros procedimientos de EPU realizados por el Consejo de Derechos Humanos, los resultados alcanzados fueron discretos. Fueron presentadas las principales dificultades encontradas por los Estados para la implementación de los derechos humanos y los gobiernos nacionales se mostraron abiertos a la cooperación internacional y al reconocimiento de los problemas identificados en el examen.

Brasil, por ejemplo, fue uno de los Estados que formalmente acataron todas las recomendaciones resultantes de las conclusiones generales del EPU y que se comprometieron a enviar al Consejo de Derechos Humanos informes sobre las medidas

concretas adoptadas en respuesta a las recomendaciones⁶⁴⁷. Por otra parte, según André de Carvalho Ramos, las conclusiones del EPU sobre la situación brasileña de respeto a los derechos humanos resultaron demasiado genéricas y superficiales, así como los compromisos asumidos por el gobierno brasileño no se mostraron efectivos⁶⁴⁸.

Aunque el mecanismo del EPU demande un desarrollo futuro a fin de convertirse en un mecanismo eficaz de protección global de los derechos humanos, sus primeros resultados alcanzaron una de sus finalidades, que es prestigiar y legitimar la actuación de diversas organizaciones e instituciones de defensa de los derechos y asimismo legitimar sus investigaciones y posiciones.

Como bien ha señalado Lawrence Moss, representante de la organización *Human Rights Watch* en las Naciones Unidas, muchas de las recomendaciones dirigidas a los Estados examinados ya habían sido dirigidas a los mismos por organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, la mayoría de los Estados demuestran una gran resistencia a acatar las recomendaciones de esas organizaciones de la sociedad civil y sencillamente ignoran tales sugerencias. Por eso, la incorporación de las recomendaciones de la sociedad civil a las conclusiones del EPU significa la adhesión oficial de la comunidad jurídica y política internacional a esos pareceres, los cuáles, desde entonces, pasan a disfrutar de más legitimidad jurídica y cobran fuerza para presionar a los Estados a fin de que ejecuten las medidas allí exhortadas.⁶⁴⁹

Formalmente, el EPU parece estar logrando algún éxito; por lo menos están siendo observados los principios mencionados por la Resolución 5/1 de 2007. Sin embargo, la eficacia social del nuevo mecanismo solo podrá ser sentida en el ámbito global en los próximos ciclos del examen, cuando nuevos informes de los Estados y de las partes interesadas (especialmente, las INDH y las organizaciones no gubernamentales) demuestren que sobrevino un efectivo cambio en la situación general del goce de los

⁶⁴⁷ Cfr. Juliana Vengoechea-Barrios: «The Universal Periodic Review: A new hope for international human rights law or a reformulation of errors of the past?», en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 12, 2008, p. 112.

⁶⁴⁸ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 113.

⁶⁴⁹ Cfr. Lawrence Moss: «Opportunities for nongovernmental organization advocacy in the Universal Periodic Review process at the UN Human Rights Council», en *Journal of Human Rights Practice*, v. 2, n. 1, 2010, pp. 123-124.

derechos humanos en los países examinados periódicamente.

4.5.2 Otros mecanismos de control periódico

En casi todos los tratados internacionales de derechos humanos hoy vigentes, el reconocimiento formal de los derechos es seguido inmediatamente por la garantía institucional de un comité internacional creado específicamente que, además de firmar la interpretación más adecuada de las normas del tratado, también es responsable de averiguar el cumplimiento por los Estados de esas mismas reglas.

Uno de los primeros comités de ese tipo fue el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, creado por la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1969⁶⁵⁰. Debido a la norma prevista en el art. 9º de la convención, todos los Estados que la ratificaron están obligados a presentar bienalmente informaciones al comité sobre «*las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones*» de la convención. Debidamente provisto de esas informaciones, el Comité podrá hacer sugerencias y recomendaciones a los Estados, los cuales deben entonces informar sobre las medidas adoptadas en respuesta a los documentos enviados por el Comité.

El mismo mecanismo de control periódico, realizado por medio de la creación de un comité específico y de informes enviados por los Estados al comité, que podrá hacer también recomendaciones a los Estados a fin de dar cumplimiento a las normas convencionales, fue establecido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979⁶⁵¹. En los artículos 18 y 20, la mencionada convención creó la obligatoriedad del envío de informes cada cuatro años por

⁶⁵⁰ La mencionada convención está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>>. Fecha de acceso: 25.7.2012.

⁶⁵¹ La mencionada convención está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0031>>. Fecha de acceso: 25.7.2012.

los Estados al entonces instituido Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que debía examinar los mencionados informes y recomendar medidas a fin de hacer efectivas las normas de la convención. Después de la institución de la Onu Mujeres, el control citado pasó a ser realizado simultáneamente por esa importante organización internacional.

El mecanismo de informes periódicos (cada cuatro o cinco años, variando en función de lo que determina el tratado) y de recomendaciones también fue establecido por tratados internacionales para el Comité contra la Tortura (instituido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984⁶⁵²), el Comité de los Derechos del Niño (creado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989⁶⁵³), el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (establecido por la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990⁶⁵⁴), y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fundado por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006⁶⁵⁵). El mecanismo se presenta en todos esos comités como una forma adicional de control del cumplimiento de las normas de derechos humanos y no sustituye el mecanismo de recibimiento de denuncias individuales, lo cual examinaremos en otro subcapítulo específico.

Además de esos comités creados específicamente por convenciones de derechos humanos (o protocolos) para la defensa de las normas convencionales, existe un antiguo e importante comité creado para la averiguación genérica de la implementación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales reconocidos en el PIDESC. Se trata del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado oficialmente por la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

⁶⁵² La mencionada convención está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>>. Fecha de acceso: 25.7.2012.

⁶⁵³ La mencionada convención está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>. Fecha de acceso: 25.7.2012.

⁶⁵⁴ La mencionada convención está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>>. Fecha de acceso: 25.7.2012.

⁶⁵⁵ El mencionado protocolo está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccoptprots.pdf>>. Fecha de acceso: 25.7.2012.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe recibir de los Estados que ratificaron el PIDESC informes periódicos (cada cinco años) sobre el cumplimiento de las normas establecidas en el pacto, o sea, debe ejercer la competencia que fue originalmente atribuida al Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los artículos 16 a 25 del PIDESC. En el caso de que el Comité constate alguna deficiencia en la implementación de las normas del pacto, deberá expedir recomendaciones a los Estados, demandando medidas concretas sobre las cuales deberán esos Estados hacer mención en sus informes específicos.

Al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también le toca emitir las «observaciones generales», las cuales, como bien subrayan Víctor Abramovich y Christian Courtis, equivalen a la jurisprudencia internacional en relación al contenido del PIDESC.⁶⁵⁶

4.5.3 El mecanismo de comunicaciones individuales o interestatales

El sistema de informes periódicos y de recomendaciones generales a los Estados tiene el propósito de averiguar el cuadro general de cumplimiento de las normas de los tratados internacionales de derechos humanos. Ese mecanismo, sin embargo, tiene un carácter relativamente abstracto, pues no necesariamente identifica situaciones concretas de violaciones de los derechos individuales. Por eso, a fin de complementar ese sistema general, los mismos tratados erigieron también el mecanismo de presentación de quejas y reclamaciones individuales a los comités ya citados anteriormente.⁶⁵⁷

Como regla general, los comités no deben examinar comunicaciones individuales anónimas o abusivas. No obstante, cuando sea necesario, la autoría de la

⁶⁵⁶ Cfr. ob. cit., p. 68.

⁶⁵⁷ Cfr. el art. 77 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; el art. 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el art. 20 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el art. 2º del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el art. 1º del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 1º del Protocolo Facultativo del PIDCP; y los artículos 1º a 9º del Protocolo Facultativo del PIDESC.

comunicación puede ser mantenida en secreto, así que también en esos casos el Estado reclamado puede ser llamado para prestar informaciones sobre el hecho.

Tampoco son admisibles, ordinariamente, las comunicaciones individuales cuando los mismos hechos están siendo investigados en otro procedimiento de investigación o solución internacional, o cuando el individuo no ha agotado todos los recursos que existan en la jurisdicción interna, salvo, en este último caso, a juicio del respectivo comité, si la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente o no ofrezca posibilidades de dar un amparo eficaz a esa persona.

Después de concluido el procedimiento de investigación, el comité debe enviar sus conclusiones al individuo y al Estado reclamado, pudiendo sugerir medidas provisionales al Estado a fin de reparar o prevenir la violación del derecho humano. El comité también puede enviar las conclusiones a otros órganos internacionales interesados en la materia. La víctima de la violación, a su vez, puede utilizar las conclusiones del comité a fin de buscar la satisfacción por otros medios procesales, en las jurisdicciones nacional y supranacional.

4.5.4 Los procesos ante la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia es el tribunal máximo del sistema jurídico internacional. De acuerdo con el artículo 96, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden solicitar a la Corte de La Haya una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica en el ámbito del derecho internacional. Lo mismo podrán hacer las organizaciones y órganos especializados de la Onu, si tienen la autorización de la Asamblea General. De esta manera, conforme ya hemos mencionado anteriormente, cualquier *quaestio iuris*, incluso las que entrañen la interpretación de las normas de derechos humanos, pueden ser decididas por la Corte Internacional de Justicia y así producir una influyente jurisprudencia internacional.

De acuerdo con el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho

de los Tratados (el CVDT), de 1969, la Corte Internacional de Justicia también es el tribunal competente para decidir sobre el reconocimiento, la interpretación y la aplicación de las normas imperativas del derecho internacional general, o sea, sobre el *ius cogens* internacional. Es decir, los Estados que son parte de la CVDT pueden, en cualquier momento, solicitar a la Corte el esclarecimiento sobre ese núcleo fundamental de normas del sistema jurídico internacional, que incluye el núcleo duro de los derechos humanos. Por lo tanto, aunque la Corte de La Haya no sea, *stricto sensu*, una corte internacional de derechos humanos, ella es una corte global que puede decidir sobre la interpretación de normas esenciales de protección de los seres humanos y derechos básicos.

En principio, con el fundamento en los artículos 93 y 94 de la Carta de la Onu, todos los miembros de las Naciones Unidas también son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y están obligados a cumplir las decisiones de esa Corte. Pueden todos los Estados, otrosí, enjuiciar litigios contra otros Estados ante la Corte con base en la violación de normas del derecho internacional, estando ahí comprendidas las normas globales de derechos humanos. Por lo tanto, la Corte Internacional de Justicia puede decidir sobre cuestiones de derechos humanos no solo en procedimientos de opinión consultiva, sino también en conflictos formales entre Estados que demandan una decisión jurisdiccional.

Hasta el día de hoy, es posible mencionar pocos casos en que la Corte Internacional de Justicia haya examinado directamente normas globales de derechos humanos en procesos oficiales. Uno de los más paradigmáticos fue el caso *Guatemala vs. Estados Unidos de América*, en que el Estado guatemalteco acusó a los Estados Unidos de interferir ilícitamente en sus asuntos internos, por instrumentos económicos y militares, y de promover en su territorio, entre otras cosas, violaciones de derechos humanos titularizados por los guatemaltecos. El caso mencionado es un paradigma histórico por su contexto, su resultado judicial y por la afronta al poder jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia por parte del Estado condenado⁶⁵⁸.

De acuerdo con el memorial presentado por Nicaragua en abril de 1984, los

⁶⁵⁸ La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Guatemala vs. Estados Unidos de América* está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>>. Fecha de acceso: 2.8.2012.

Estados Unidos estaban usando su fuerza militar y económica contra aquel país de América Central, interviniendo en sus asuntos domésticos, violando su soberanía, su integridad territorial y su independencia política. Entre los hechos imputados a los Estados Unidos, podemos resumir los siguientes: (i) las fuerzas armadas norteamericanas y su inteligencia militar minaron los puertos nicaragüenses y realizaron ataques aéreos y navales contra Nicaragua, sus aguas nacionales y bienes como tanques de almacenamiento de petróleo, oleoductos, instalaciones portuarias y buques civiles; (ii) los Estados Unidos instalaron, entrenaron y abastecieron con armas, comida y dinero a 10 000 mercenarios en la frontera de Nicaragua, a fin de atacar y desestabilizar el poder democráticamente constituido. Como consecuencia de esos supuestos actos ilícitos, el pueblo nicaragüense sufrió —según la petición de ese Estado— muchos daños, resultando muertos 2 600 ciudadanos; otras 5 500 personas también sufrieron violencia física, moral o sexual, cerca de 150 000 fueron desplazadas de sus viviendas y todo el país sufrió un perjuicio evaluado en US\$ 378 200 000.00.

En su recurso a la Corte, Nicaragua solicitó el cese inmediato de todas las actividades norteamericanas mencionadas y una compensación financiera por los daños sufridos. Los pedidos de Nicaragua presentados ante la Corte Internacional se fundamentaron en la Carta de la Onu y en la costumbre internacional. En especial, fue invocada la violación del art. 2.4 de la Carta («*los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado*»), que sería norma del *ius cogens* internacional.

También se planteó la violación de los artículos 19, 20 y 21 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (que tratan de la soberanía de los Estados, de la inviolabilidad de sus territorios y de la prohibición de la interferencia en sus asuntos domésticos). En el ámbito de la costumbre internacional, fueron invocados: el derecho de soberanía; la obligación de no usar la fuerza o la amenaza de fuerza contra otros Estados soberanos; el principio de la no intervención; la prohibición de interrumpir la navegación comercial pacífica; y la prohibición de matar, herir o secuestrar ciudadanos de otros Estados.

A su vez, la argumentación norteamericana para el caso sostuvo que las

acciones *ultra mares* estuvieron fundadas en el supuesto derecho de ejercer la «*collective self-defense*» (en el supuesto de que Nicaragua estuviera apoyando guerrillas contra el poder constituido de El Salvador). En el ámbito formal, los norteamericanos defendieron que la competencia para considerar lícita o ilícita la intervención militar de un Estado en otro no sería de la Corte Internacional de Justicia, sino del Consejo de Seguridad de la Onu. Posteriormente, los Estados Unidos simplemente abandonaron el proceso ante la Corte Internacional y se negaron a cumplir cualquier decisión de la Corte.

En junio de 1986, la Corte Internacional de Justicia sentenció el caso en favor de Nicaragua. Entre otros fundamentos jurídicos, la Corte consideró, en primer lugar, que sí tiene competencia para tratar de la licitud de los actos de guerra o de agresión, sean directos o indirectos. Esa competencia está fundada en la Carta de las Naciones Unidas, que no atribuye exclusividad al Consejo de Seguridad (como querían los Estados Unidos) para tratar de tal tema.

De hecho, en el tema del control de los actos soberanos con el parámetro en el derecho público internacional, la Corte Internacional de Justicia es el órgano internacional con más legitimidad para proferir una decisión con propiedad. La Corte entendió también que, con base en el artículo 36.2 de la Carta, su jurisdicción estaba garantizada independientemente de la voluntad expresada por el Estado norteamericano. Secundariamente, el artículo 24 del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado por Nicaragua y Estados Unidos también había sido invocado por Nicaragua en favor de la jurisdicción del tribunal.

En el fondo de la causa, la Corte, rechazando la argumentación de la defensa propia colectiva, fundamentó su decisión principalmente en los principios de la costumbre internacional (que son ampliamente reconocidos como normas del *ius cogens* internacional) del respeto a la soberanía, de la no intervención en los asuntos internos de los otros Estados extranjeros, de la prohibición de uso de fuerza contra los Estados, del respeto al comercio marítimo pacífico, pero también fundamentó expresamente su fallo en los *principios generales del derecho humanitario* que fueron violados por la parte demandada, especialmente porque quedó comprobado que el manual producido por la CIA (*Central Intelligence Agency*) titulado «Operaciones Sicológicas en Guerra de Guerrillas» diseminaba prácticas incompatibles con los derechos humanos.

En el *leading case* de Guatemala vs. Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de ser más explícita en la colocación de las normas básicas de protección de los derechos humanos como el centro de gravitación del derecho internacional moderno. Aunque no lo haya hecho expresamente, no queda duda de que la violación de los derechos humanos de los ciudadanos nicaragüenses fue decisiva para que la Corte decidiera en favor del Estado demandante. Los actos considerados ilícitos por la Corte atentaban principalmente contra los derechos humanos a la vida y a la incolumidad física, mental y moral de las víctimas del conflicto, así que el caso comentado puede ser considerado un importante precedente del funcionamiento de la Corte de La Haya en favor de los derechos humanos.

Un segundo importante *leading case* de la Corte Internacional de Justicia en favor de la protección de los derechos humanos trató de la construcción por el Estado de Israel de una gran muralla (la barrera israelí en Cisjordania) en el territorio ocupado de Palestina, decidido en julio de 2004 (oficialmente, el caso «*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*»)⁶⁵⁹. Se trata aquí de una opinión consultiva que fue solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fin de verificar si la construcción de ese muro viola el derecho internacional.

En el caso mencionado, la AG constató la construcción de la muralla por el gobierno israelí, destinada a separar la población civil en el territorio palestino. De acuerdo con el mensaje de la Asamblea a la Corte, el muro se aparta de la *Green Line*, la línea del Armisticio de 1949, y resultó en la confiscación y destrucción de propiedades y recursos palestinos, la interrupción de las vidas de miles de civiles protegidos y la anexión *de facto* de grandes territorios, contrariando a la comunidad internacional. Esa situación había sido constatada por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos para la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados por Israel desde 1967. Según el Estado de Israel, el muro de más de 700 kilómetros estaba siendo construido a fin de proteger la población israelí contra ataques terroristas; es decir, el propósito declarado del emprendimiento sería garantizar la defensa propia del Estado y la seguridad de sus ciudadanos.

⁶⁵⁹ La decisión mencionada puede ser consultada en la siguiente página electrónica: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=71&code=mwp&p1=3&p2=4&p3=6&ca>>. Fecha de acceso: 6.8.2012.

La Corte Internacional de Justicia, en su dictamen sobre la muralla de Palestina, no acató las consideraciones del Estado de Israel y declaró ilegal la construcción, recomendando incluso la destrucción de la obra. Entre los fundamentos jurídicos que condujeron el dictamen de la Corte (muchos de los cuales también fueron aducidos en el caso de Nicaragua vs. Estados Unidos), subrayamos la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Según la Corte, la protección garantizada por las normas internacionales de derechos humanos (como, por ejemplo, las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no cesa en los conflictos armados. Citando su propia opinión consultiva de 1996 en el caso de «*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*», la Corte expresó que los derechos humanos son exigibles en situaciones de paz o de guerra, lo que aproxima los ámbitos de protección del derecho internacional humanitario (que sería *lex specialis*) y del derecho internacional de los derechos humanos.

Otrosí, quedó de manifiesto que las mismas normas de derechos humanos también son exigibles e imponibles a los Estados fuera de sus territorios, pero en los sitios en que puedan ellos ejercer sus jurisdicciones. Conforme a la opinión expresada por la mayoría de los jueces de la Corte, la barrera israelí en Cisjordania viola el derecho internacional porque incorpora por la fuerza, *de facto*, territorios al Estado de Israel (lo que significa un atentado contra el derecho humano a la paz, que no admite el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y que no admite el uso de la fuerza para la incorporación de nuevos territorios), porque viola el PIDCP (especialmente los artículos 1º, 12 y 17, que tratan de los derechos humanos a la autodeterminación, a la locomoción, la privacidad, y la protección del ámbito familiar y del domicilio; secundariamente, asimismo los artículos 6, 7, 10, 11, 12, 13 y 14, que tratan de los derechos al trabajo, a la asistencia especial de niños y jóvenes, a la alimentación, a la vivienda, al vestido, a la salud y a la educación) y porque viola el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949⁶⁶⁰. Conforme a lo que decidió la Corte, el deber de respeto a esos derechos humanos son obligaciones *erga omnes*.

Con esos fundamentos, la Corte Internacional de Justicia recomendó a Israel

⁶⁶⁰ El mencionado convenio está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/personas_civiles.htm>. Fecha de acceso: 11.8.2012.

que cesara las violaciones del derecho internacional (especialmente, de las normas de protección de los derechos humanos), cesando la construcción de la muralla y, entre otras cosas, permitiendo a los palestinos el acceso a los sitios sagrados e indemnizando a todas las personas que sufrieron daños económicos como consecuencia de los actos ilícitos declarados por la Corte.

Los dos precedentes jurisprudenciales que hemos examinado refutan la proposición de que la Corte Internacional de Justicia sería inapta en la defensa internacional de los derechos humanos. Aunque no se trate aquí de una corte *específicamente* destinada a la protección de los derechos humanos, no cabe duda de que la Corte de La Haya está jurídicamente dotada de toda la competencia para condenar a los Estados por las violaciones de los derechos humanos o recomendar acciones de resguardo, una vez que un proceso sea formalmente planteado, de acuerdo con las reglas procedimentales del tribunal.

4.5.5 Los procesos ante el Tribunal Penal Internacional

Como ya lo aseveramos anteriormente, el Tribunal Penal Internacional también puede ser considerado un tribunal internacional que sirve al propósito de proteger los derechos humanos. Pero no todos los derechos humanos son tutelados por ese tribunal. Solamente el núcleo esencial de los derechos humanos, cuando es violado por actos de violencia o fuerza, posibilita la investigación y el enjuiciamiento por el Tribunal, es decir, solo ese núcleo básico es el objeto titulado por las cuatro especies de crímenes que están bajo la jurisdicción del TPI (el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión).

Como bien señala el jurista brasileño Celso Lafer, reforzando la doctrina de Flávia Piovesan, esos crímenes decididos por el TPI «*individualizan responsabilidades con el rigor de una tutela penal, cuando ocurren violaciones en gran escala de los derechos humanos y de las obligaciones de los Estados contemplados en el Derecho Internacional*

*Público»*⁶⁶¹.

Esto debe quedar bien esclarecido y reiterado: la persecución criminal contra los acusados de crímenes contra la humanidad solo se justifica y legitima en el derecho internacional como un instrumento adicional en favor de la tutela de los derechos humanos. Estos, los derechos humanos, pueden ser tutelados en el ámbito civil y en el ámbito penal. En la última esfera, la penal, las violaciones más graves contra los derechos humanos justifican que puciones más intensas —restringiendo uno de los derechos humanos esenciales de todo ser humano, la libertad de locomoción— sean ejecutadas contra los responsables por tales actos. Esa tutela penal no solo es adecuada sino también es necesaria para garantizar la máxima eficacia y protección de los derechos humanos. Sin esa tutela punitiva, el sistema global de amparo a los derechos humanos queda incompleto e insuficiente.

El rito procesal de los casos decididos por el TPI puede ser dividido en siete fases distintas: (i) las providencias preliminares a la investigación; (ii) la investigación; (iii) el enjuiciamiento y el cuestionamiento de admisibilidad; (iv) la producción y presentación de pruebas; (v) la decisión ordinaria; (vi) la fase de recurso; y (vii) la aplicación de las penas. Describiremos resumidamente las mencionadas fases.

En conformidad con el art. 13 del estatuto del TPI, la investigación de los crímenes debe ser realizada por la Fiscalía del Tribunal y puede ser iniciada *ex officio*, por acto del propio Fiscal, o a iniciativa de un Estado parte del estatuto o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En la práctica, se observa que la investigación «de oficio» ejecutada por el Fiscal del TPI está, en realidad, motivada por denuncias de individuos o, principalmente, de organizaciones no gubernamentales. Según Flávia Piovesan⁶⁶², hasta febrero de 2006, más de mil setecientas iniciativas han sido dirigidas por las organizaciones civiles de defensores de los derechos humanos a la Fiscalía del TPI; la mayoría de esas reclamaciones y denuncias han sido archivadas por el Tribunal debido a la ausencia de pertinencia temática de los hechos noticiados.

Cuando el Fiscal es comunicado por un Estado o el Consejo de Seguridad de

⁶⁶¹ Cfr. su «Prefácio» en la obra de Flávia Piovesan: *Direitos humanos e justiça internacional*, ob. cit., p. 14. Traducción libre.

⁶⁶² Cfr. *Direitos humanos e justiça internacional*, ob. cit., p. 81.

las Naciones Unidas, o cuando llega a la conclusión de que existe fundamento existente suficiente para abrir una investigación, él debe presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización (art. 15.3 del estatuto). Para formar su opinión respecto a la posibilidad de investigación profundizada, el Fiscal puede adoptar providencias preliminares, como, por ejemplo, solicitar *«más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas»* (art. 15.2).

Si, después de todas esas posibles medidas iniciales, el Fiscal entiende que no debe formalizar la investigación, las personas que han presentado la solicitud de investigación deben ser informadas (art. 15.6). Esa decisión del Fiscal, no obstante, puede ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 53.3.b).

Cuando haya decidido investigar y esté autorizado a empezar la averiguación, el Fiscal debe recurrir a todas las formas lícitas de obtención de pruebas respecto a los hechos investigados y también a todos los eventos conexos. En especial, la Fiscalía del TPI puede: (i) reunir y examinar pruebas; (ii) hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, a las víctimas y a los testigos; (iii) solicitar la cooperación de un Estado o una organización, o el acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato; (iv) concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el Estatuto, que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona; (v) convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información; (vi) adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas (art. 54.3 del estatuto). Los actos de investigación de la Fiscalía, si fueran autorizados por la Sala de Cuestiones Preliminares, pueden ser ejecutados en el propio territorio del Estado en que ocurrieron los hechos investigados (art. 57.3.d).

Después de iniciada la investigación del Fiscal, este puede, en cualquier momento, solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte un orden de detención contra las personas investigadas. Para hacerlo, debe el Fiscal fundamentar su petición en

una de las siguientes justificaciones: (i) la necesidad de asegurar la asistencia del investigado en juicio; (ii) el peligro de obstrucción de la investigación; (iii) el peligro de que la persona continúe cometiendo el crimen investigado u otros crímenes conexos (art. 58.1 del estatuto).

Al final de la investigación, la Fiscalía del TPI podrá enjuiciar los investigados, presentando los cargos contra ellos (art. 61 del estatuto). En ese caso, debe la Sala de Cuestiones Preliminares informar a los acusados sobre el contenido de la acusación y de las pruebas que existan contra ellos. Esas pruebas deben ser presentadas por el Fiscal una vez más en la audiencia en que los acusados podrán impugnar los cargos, impugnar las pruebas de la Fiscalía y presentar nuevas pruebas en su favor. Sobre la base de la audiencia, la Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si los investigados deben ser enjuiciados por una de las Salas de Primera Instancia.

Con la remisión del proceso a una Sala de Primera Instancia, se inicia la fase del juicio *stricto sensu* en el Tribunal (art. 63 del estatuto). En ese momento procesal, la Sala de Primera Instancia debe analizar todas las pruebas producidas por el Fiscal y confirmadas por la Sala de Cuestiones Preliminares. Debe, otrosí, indagar a los acusados si confiesan los crímenes imputados y, si es necesario, pedir al Fiscal que presente otras pruebas sobre los hechos examinados. Después de conocer todas las pruebas, debe la Sala, respetando el principio *in dubio pro reo*, decidir si dicta sentencia condenatoria contra los acusados o si los absuelve (artículos 66, 74 y 76).

El fallo de la Sala puede ser adoptado por mayoría de votos. En caso de condena, debe la Sala imponer la pena aplicable (reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 o, en casos extremos, la reclusión a perpetuidad, además de las multas — art. 77) en —a ser posible— presencia del acusado y de la audiencia pública, y debe asimismo establecer los «*principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes*» (artículos 76.4 y 75.1).

El fallo condenatorio o absolutorio de la Sala de Primera de Instancia puede ser impugnado por la apelación del Fiscal o del acusado (art. 81). Los fundamentos de la apelación pueden ser: (i) vicio de procedimiento; (ii) error de hecho; (iii) error de derecho;

o (iv), en favor del condenado, «*cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo*».

La apelación debe ser decidida por la Sala de Apelaciones. En hipótesis excepcionales, el condenado también puede, en cualquier momento, solicitar al Tribunal la revisión del fallo condenatorio (art. 84), cuando, por ejemplo, son descubiertas pruebas nuevas y contundentes que le favorezcan.

Después de ser finalizada la fase decisoria —y de recursos— del enjuiciamiento, debe el Tribunal Penal Internacional adoptar todas las providencias para que su fallo sea cumplido y las indemnizaciones y reparaciones sean satisfechas. En ese sentido, debe el Tribunal solicitar a los Estados la entrega del condenado (artículos 89 y 103 del estatuto), a fin de que él sea detenido y cumpla las penas impuestas en el Estado indicado por el Tribunal.

4.5.6 Los procedimientos extraconvencionales y especiales ante el antiguo Comité de Derechos Humanos y el actual Consejo de Derechos Humanos

Al final de la década de 60 del siglo pasado, algunos mecanismos «especiales» y «extraconvencionales» empezaron a ser construidos en el seno de las Naciones Unidas con el fundamento en resoluciones de su Asamblea General o del Consejo Económico y Social, en la propia Carta de la Onu y en el derecho internacional general. Los dos primeros —y quizá más importantes en aquel entonces— fueron el procedimiento público creado por la Resolución 1235/1967 del Consejo Económico y Social y el procedimiento confidencial instituido por la Resolución 1503/1970 del mismo Consejo.⁶⁶³

La Resolución 1235/1967 del Consejo Económico y Social⁶⁶⁴ trataba

⁶⁶³ Cfr. André de Carvalho Ramos, *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., pp. 110-111.

⁶⁶⁴ El texto de la mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://fds.oup.com/www.oup.co.uk/pdf/bt/cassese/cases/part3/ch16/1602.pdf>>. Fecha de acceso:

específicamente de las violaciones de derechos humanos y de la política de segregación racial (el famoso y execrable *apartheid*) en Sudáfrica. En virtud de esa resolución, se atribuyó a la Comisión de Derechos Humanos, por medio de su Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, la competencia para investigar tales violaciones del derecho internacional en aquel Estado africano y enviar informes al Consejo Económico y Social. Ese procedimiento público fue el primer trabajo notorio ejecutado por la esa Subcomisión, la cual, por medio de sus grupos de trabajos sobre la esclavitud, los pueblos indígenas y las minorías (creados, respectivamente, en 1974, 1982 y 1995), trabajó activamente en defensa de los derechos humanos en el tiempo del funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos⁶⁶⁵.

Según Ingrid Nifosi, el aspecto más importante de la Resolución 1235 reside en su fundamentación para la concepción de todos los procedimientos especiales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas, por medio de la construcción de la teoría de que habría una autorización implícita en esta resolución para que la Comisión de Derechos Humanos investigue violaciones específicas de derechos humanos por medio de tales procedimientos, lo que significó la superación de la fase anterior (1946-1966) marcada por la impotencia de la Comisión; Nifosi identifica esa primera fase histórica como la «*phase no power to act*». La mencionada resolución, interpretada extensivamente con base en esa doctrina de la autorización implícita, fundamentó, por ejemplo, los procedimientos de la Comisión de Derechos Humanos sobre posibles violaciones de derechos humanos en Haití, Chile y en los territorios árabes ocupados por el Estado de Israel.⁶⁶⁶

Siendo un resultado de la evolución histórica mencionada por Ingrid Nifosi, el procedimiento creado por la Resolución 1503/1970 del Consejo Económico y Social⁶⁶⁷ fue establecido con el propósito de investigar hechos informados por individuos u organizaciones a la Comisión de Derechos Humanos que pueden revelar un «*patrón consistentes de violaciones flagrantes de los derechos humanos*». Según Jack Donnelly,

14.9.2012.

⁶⁶⁵ Cfr. Carlos Weis: ob. cit., p. 127.

⁶⁶⁶ Cfr. Ingrid Nifosi: *The UN special procedures in the field of human rights*, Oxford, Intersentia, 2005, pp. 8-16.

⁶⁶⁷ El texto de la mencionada resolución está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.staff.city.ac.uk/p.willetts/HR-DOCS/ERES1503.HTM>>. Fecha de acceso: 14.9.2012.

los poderes de supervisión y promoción más fuertes de la Comisión de Derechos Humanos fueron originados en la Resolución 1503/1970⁶⁶⁸.

Aplicado a partir de 1972, el procedimiento de la Resolución n. 1503/1970 era sigiloso, o sea, no podrían ser divulgadas sus conclusiones al público, lo que era muy criticado por la opinión pública internacional. Después de 1978, la Comisión pasó a divulgar los Estados que estaban siendo investigados, pero no el contenido de la investigación.

La finalidad de ese procedimiento, por lo tanto, no podría ser definida exactamente ni como un intento de hacer cesar o de reparar las violaciones de derechos humanos, ni como un instrumento de denuncia internacional de las propias violaciones. Según parece, la utilidad de la Resolución 1503/1970 era proporcionar informaciones sobre las violaciones de derechos humanos al Consejo Económico y Social y a los demás órganos de las Naciones Unidas, a fin de que aquellos órganos pudiesen adoptar las medidas políticas, jurídicas, económicas y militares que considerasen adecuadas.⁶⁶⁹

Con la constitución del Consejo de Derechos Humanos, en 2006, el procedimiento de la Resolución 1503/1970 cambió de perfil. Con la Resolución n. 5/1 del mencionado Consejo, el procedimiento 1503, aunque haya mantenido su carácter sigiloso, pasó a ser destinado a la protección adecuada de las víctimas, que deben estar en contacto con el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones. Las peticiones presentadas por los individuos o las organizaciones no gubernamentales a ese grupo, si son consideradas admisibles, son enviadas al Grupo de Trabajo sobre las Situaciones, que debe presentar un informe al Consejo de Derechos Humanos con propuestas de enfrentamiento de las violaciones. El Consejo de Derechos Humanos, entonces, debe adoptar medidas prácticas a fin de proteger a las víctimas y promover las medidas jurídicas y políticas posibles, de acuerdo con el sistema global de las Naciones Unidas⁶⁷⁰.

Después de los procedimientos creados las Resoluciones 1235/1967 y 1503/1970, otros procedimientos especiales pasaron a funcionar en el ámbito de la

⁶⁶⁸ Cfr. Jack Donnelly: «International human rights: a regime analysis», en *International Organization*, v. 40, n.3, Cambridge, MIT Press, 1986, p. 611.

⁶⁶⁹ Cfr. Carlos Weis: ob. cit., pp. 130-133.

⁶⁷⁰ Cfr. idem, ibidem.

Comisión de Derechos Humanos; hoy, en el Consejo de Derechos Humanos. Esos procedimientos tienen el propósito de identificar las posibles violaciones de derechos humanos en temas, países y circunstancias especiales; son los así llamados procedimientos temáticos.⁶⁷¹

Para tal fin, fueron concebidos en la Comisión —y el Consejo— ponientes especiales, grupos de trabajo y peritos independientes que son recibidos en diversos Estados del mundo para desarrollar las investigaciones y relatar públicamente sus conclusiones a la Comisión de Derechos Humanos; hoy, al Consejo de Derechos Humanos.

Entre los temas y situaciones alcanzados por los procedimientos ya creados, podemos mencionar: el *apartheid* en Sudáfrica; la situación de Palestina; los actos ilícitos cometidos por la dictadura del general chileno Pinochet; la desaparición forzada de personas en Brasil, Argentina, Uruguay y Guatemala; las ejecuciones sumarias o arbitrarias; la tortura; la intolerancia religiosa; la independencia de los jueces; el uso militar de mercenarios por los Estados; el tráfico de personas y la prostitución infantil y juvenil; las formas contemporáneas de racismo, discriminación y xenofobia; las violaciones de los derechos humanos de las mujeres; las formas contemporáneas de esclavitud; las violaciones contra el derecho humano al agua y al saneamiento básico; y, también, las violaciones contra los derechos culturales.⁶⁷²

4.5.7 Los procedimientos especiales de la OIT

De acuerdo con lo que tratamos de explicar anteriormente, la Organización Internacional de Trabajo —OIT— también puede ser considerada una organización dedicada a la protección de los derechos humanos, de modo que sus convenios reconocen derechos materialmente humanos y establecen garantías de esos derechos. Cuando son ratificados los tratados internacionales vinculados a la OIT, los Estados ratificadores

⁶⁷¹ Cfr. Francisco Forrest Martin *et alli*: *International human rights and humanitarian law: treaties, cases & analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 15.

⁶⁷² Cfr. Carlos Weis: *ob. cit.*, pp. 130-133.

quedan obligados a incorporar en sus sistemas jurídicos domésticos las normas del tratado y a presentar periódicamente a la Organización todas las informaciones y «memorias» pertinentes al respeto a los derechos reconocidos⁶⁷³. Ese sería un sistema de control general, «universal», de los derechos humanos vinculados a documentos normativos de la OIT.

Además de ese mecanismo general de control, que puede ser ejercido por medio de recomendaciones u otros documentos de *soft law* propios de la OIT, esta también admite la existencia de quejas y reclamaciones que inauguran los llamados «procedimientos especiales», que tienen el propósito de investigar posibles ofensas específicas a derechos —humanos— reconocidos en los convenios de la OIT.

Esos procedimientos, muchas veces, son desarrollados bajo la responsabilidad de los comités, que están formados por especialistas en los derechos examinados. Entre esos comités, uno de los más conocidos es el Comité de Libertad Sindical, que ha trabajado y creado una influyente «jurisprudencia» en favor del derecho humano de asociación sindical y del derecho —o garantía— de huelga⁶⁷⁴.

Los procedimientos especiales de la OIT, como los inaugurados por las «reclamaciones» y las «quejas», tienen su fundamento en la propia Constitución de la OIT⁶⁷⁵. Las reclamaciones están previstas en el artículo 24 del tratado constitutivo, y pueden ser trasmitas a la Oficina Internacional del Trabajo por cualquier organización profesional de empleadores o trabajadores en contra cualquier Estado miembro de la OIT que no haya adoptado las medidas adecuadas para el cumplimiento de cualquier convenio de la OIT que haya debidamente firmado. Cuando la reclamación es trasmitida a la OIT y su Consejo de Administración la considera admisible (art. 25), la reclamación se hará pública y el Estado puede ser obligado a prestar una declaración formal en respuesta a la reclamación.

Cuando la trasgresión de una norma laboral es noticiada formalmente por otro Estado, la OIT formaliza lo que denomina la «queja» y esta, si es considerada

⁶⁷³ Cfr. Giuseppe Querenghi: «OIT: trinidad laboral», en *Revista Nueva Sociedad*, n. 70, 1984, pp. 62-63.

⁶⁷⁴ Cfr. *idem*, *ibidem*.

⁶⁷⁵ El texto de la Constitución de la OIT, en español, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm>>. Fecha de acceso: 29.9.2012.

admisible por el Consejo de Administración, da inicio a un procedimiento especial más complejo que el inaugurado por la reclamación.

En el procedimiento de la queja, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la OIT, es normalmente nombrada una comisión de encuesta, que tratará de investigar las violaciones de los derechos reconocidos en los convenios de la Organización. En este caso, el Estado denunciado deberá facilitar a la comisión todos los documentos e informaciones que le sean demandados (art. 27).

Al final del procedimiento de queja, la comisión de encuesta formulará un informe que será dirigido al Estado que supuestamente violó los convenios (art. 28). Cuando el informe reconoce la existencia de la violación y formula recomendaciones al Estado, debe este declarar si acepta o no tales recomendaciones (art. 29). Si no las acepta, debe el Estado recurrir necesariamente a la Corte Internacional de Justicia, que deberá entonces decidir de forma definitiva sobre el tema (art. 31).

Los mecanismos de control en el ámbito de la OIT cobran mucha importancia con el reconocimiento expansivo de derechos por obra de sus convenios. En América Latina, obtuvo especial atención e influencia el convenio 169 de la Organización, que trata de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tradicionales.

La posibilidad de asegurar tales derechos por los mencionados mecanismos generales y especiales es indiscutible y está fundamentada —como ya lo afirmamos antes— en el propio tratado constitutivo. Asimismo es bastante relevante la posibilidad de entrecruzamiento de los procedimientos de control de la OIT y de los procedimientos del sistema específico de protección de los derechos humanos vinculado a la Onu.

Esa integración institucional en materia de derechos humanos, así como la previsión constitucional de refuerzo del sistema de la OIT por decisiones de la Corte Internacional de Justicia, favorece un amparo todavía más amplio y efectivo a los derechos humanos reconocidos por los convenios propios de la OIT.

4.5.8 La integración institucional en el sistema global de protección de los derechos humanos

Con arreglo a los actores globales y a los mecanismos que logramos identificar en el sistema global de protección de los derechos básicos de los seres humanos, podemos concluir que, para un mismo derecho humano, existen simultáneamente diferentes sujetos y procedimientos disponibles para el control de su implementación. *A fortiori*, si nos damos cuenta de que, a lo largo del sistema global, existen sistemas regionales/continentales y sistemas nacionales/domésticos de protección, podemos constatar la amplia diversidad y multiplicidad de los órganos y mecanismos de control en favor de los derechos humanos.

Esa pluralidad subjetiva y procedimental no debe significar que los sistemas de protección de los derechos humanos son necesariamente irracionales e ineficaces. Todo lo contrario, los sistemas y mecanismos deben ser complementarios y su racionalidad debe ser la consecuencia de la integración institucional entre los sistemas —la integración externa o vertical— y dentro de los sistemas —la integración interna u horizontal—.

En lo que atañe a la integración externa, o vertical, el sistema global no debe ser comprendido como la solución aislada para el problema de la ineffectividad real de los derechos humanos. El sistema global, al contrario, debe ser reconocido como un complemento de los sistemas nacionales y de los sistemas regionales de protección de los seres humanos y sus derechos elementales. Asumiéndose que esos sistemas geográficamente limitados no son aptos para arreglar las violaciones de derechos humanos, el sistema global es concebido como una pieza adicional en la constelación de órganos y mecanismos dedicados a la prevención, reparación y punición de esas violaciones.

A su vez, la integración institucional interna u horizontal del sistema global de protección de los derechos humanos posibilita que las informaciones y las perspectivas sobre los hechos relevantes sean maximizadas —cuantitativa y cualitativamente— y estén disponibles para todos los órganos y mecanismos que promueven la defensa y el desarrollo de los derechos humanos.

Como bien intentamos demostrar, la tutela y la implementación de los derechos son ejecutadas en los ámbitos formales (por los órganos oficiales) e informales (por los agentes y organizaciones no gubernamentales), en los ámbitos políticos, civiles, penales y administrativos, por medio de instrumentos convencionales o no convencionales, y asimismo por procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Ese mosaico orgánico del sistema global, aunque sea difícil de entender, democratiza la aplicación del programa normativo de los derechos humanos como instrumento de limitación de los poderes —políticos, jurídicos, económicos y sociales— constituidos *de facto* o de derecho, fragmenta la responsabilidad por el ejercicio del poder de control y proporciona múltiples soluciones adecuadas para las actividades de promoción, prevención, reparación, punición y desarrollo pertinentes a la tutela de los derechos humanos.

En el ámbito de la interpretación y aplicación jurídica de las normas internacionales de derechos humanos, la integración institucional también proporciona la formación de una jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, lo que realza su fuerza universal y trasforma tal conjunto de normas en un programa básico cosmopolita de protección de los derechos humanos.

5 EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

5.1 La concepción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

La historia política de América Latina no coincide con la formación de la identidad política latinoamericana. De hecho, la historia latinoamericana empieza con las invasiones —o las colonizaciones— europeas en el continente que era ocupado por miles de comunidades autóctonas, tradicionales. En aquel entonces (el periodo colonial), no existía una «América Latina», sino provincias —o capitanías— españolas y portuguesas que representaban una civilización ibérica en conflicto con civilizaciones «indígenas».

La identidad —y la integración— latinoamericana solo empezó a ser desarrollada cuando los movimientos nacionalistas surgieron en las provincias ibéricas y nuevos Estados fueron forjados como consecuencia de la fusión de unos elementos políticos y sociales europeos con otros propiamente americanos. Esos movimientos culminaron en las declaraciones de independencia política de los Estados americanos, en el comienzo del siglo XIX. Así, el origen de la identidad político-jurídica latinoamericana es quizá contemporáneo a la independencia formal de los Estados latinoamericanos.⁶⁷⁶

En el periodo inmediatamente posterior a la formación de los Estados soberanos latinoamericanos, surgió la primera experiencia regional de integración política: la fracasada Confederación de los Estados Latinoamericanos, concebida por Simón Bolívar y formalizada en el Tratado para la Unión Perpetua, Liga y Confederación de los Estados Latinoamericanos, adoptado en el Congreso de Panamá de 1826 (en que, quizá por primera vez, se intentó organizar una confederación continental de todos los Estados latinoamericanos⁶⁷⁷). El mencionado tratado fue firmado por Colombia (que englobaba Ecuador, Panamá y Venezuela), Perú, México, y América Central.

⁶⁷⁶ Examinaremos mejor la formación de la identidad latinoamericana en el subcapítulo 7.1 de esta tesis doctoral.

⁶⁷⁷ Cfr. Julio B. Lafont, *Historia de la Constitución Argentina*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial F.V.D., 1950, t. I, p. 452.

Entre todos esos Estados, solo Colombia ratificó el Tratado de Panamá, lo que significó su absoluta ineficacia. Solamente al final de aquel siglo los Estados latinoamericanos volvieron a reunirse en una conferencia oficial, en los años de 1889 y 1890, en Washington. Esa conferencia creó la «Unión Internacional de las Repúblicas Americanas», que logró pocos resultados prácticos en las décadas de su funcionamiento. La mencionada organización internacional se transformó, posteriormente, en la «Unión de las Repúblicas Americanas» y luego la Organización de los Estados Americanos (OEA), creada por el Tratado de Bogotá, de 1948⁶⁷⁸. Fue en el espacio de esa última organización, la OEA, que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos pasó a ser construido y desarrollado en el siglo XX.

Aunque América Latina sea una supercolectividad caracterizada por muchos siglos de violaciones de los derechos humanos, la conciencia latina respecto a la necesidad de su protección emergió en el mundo de forma protagonista. De hecho, las experiencias propias de violaciones de la dignidad de muchas personas y pueblos favorecieron la formación de esa conciencia y la colaboración latina en la formulación mundial de los derechos humanos.

Por supuesto, eso no significó históricamente que América Latina estuviera en el siglo XX y en la primera década del siglo XXI en la vanguardia de los Estados que efectivamente lograron concretizar la casi totalidad de los derechos humanos reconocidos globalmente. Todo lo contrario, los países latinos todavía sufren mucho con la ausencia de efectividad práctica de tales normas globales y regionales, pero, aun así, el reconocimiento colectivo de validez y obligatoriedad jurídica de tales normas está muy presente en esos países desde antes de la segunda mitad del siglo pasado.

Como bien apuntan Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, algunos convenios y tratativas diplomáticas anteriores a la existencia de la OEA pueden ser considerados iniciativas originales latinoamericanas en favor de los derechos humanos. En ese periodo histórico que transcurre entre 1826 y 1948, según los mencionados juristas, importantes documentos regionales fueron firmados en los temas del tratamiento ecuánime de los extranjeros, el asilo político, la prohibición del trabajo esclavo, el derecho a la paz y

⁶⁷⁸ Cfr. Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton: *Protecting human rights in the Americas: selected problems*, 2. ed., Estrasburgo: Engels, 1986, pp. 1-2.

los derechos políticos de las mujeres.⁶⁷⁹

El *ineditismo* latinoamericano en el reconocimiento de los derechos humanos se comprueba igualmente con el hecho histórico de que, ocho meses antes de formulación de la DUDH, los Estados americanos, al final de la IX Conferencia Internacional Americana, en conjunto con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (que también «reafirma» y «proclama» que la OEA debe ser construida bajo el reconocimiento de «*los derechos fundamentales de los individuos, sin distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo*»), divulgaron al mundo la Declaración Americana de Derechos Humanos (que, en conjunto con la Carta de la OEA, es considerada el primer marco jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos), la cual, por lo tanto, como ya hemos dicho antes, es anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Tal tendencia vanguardista latinoamericana también se pudo reconocer tres años antes, durante la Conferencia de San Francisco (abril a junio de 1945). En aquel entonces, como bien recuerda Antonio Cassese, los Estados latinoamericanos, unidos a Estados como Australia, Nueva Zelanda, Noruega e India, formaron un importante grupo de presión para que la Carta de la Organización de las Naciones Unidas determinase expresamente el deber de todos los Estados de respetar los derechos humanos⁶⁸⁰. Por lo tanto, en los marcos históricos de la Carta de la Onu y de la DUDH, existe una importante participación de los pueblos latinoamericanos que no se puede olvidar.

Con la fundación de la OEA, los Estados americanos (no solo los latinoamericanos) pasaban a una nueva fase histórica de cooperación e integración política. Sin embargo, al principio, el sistema de la OEA contemplaba la Declaración de Bogotá como un instrumento internacional «*no binding*», es decir, sin *status* jurídico-impositivo, no integrando, por lo tanto, el conjunto normativo inaugurado por la carta instituidora de la organización. Posteriormente, ese entendimiento fue cambiando y la Declaración Americana de Derechos Humanos fue utilizada como el fundamento para la institución de un órgano interamericano dedicado específicamente a la investigación, promoción y protección de los derechos básicos de las personas: la Comisión

⁶⁷⁹ Cfr. Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton: ob. cit., pp. 2-3.

⁶⁸⁰ Cfr. Antonio Cassese: *International law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 378-379.

Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸¹.

La nueva fase de la integración política y jurídica americana posibilitó el surgimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que tuvo como marco institucional principal el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada por resolución en 1959, el cual pasó a funcionar en 1960 y que tiene su sede oficial en la capital norteamericana, la ciudad de Washington.

Aunque sus poderes estuviesen relativamente limitados, la Comisión empezó un importante trabajo de investigación de las violaciones de derechos humanos en América Latina y trató de enderezar recomendaciones contra esas violaciones. En 1970, la fuerza institucional de la Comisión fue incrementada por el Protocolo de Buenos Aires, que, reformando la Carta de la OEA, consolidó la Comisión como un órgano autónomo de la Organización y su estatuto como parte integrante del propio tratado constitutivo de la OEA.⁶⁸²

En 1969, surgió el segundo marco jurídico del sistema interamericano: la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José, que estuvo inspirada principalmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (pero también en la Declaración de Bogotá y en el PIDCP) y fue firmada al final de la Conferencia de los Estados Americanos, realizada en la capital de Costa Rica. Solo nueve años después de esa conferencia (en julio de 1978) el Pacto cobró su vigencia, cuando el undécimo Estado depositó en la OEA el documento de ratificación.

Los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana (los cuales ya citamos en un capítulo anterior) reflejaban el sistema interamericano de aquel entonces, que primaba por los derechos liberales y políticos. Solamente con el tercer marco jurídico del sistema interamericano de derechos humanos, el Protocolo de San Salvador, de 1988, pasaron a ser garantizados en ese sistema también los derechos humanos económicos, sociales y culturales, que correspondían a los derechos enunciados en el PIDESC.

El Pacto de San José, además de ser el principal marco jurídico del sistema

⁶⁸¹ Cfr. Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton: ob. cit., pp. 3-4.

⁶⁸² Cfr. Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton: ob. cit., p. 4-7.

interamericano, también es un importante marco institucional, pues que establece la fundación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en la historia mundial, es el segundo tribunal internacional —o regional— dedicado exclusivamente al tema de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene su sede en San José, Costa Rica.

Además de instituir la Corte Interamericana, el Pacto de San José también consolidó, como norma internacional originaria, las reglas básicas del funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la propia Corte, así como también estableció las normas básicas para los principales mecanismos interamericanos de protección de los derechos humanos.

Pasaremos, seguidamente, a examinar la estructura básica y las normas principales de funcionamiento de los dos órganos autónomos del sistema interamericano, empezando por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

5.2 La estructura y el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

5.2.1 La estructura básica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el *órgano común* del sistema interamericano de derechos humanos, en el sentido de que su competencia alcanza indistintamente a todos los Estados miembros de la OEA. Aunque no sea un órgano jurisdiccional *stricto sensu*, sus funciones y atribuciones son extremadamente importantes, hasta tal punto que es posible afirmar que el sistema interamericano de derechos humanos surgió efectivamente cuando iniciaron los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, después del año 1960, cuando entonces fue aprobado su estatuto y fueron elegidos sus primeros miembros, y principalmente después de 1966, cuando fue reformado el mismo estatuto, el cual pasó a atribuir más poderes a la Comisión, en

consonancia con las reformas del estatuto de la OEA que entraron en vigor en 1970 y que transformaron la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un órgano principal y autónomo de la organización.⁶⁸³

La estructura fundamental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus normas básicas de funcionamiento están expuestas en la Convención Americana, pero también están delineadas en su estatuto y reglamento. En virtud de los artículos 34 y 37 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está compuesta por siete personas de diferentes nacionalidades de América (un Estado no puede estar representado por más de un miembro de la Comisión). Esas personas, que deben contar con alta «autoridad moral» y profundos conocimientos en la materia, son elegidas cada cuatro años por los Estados miembros de la OEA y pueden ser reelegidas a sus cargos una única vez.

El Pacto de San José, a fin de transformar a los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en verdaderos magistrados internacionales, aunque no dotados de poderes jurisdiccionales *stricto sensu* (tiene la Comisión Interamericana, según diversos estudiosos del tema, una función «cuasi jurisdiccional»)⁶⁸⁴, en consonancia con el espíritu ya demostrado en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, les garantizó todas las inmunidades reconocidas en el derecho internacional a los agentes diplomáticos y la inmunidad material por todos los votos y opiniones emitidos en sus actividades (art. 70 del Pacto). La Convención también les asegura (art. 72) la percepción de honorarios por sus servicios y de indemnizaciones por los gastos realizados en los viajes. Por otro lado, a los miembros de la Comisión les está prohibido ejercer todas aquellas actividades que puedan comprometer su independencia e imparcialidad o afectar negativamente a la dignidad de sus funciones (art. 71 del Pacto y art. 9 del estatuto de la Comisión).

Los miembros de la Comisión deben estar administrativamente asistidos por la Secretaría de la Comisión, la cual está dirigida por su Secretario Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 40 de la Convención y el artículo 21 del estatuto de la Comisión. La Secretaría, así como la propia Comisión, debe contar con un presupuesto digno, a fin de

⁶⁸³ Cfr. Calogero Pizzolo: *Sistema interamericano*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 16-19.

⁶⁸⁴ Cfr. Calogero Pizzolo: ob. cit., pp. 35-37.

dotarlas de todas las facilidades financieras necesarias para el desempeño de sus funciones institucionales.

Como regla general, los miembros no deciden individualmente, sino de modo colegiado. El *cuórum* mínimo para las deliberaciones es de cuatro miembros, o sea, de la mayoría de los miembros de la Comisión. Por su parte, el *cuórum* de votación puede ser de la mayoría de los miembros reunidos o de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión (art. 17 del estatuto), dependiendo del caso en cuestión y con arreglo a lo que dispone su reglamento.

5.2.2 Las funciones y atribuciones fundamentales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Las funciones —y las atribuciones— de la Comisión están establecidas en el artículo 41 del Pacto de San José. De acuerdo con la famosa clasificación de César Sepúlveda, esas funciones de la Comisión pueden ser así definidas⁶⁸⁵: (i) función conciliadora: la Comisión debe funcionar como un canal institucional para la conciliación entre los intereses de Estados y grupos sociales en el tema de los derechos humanos; (ii) función asesora: la Comisión debe asesorar a los Estados —que lo soliciten— en el desarrollo y la implementación de los derechos humanos, recomendando soluciones legales y administrativas adecuadas para la implementación de esos derechos; (iii) función crítica: la Comisión debe también funcionar como una especie de *ombudsman* del sistema regional de derechos humanos, tratando de denunciar la situación general del respeto a los derechos en los Estados de la OEA y recomendar soluciones para el reparo de las violaciones; (iv) función legitimadora: cuando los Estados acatan las recomendaciones de la Comisión y esta reconoce que las violaciones fueron superadas, la Comisión también funciona como un ente de legitimación de los gobiernos y los Estados en materia de derechos humanos; (v) función promotora: la Comisión debe promover estudios e

⁶⁸⁵ Cfr. Flávia Piovesan: «Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos: a Convenção Americana de Direitos Humanos», en *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coordinado por Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

investigaciones a fin de multiplicar buenas iniciativas y prácticas de desarrollo de los derechos humanos; (vi) función protectora: la Comisión debe actuar de forma efectiva y tempestiva contra las violaciones graves de los derechos humanos, determinando a los Estados la adopción de medidas urgentes a fin de prevenir y reparar esas violaciones y, por lo tanto, proteger a las posibles víctimas.

Creemos que, con base en el artículo 41 de la Convención Americana, podemos añadir a las funciones enunciadas por César Sepúlveda asimismo las siguientes: (i) función educacional (o instructiva): la Comisión debe favorecer la educación en los derechos humanos, a fin de «*estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América*» (art. 41, «a» y «c»); (ii) función informadora: la Comisión debe buscar y divulgar informaciones sobre el Estado general de los derechos humanos en todos los Estados que componen la OEA, a fin de que favorezca el control social sobre el respeto a los derechos humanos.⁶⁸⁶

Como ya hemos observado anteriormente, después de la reforma de la Carta de la OEA en 1970, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos vió incrementada su fuerza institucional incrementada debido al reconocimiento de su autonomía en el ámbito de los órganos oficiales de esa Organización. Por lo tanto, como consecuencia de ese fortalecimiento institucional, la Comisión puede actualmente investigar, con plena independencia, los problemas de derechos humanos en las Américas y plantear soluciones que sean compatibles con los instrumentos previstos en los tratados regionales y en su reglamento oficial. Para ejecutar su misión, debe la Comisión valerse de los mecanismos interamericanos de protección de los derechos humanos, los cuales examinaremos adelante.

5.2.3 Los mecanismos de protección de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Las normas básicas sobre los mecanismos de protección de los derechos humanos titularizados por la Comisión Interamericana están expuestas en la propia

⁶⁸⁶ En este mismo sentido, cfr. Calogero Pizzolo: ob. cit., pp. 62-65.

Convención Americana de 1969. Sin embargo, arrimado en el Pacto de San José, el reglamento interno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también contiene reglas específicas sobre los procedimientos básicos que proporcionan su funcionamiento habitual. Ese reglamento fue objeto de una importante reforma al final de 1979⁶⁸⁷.

El más conocido —y por muchos considerados el más importante⁶⁸⁸— mecanismo de protección de los derechos humanos controlado por la Comisión es el mecanismo de denuncias — o peticiones — «individuales», el cuál puede ser iniciado a petición de individuos pero también de grupos de individuos u organizaciones no gubernamentales, de forma que las denuncias o peticiones «individuales» pueden ser, de hecho, colectivas. Ese mecanismo está fundamentado en el artículo 44 de la Convención Americana.

Cuando se trata de peticiones formuladas por individuos, estas deben hacer referencia a la identificación completa de los denunciantes, mencionando expresamente sus nombres y apellidos, nacionalidades, profesiones, domicilios y asimismo deben las peticiones estar firmadas por todos los querellantes (art. 46, «d», de la Convención). Por otra parte, cuando la petición es presentada por una organización no gubernamental, basta que esta sea constituida debidamente de acuerdo con las leyes de Estado en que está situada. Ni la Convención Americana, ni el reglamento de la Comisión exigen, en ese caso, que haya una autorización expresa de la víctima o de sus familiares⁶⁸⁹.

El Pacto de San José también establece la existencia de otro mecanismo para la investigación de las denuncias de violaciones de derechos humanos: el mecanismo de las denuncias o comunicaciones interestatales. Ese mecanismo está previsto en el artículo 45 del Pacto. En ello, un Estado miembro de la OEA presenta a la Comisión una denuncia de violación de derechos humanos contra otro Estado miembro.

⁶⁸⁷ Cfr. Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton: ob. cit., p. 16.

⁶⁸⁸ Cfr. Maria Beatriz Galli y Ariel E. Dulitzky: «A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos», en *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, editado por Luiz Flávio Gomes y Flávia Piovesan, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 53-54.

⁶⁸⁹ Cfr. Maria Beatriz Galli y Ariel E. Dulitzky: ob. cit., p. 67.

Para que esa denuncia interestatal sea admisible, hace falta que ambos los Estados hayan declarado previa y formalmente el reconocimiento de esta competencia de la Comisión Interamericana. Así, a diferencia del mecanismo de denuncias individuales (o colectivas), el mecanismo de denuncias interestatales depende de la autorización del Estado investigado.⁶⁹⁰

Tanto en los casos de las comunicaciones individuales como en los de las comunicaciones interestatales, está previsto en la CADH que los Estados deben proporcionar a la Comisión Interamericana «*las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención*»⁶⁹¹ y que los Estados deberán proporcionar a la Comisión «*todas las facilidades necesarias*» para la investigación de los hechos investigados.⁶⁹² Entre las «facilidades» está implícita la autorización para la visitas e inspecciones *in loco*, las cuales no pueden ser obstaculizadas por los Estados Partes de la CADH. Según informa Flávia Piovesan, Brasil es el único Estado que ha presentado una «declaración interpretativa» al Pacto de San José registrando que dichas visitas e inspecciones *in loco* no pueden ser realizadas sin la expresa autorización concreta del Estado brasileño.⁶⁹³

Los preceptos mínimos de admisibilidad de las denuncias individuales y de las comunicaciones interestatales son los mismos y están expresados en el artículo 46 del Pacto de San José. Son los siguientes: (i) el agotamiento de recursos judiciales del sistema jurídico interno; (ii) la presentación de la denuncia en el plazo máximo de seis meses después de que sea notificada la persona afectada sobre el contenido de la decisión definitiva que le sea contraria; (iii) la inexistencia de otro procedimiento internacional jurisdiccional o casi-jurisdiccional en curso sobre el mismo objeto.

La primera condición de admisibilidad, cual es, el agotamiento de la jurisdicción nacional, es común a todos los procedimientos jurisdiccionales o casi-

⁶⁹⁰ La relación de los Estados que han formalmente reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones interestatales está disponible en la siguiente página electrónica: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>>. Fecha de acceso: 3.2.2014.

⁶⁹¹ Cfr. el art. 43 de la CADH.

⁶⁹² Cfr. el art. 48.1.d de la CADH.

⁶⁹³ Cfr. Flávia Piovesan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, ob. cit., pp. 374-375.

jurisdiccionales internacionales y significa, ante todo, que el mecanismo de denuncias en la Comisión debe respetar el principio de la subsidiariedad; es decir, el mecanismo de control internacional —o regional— de los derechos humanos solo debe ser iniciado cuando los mecanismos nacionales se muestren ineficaces en el aseguramiento de los derechos. De lo contrario, se entiende que el control internacional es innecesario, pues que el sistema de control internacional o regional no está establecido con la finalidad de sustituir el sistema de control nacional, sino con el objetivo de corregir, cuando sea necesario, ese sistema doméstico. Como consecuencia del principio de la subsidiariedad en el sistema de derechos humanos⁶⁹⁴, no hace falta iniciar un mecanismo de control internacional cuando sea posible, en el ámbito interno, remediar la violación del derecho humano por una acción o recurso judicial.

Para que sea admitido un mecanismo de control por la Comisión, también hace falta que la violación del derecho humano sea actual, presente. El plazo de seis meses para la impugnación de los actos estatales violadores debe ser interpretado en ese sentido. Se trata de una presunción de que los actos anteriores a ese periodo temporal, cuando no sean impugnados, no son aptos para ofender el derecho humano de la víctima.

Sin embargo, hay casos en que, independientemente del tiempo en que se presenta la denuncia, esta sigue siendo actual, puesto que la violación del derecho humano también se manifiesta en el presente. Estos son los casos, por ejemplo, de las graves violaciones de derechos humanos generadas por asesinatos y secuestros de personas, cuando los órganos competentes del Estado se omiten en las investigaciones o puniciones de tales crímenes.

La admisibilidad del recurso a la Comisión (y, posteriormente, a la Corte)

⁶⁹⁴ El principio de la subsidiariedad, en el sistema internacional y los sistemas regionales (incluso el sistema interamericano) de los derechos humanos, puede ser traducido con la afirmación de que los mecanismos internacionales especiales, jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, contra las violaciones de los derechos humanos deben ser subsidiarios a los mecanismos internos. Sin embargo, tal principio no debe ser interpretado en el sentido de que el sistema internacional —o regional— de los derechos humanos, como un todo, no actúe —normativamente— desde el principio y directamente en favor de todos los seres humanos; sí que lo actúa, desde el principio. Además de eso, como bien explica Héctor Gros Espiell, «*la consideración internacional, global y general, de la situación de los derechos humanos en uno o más Estados, no es subsidiaria ni subsiguiente del funcionamiento o no funcionamiento de la protección nacional e interna*». Cfr. Héctor Gros Espiell: «Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional», en *Problemas actuales del derecho constitucional: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 175-176.

depende de que no exista otro procedimiento internacional jurisdiccional o casi-jurisdiccional en curso sobre el mismo objeto. Se trata aquí de una forma de «subsidiariedad horizontal», que está motivada por la necesidad de que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos funcionen de modo cooperado, «dividiendo tareas» en el servicio de aseguramiento de todos los derechos humanos.

Finalmente, debemos añadir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, funcionando como una especie de *parquet* interamericano, casi como un Ministerio Público del sistema interamericano de derechos humanos, se diferencia de la Corte de San José debido a su posibilidad de ser proactivo, de buscar la tutela de los derechos humanos *motu proprio*. Por otra parte, la Corte Interamericana, siendo un órgano jurisdiccional, debe ser inicialmente pasiva, es decir, no inicia actos procedimentales nuevos *ex officio*.

Por supuesto, después de iniciado un procedimiento de su jurisdicción, puede la Corte actuar activamente; sin embargo, no puede la Corte inaugurar su jurisdicción sobre el caso concreto *motu proprio*. Por otra parte, la Comisión está siempre dotada de ese poder institucional proactivo. De acuerdo con el artículo 24 de su reglamento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos «podrá, motu proprio, iniciar la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin».

Siendo un órgano cuasi jurisdiccional proactivo por su propia naturaleza, corresponde a la Comisión Interamericana tratar, por todos los medios lícitos posibles, de conocer de las violaciones de derechos humanos en el continente americano y plantear soluciones y remedios para las violaciones más significativas. Obviamente, esa es una misión extremadamente ardua y extensa.

A fin de intentar cumplir con tal misión, debe la Comisión Interamericana, reconociendo su limitación administrativa y presupuestaria, valerse de la cooperación con las INDH de la región y con las entidades de la sociedad civil dedicadas a la protección de los derechos humanos. Valiéndose de tales alianzas institucionales o incluso informales, podrá la Comisión Interamericana dotarse de más informaciones y elementos para la tutela de los derechos humanos en el ámbito interamericano, así como podrá utilizar la

integración institucional vertical a fin de reunir esfuerzos para que sus recomendaciones y medidas cautelares sean internamente implementadas (cuando no por la voluntad de los Estados, por la presión o incluso medidas judiciales internas de sus interlocutores institucionales).

5.2.4 El parámetro normativo de control para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Todos los tratados internacionales de derechos humanos que están firmados por los Estados los vinculan en todas las esferas internacionales y, por lo tanto, pueden ser utilizados como parámetro normativo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera, la Comisión no limita su actividad jurídica e institucional a la CADH; su material de textos normativos es más vasto.

Esa información es importante porque, en el sistema interamericano de derechos humanos, hay Estados (como los Estados Unidos y Canadá) que todavía no han logrado ratificar la CADH. Esa ausencia de ratificación dificulta la responsabilización de tales Estados ante la Corte Interamericana (principalmente, debido a la inexistencia de opción por su jurisdicción obligatoria en temas contenciosos), pero no impide (o no debería impedir) que la Comisión Interamericana controle la implementación de las normas de derechos humanos en esos países.

Así, aunque no pueda invocar la aplicación de las normas del Pacto de San José, la Comisión puede exigir indistintamente de todos los Estados de la Organización de los Estados Americanos la justa aplicación de las normas de derechos humanos que están presentes, por ejemplo, en la propia Carta de la OEA, en la Declaración Americana de Derechos Humanos y en la Carta Democrática Interamericana.

5.2.5 Las recomendaciones y medidas cautelares de Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El poder de expedir recomendaciones, a fin de garantizar la mejor protección de los derechos humanos entre los Estados de la OEA, está expresado en el artículo 41.b de la CADH, donde se lee que es una atribución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *«formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos»*. El mismo poder de formular y dirigir recomendaciones a los Estados que son partes de la CADH está previsto en los artículos 18.b y 20 del estatuto de la Comisión.

En el reglamento de la Comisión Interamericana, no solo está previsto el poder de expedir recomendaciones sino que también está establecido que la Comisión, después de dirigir al Estado su recomendación, *«fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones»* (artículo 44.2). De esta manera, de acuerdo con el reglamento de la Comisión, sus recomendaciones deben ser «cumplidas» y no solamente aceptadas o acogidas.

Como se puede percibir, las recomendaciones de la Comisión Interamericana, aunque no estén dotadas de fuerza jurisdiccional *stricto sensu*, no son meras sugerencias a los Estados. Ellas deben, de la mejor manera posible, ser cumplidas, implementadas.

Como consecuencia del poder general de expedir recomendaciones, también está reconocido a la Comisión Interamericana el poder de determinar medidas cautelares. Este poder no está expresado en la CADH (y tampoco en el estatuto de la Comisión), pero es una consecuencia lógica del poder de expedir recomendaciones y está detallado en el artículo 25 del reglamento de la Comisión. Así está establecido en el reglamento (artículo

25.1):

Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.

Considerando el texto transcrito del reglamento de la Comisión Interamericana, Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya entienden —con toda la razón— que tres son los requisitos fundamentales para el establecimiento de medidas cautelares por la Comisión: (a) la gravedad de los hechos; (b) la urgencia de la medida de cautela; (c) la finalidad de evitar daños irreparables a las personas. A esos tres requisitos, los mencionados estudiosos añaden uno más: la verosimilitud de los hechos.⁶⁹⁵

Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya aun advierten que el agotamiento de los recursos internos *no* es requisito para las medidas cautelares, es decir, el principio de la subsidiariedad no se aplica a las medidas cautelares.⁶⁹⁶ De hecho, si la urgencia es uno de los fundamentos de las medidas cautelares, no tiene ningún sentido esperar hasta que los órganos judiciales nacionales agoten todas las posibilidades de discusión sobre la violación del derecho humano para que ese pueda proteger ese mismo derecho y quizá evitar que su violación se consuma efectivamente.

Las medidas cautelares ordenadas por la Comisión Interamericana tienen el carácter interino, es decir, no constituyen un «prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión», conforme dicta el artículo 25.4 del reglamento de la Comisión. Así, cuando la Comisión adopta una medida cautelar, no está tomando ninguna decisión sobre la admisibilidad o el mérito de la denuncia; simplemente, está fijando una medida de urgencia a fin de paralizar o impedir una violación de derecho humano que esté en curso o sea inminente.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Cfr. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya: *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 470-471.

⁶⁹⁶ Cfr. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya: ob. cit., p. 474.

⁶⁹⁷ Cfr. Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky: «Medidas cautelares y provisionales», en *Revista Argentina de*

Si solamente nos atentamos a la literalidad del reglamento de la Comisión Interamericana, veremos, en cuanto está dicho de las recomendaciones deben ser «cumplidas», respecto a la medidas cautelares está escrito que ellas son «solicitadas», lo que podría conducirnos a la conclusión de que las medidas cautelares serían meras solicitudes a los Estados, sin cualquier carácter obligatorio. En ese sentido, Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya entienden que, a diferencia de las medidas provisionales determinadas por la Corte Interamericana, la medidas cautelares de la Comisión Interamericana son una especie de «solicitud» al Estado, y no de «orden» directa.⁶⁹⁸

Aunque la interpretación literal del reglamento pueda conducirnos a esa conclusión (la de que las medidas cautelares son simples peticiones a los Estados), creemos que ese enfoque no está en consonancia con la finalidad y el espíritu del sistema interamericano de derechos humanos. A nuestro juicio, aunque no se trate de un acto jurisdiccional en sentido estricto (al contrario de las medidas provisionales de la Corte Interamericana), las medidas cautelares, así como todas las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben ser implementadas de buena fe por los Estados.

De hecho, no obstante la «última palabra» sobre la interpretación del programa normativo interamericano de derechos humanos sea la de la Corte Interamericana, los actos emanados por la Comisión deben presuponerse conformes al sistema jurídico interamericano y, por tal motivo, deben ser implementados por los Estados. Así, el incumplimiento de las medidas cautelares (que conllevaría a las solicitudes de medidas provisionales ante la Corte Interamericana) debe ser excepcional. Solamente por motivos extraordinarios deberían los Estados negarse a cumplir, con exactitud, las medidas cautelares establecidas por la Comisión.

Finalmente, hace falta señalar que la aplicación adecuada de las medidas cautelares por la Comisión está en consonancia con una de las principales funciones del sistema interamericano de derechos humanos: la prevención contra las violaciones de derechos. De hecho, la previsión de las medidas cautelares, así como de las medidas

Derechos Humanos, año 2, n. 1, 2004, p. 132.

⁶⁹⁸ Cfr. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya: ob. cit., p. 528.

provisionales (como veremos posteriormente) en el sistema interamericano dinamiza la protección de los derechos humanos, principalmente porque no se aplica, para la emanación de esas medidas interinas de urgencia, el principio de la subsidiariedad, o sea, no se exige que todas las medidas judiciales internas sean agotadas por las partes interesadas.

Aunque sea un principio lógico de integración de sistemas, el principio de la subsidiariedad no está apto para presentar soluciones a situaciones de hecho que surgen y desaparecen con gran rapidez. En esas situaciones del «mundo líquido» que caracteriza nuestro siglo, la protección de los derechos humanos no debe contentarse con la mera reacción contra las violaciones de los derechos, sino que debe ser manejada de una manera que pueda enfrentar los riesgos contra los derechos y así evitar la aparición de daños. De esa forma, las medidas cautelares (y asimismo las medidas provisionales) son instrumentos para el goce seguro de los derechos humanos, es decir, son herramientas que concretizan el derecho a la seguridad, el derecho a gozar de los derechos humanos de modo seguro, sin amenazas ni peligros indebidos.

5.3 La misión, la estructura y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

5.3.1 La misión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es considerada una institución judicial autónoma que tiene, como misión institucional, garantizar la correcta interpretación de la CADH y de las demás normas que integran a la convención o que forman parte del sistema normativo interamericano de derechos humanos. A pesar de que dependa financieramente de la OEA, la Corte Interamericana, en el ámbito específico de sus trabajos y sentencias, no se somete a esa organización regional o a cualquier de los

Estados miembros.⁶⁹⁹

5.3.2 La composición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo con el artículo 52.1 del Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está compuesta de siete jueces, que deben ser nacionales de los Estados miembros de la OEA.

Esos jueces de la Corte, aunque sus nacionalidades «representen», simbólicamente, a los propios Estados de la OEA (y esté expresamente prohibido que haya dos jueces de la Corte nacionales de un mismo Estado), son elegidos «a título personal», lo que significa que no deben ellos rendir cuentas a sus Estados; todo lo contrario, deben los jueces de la Corte preservar la independencia de sus cargos y ejercerlos de la forma más justa y adecuada, a fin de garantizar el máximo respeto a los derechos en el continente americano.⁷⁰⁰

5.3.3 La interacción entre la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El funcionamiento de la Corte (desde el Pacto de San José) no anula la importancia de las funciones que desempeñan la Comisión Interamericana. Todo lo contrario; los dos órganos, en el sistema interamericano, deben ser considerados complementarios y, en este sentido, debe la Comisión favorecer y participar de los procedimientos de la Corte.

La Comisión debe incluso, por determinación del artículo 59 de la CADH, «comparecer» en todos los «casos» que sean sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Esa regla de participación en los procesos ante la Corte es bastante lógica.

⁶⁹⁹ Cfr. Calogero Pizzolo: ob. cit., pp. 201-202.

⁷⁰⁰ Cfr. Calogero Pizzolo: ob. cit., p. 203.

De hecho, la Comisión tiene la función de prevenir las violaciones de derechos humanos y, cuando esas violaciones ocurren, tiene también la función de buscar soluciones resolutorias que sean adecuadas a fin de que cese la violación y sean las víctimas reparadas por sus daños. Pero cuando la Comisión, por sí sola, no logra alcanzar esos resultados, está abierto el espacio para que también la Corte Interamericana actúe —accionada por la propia Comisión o algún Estado parte de la CADH— y, sumando institucionalmente fuerzas con la Comisión, trabaje en favor de las víctimas y contra las violaciones de derechos humanos.

5.3.4 La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria

Los procesos más frecuentes que llegan al conocimiento de la Corte Interamericana son de los casos de violaciones de derechos humanos por parte de los Estados que han ratificado la jurisdicción de la Corte; casos en que los Estados son demandados y responsabilizados por tales violaciones. Esa competencia contenciosa, o «litigiosa», de la Corte tiene su fundamento, principalmente, en los artículos, 61 y 62 de la convención. De acuerdo con ese último artículo mencionado, todo *«Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte»*.

Cuando se dedica a su competencia contenciosa, la Corte Interamericana ejerce, ante todo, tres funciones básicas: (i) la función declaratoria; (ii) la función represiva y (iii) la función reparadora.

En su función declaratoria, la Corte Interamericana declara la existencia de un derecho humano y declara también si un Estado es o no responsable por la violación del mismo derecho. La función declaratoria no es exclusiva de su competencia contenciosa, pero es un presupuesto de cualquier condenación o reparación.

Por su parte, en su función represiva, la Corte Interamericana trata de obligar a los Estados a punir las violaciones de derechos humanos (y sus responsables), así como forzar la aplicación de todas las sanciones legales pertinentes relativas a esas violaciones.

Finalmente, ejerciendo la función reparadora de su competencia contenciosa, la Corte impone al Estado reparar los daños sufridos por las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

Podemos también identificar dos funciones preventivas que están vinculadas a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. La función preventiva abstracta está resumida en el efecto futuro abstracto de la sentencia de la Corte, cuál es, evitar que otras semejantes violaciones de derechos humanos tengan lugar en el Estado que fue responsabilizado por la Corte. Por su parte, la función preventiva concreta está vinculada principalmente a las medidas de urgencia (medidas provisionales) que la Corte Interamericana puede deferir en favor de las posibles víctimas, evitando que sus derechos humanos sean violados.

La competencia contenciosa de la Corte interamericana puede ser admitida por cualquier Estado miembro de la OEA en casos concretos. Sin embargo, lo más común sería que los Estados asuman el compromiso de someterse a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, por medio de la opción positiva por la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria, la cual está mencionada en el artículo 62 de la CADH, que ya transcribimos anteriormente.

La gran mayoría de los Estados de la OEA se somete a la competencia contenciosa obligatoria de la Corte Interamericana. Las excepciones son los Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas.⁷⁰¹ Tal resistencia de las naciones americanas angloparlantes a la integración promovida por el sistema interamericano conduce a que, en realidad, la Corte Interamericana funcione, hasta hoy, como una Corte

⁷⁰¹ La relación de los Estados que han formalmente reconocido la jurisdicción obligatoria de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>>. Fecha de acceso: 3.2.2014.

«Latinoamericana» de Derechos Humanos.⁷⁰²

La opción estatal, la sujeción a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, no puede ser revisada por el mismo Estado posteriormente sin la denuncia de la propia CADH, como ya declaró expresamente la Corte en casos sometidos a su jurisdicción (en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronsteins*, de 1999, y de *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*, de 2002, por ejemplo)⁷⁰³, porque, de acuerdo con lo que está textualmente dicho en el artículo 68.1, los «Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes», es decir, no pueden, ante el caso concreto, optar por negar la jurisdicción de la Corte. Además, la existencia de los poderes jurisdiccionales de la Corte Interamericana debe ser reconocida como una garantía institucional de los derechos humanos, la cual no puede ser deshecha (sea casual o sistemáticamente) sin que se vulnere el principio de prohibición del retroceso en la protección y el goce de los derechos humanos.

Los citados precedentes de la Corte Interamericana, que esclarecieron la debida interpretación que se debe atribuir a la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria que está establecida en la CADH, además de firmar posición en que el sistema internacional de derechos humanos no está sujeto al voluntarismo estatal propio de la

⁷⁰² Es conocimiento común que los EE.UU. lideran el grupo de Estados de la OEA que resisten no solo a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también a la integración social, jurídica y cultural (latino)americana. Esa es una realidad captada en el siglo XX, pero a lo mejor pueda cambiar en el presente siglo XXI pues que, debido a la intensa inmigración latinoamericana que se constata en aquel país, los EE.UU. ya son, hoy, el tercer más grande Estado «latinoamericano», contando con más de cincuenta millones de «hispanicos y latinos» entre sus habitantes. En números absolutos, los EE.UU. solo tienen menos habitantes latinoamericanos que los Estados de Brasil y México. De esta manera, tarde o temprano, los EE.UU., quizá movidos por la presión de sus propios ciudadanos latinoamericanos, deberán estar más abiertos a la integración social, cultural y jurídica con las demás naciones del continente, lo que favorecerá también la apertura norteamericana al sistema interamericano de derechos humanos.

⁷⁰³ Según Antônio Augusto Cançado Trindade, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronsteins*, de 1999, fueron decididos por la Corte en el momento más dramático de su histórica, en que el expresidente de Perú Alberto Fujimori, contrariado por la sentencia de la Corte en el caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, intentó retirar el instrumento de aceptación de la jurisdicción de la Corte con efectos inmediatos. La respuesta de la Corte, según su expresidente de aquel entonces, fue firme en el sentido de que tal retirada, con efectos inmediatos, es inadmisibles. La reacción del gobierno de Fujimori, a su vez, fue virulenta, y consistió en tentativas diplomáticas de aislar la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre las cancillerías latinoamericanas, lo que, si lograra éxito, significaría la desintegración del sistema interamericano de derechos humanos. Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2013, pp. 5-6.

cultura jusinternacional del siglo XIX e integra un verdadero orden público internacional, igualmente fortalecieron la institucionalización de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por consiguiente, también del propio sistema interamericano de derechos humanos.⁷⁰⁴

5.3.5 La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La función de la Corte Interamericana de trabajar, subsidiaria y represivamente, contra las violaciones de los derechos humanos (es decir, su función represiva y reparadora en el ejercicio de competencia contenciosa), no resume, obviamente, todas sus funciones. También tiene la Corte una importante competencia, establecida en el artículo 64 del Pacto de San José, de interpretar, por medio de opiniones consultivas, la CADH y los demás actos normativos que forman el sistema interamericano de derechos humanos.

La base convencional de la competencia consultiva de la Corte Interamericana reside en el artículo 64 de la CADH, que aquí transcribimos:

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Conforme opina Augusto Guevara Palacios, «oficialmente», la finalidad primordial de la competencia consultiva sería la *«de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la*

⁷⁰⁴ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 11-19.

*protección de derechos humanos, así como el cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA».*⁷⁰⁵ De hecho, esto fue lo que declaró la propia Corte Interamericana en su opinión consultiva 1/82, de 24 de septiembre de 1982.⁷⁰⁶

A pesar de la opinión inicialmente declarada por la Corte hace más de treinta años, creemos que el sistema interamericano de derechos humanos estuvo en constante evolución y hoy ya se puede reconocer que la Corte Interamericana, también cuando ejerce su competencia consultiva, además de «auxiliar» a los Estados y los demás órganos de la OEA, también desempeña una importantísima función declaratoria, es decir, de declaración sobre la mejor interpretación del parámetro normativo interamericano de derechos humanos.

Esa declaración que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aporta (en el ejercicio de su competencia contenciosa o consultiva) sobre los derechos y la interpretación de las normas de derechos humanos produce un efecto multiplicador mientras que tal declaración se integra en la jurisprudencia de los tribunales nacionales y también en la interpretación ordinaria y cotidiana que cada agente público o privado confiere a esas normas.⁷⁰⁷

Por ende, la multiplicación de los frutos generados en las opiniones consultivas de la Corte también asume una función preventiva, en el sentido de que las declaraciones interpretativas consolidadas en las opiniones consultivas evitan que las

⁷⁰⁵ Cfr. Augusto Guevara Palacios: *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación constitucional y convencional*, San José, Bosch Editor e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, p. 142.

⁷⁰⁶ El texto de la opinión consultiva 1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf>. Fecha de acceso: 8.2.2014. El párrafo 25 de esa opinión consulta, consta lo siguiente: «La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte».

⁷⁰⁷ Recordamos aquí que, así como Peter Häberle y sus discípulos defienden que existe una comunidad amplia y abierta de «intérpretes» de la Constitución (ya que todos aplican, en niveles diferentes, las normas constitucionales), también creemos que, *a fortiori*, las normas de derechos humanos, que benefician e interesan a todos los seres humanos indistintamente, también son interpretadas y aplicadas, cotidianamente, por todos nosotros.

normas de derechos humanos sufran una interpretación deficiente en los ámbitos locales, que tendría como consecuencia lógica una aplicación igualmente deficiente de las normas de derechos humanos.

Esa actividad de interpretación normativa y de «educación en derechos humanos» tiene como efecto indirecto la propia prevención de violaciones de derechos humanos, en el sentido de que funciona como una forma de esclarecimiento a los Estados miembros (y a todos sus agentes y ciudadanos), por parte de la Corte, de cómo deben ser respetadas e implementadas las normas de derechos humanos, de la manera más adecuada, a fin de evitar que futuras violaciones ocurran debido a una aplicación insuficiente de los principios y reglas interamericanos.

Se discute, en la doctrina y la jurisprudencia, cuál sería la eficacia jurídica de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, es decir, cuáles serían los efectos de una declaración de la Corte cuando ejerce su competencia consultiva. Se cuestiona si esos efectos podrían ser los mismos de una sentencia de la Corte (en el ejercicio de su competencia contenciosa).

Desde luego, siendo la Corte Interamericana el órgano responsable por la interpretación oficial no solo de la CADH, sino también de todo el conjunto normativo interamericano de derechos humanos, no se debe negar a las opiniones consultivas el efecto de la «cosa interpretada», o sea, la interpretación firmada por la Corte de San José debe infiltrar las decisiones de los tribunales nacionales por medio de la integración jurisprudencial. No obstante, en muchos casos, más que generar ese efecto interpretativo y jurisprudencial genérico, las opiniones consultivas de la Corte pueden producir efectos más concretos al Estado que consultó la Corte.

Esa fue la conclusión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica cuando dictó su sentencia de 9 de mayo de 1995, relativa a la acción de inconstitucionalidad 2313-95, que discutía la validez del artículo 22 de la ley 4420, la cual determinaba la colegiación obligatoria de los periodistas.⁷⁰⁸ En el último párrafo del considerando VII, la Sala Constitucional asentó que:

⁷⁰⁸ El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en la acción de inconstitucionalidad 2313-95 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2844.pdf?view=1>>. Fecha de acceso: 7.2.2014.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.

Como veremos en capítulos posteriores, según muchos tribunales latinoamericanos, el principio de la *cosa interpretada* también se aplica a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así que la competencia consultiva de la Corte de San José también debe ser considerada un importante instrumento de prevención e incluso represión a las violaciones de derechos humanos en América Latina.

5.3.6 La actividad interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La actividad interpretativa que la Corte Interamericana rige sobre los documentos normativos interamericanos, ya sea incidentalmente, en los casos concretos que se lo presentan, ya sea directamente, en las opiniones consultivas, atribuye a la Corte de San José una función semejante a la de muchas cortes constitucionales de los siglos XX y XXI, las cuáles no se limitan a declarar nulas o válidas normas legislativas o administrativas emanadas por instituciones políticas, sino que también *dirigen* la interpretación que los órganos públicos —y también de las personas privadas— deben preferir en el momento de respetar y aplicar las normas internacionales de derechos humanos.

De esta manera, la Corte Interamericana pasa a ser el órgano responsable por la «interpretación oficial» de las normas jurídicas que componen el sistema interamericano de derechos humanos, y esa «interpretación oficial», tal como pasa en Europa, debe ser estar agregada a las propias normas de los documentos normativos

interpretados y debe ser considerada en los diversos momentos en que tales normas son aplicadas en la vida real.

Así como ocurre en Europa (conforme hemos visto en un capítulo anterior), ese aparente «monopolio» del poder de interpretar y declarar las normas del sistema interamericano plantea muchos problemas, ya que muchos de esos derechos humanos reconocidos en el ámbito regional supranacional son también derechos constitucionales y derechos fundamentales en las constituciones latinoamericanas. Por lo tanto, en América Latina (a lo mejor más que en la propia Europa), los destinatarios de la interpretación «oficial» emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los jueces constitucionales, los cuáles no estaban, hasta hace pocos años (como veremos posteriormente), muy abiertos a esa influencia decisoria oriunda de un órgano jurisdiccional supranacional.

Ese conflicto hermenéutico y jurisdiccional ya era conocido en Europa y examinaremos, en el próximo capítulo, como, desde el modelo europeo, es posible resolverlo (quizá inspirando también soluciones para el modelo latinoamericano). Ese problema que muchos proponen poder ser vencido por «diálogos jurisdiccionales» o por la «integración jurisprudencial» en realidad no es nuevo ni de fácil solución. Lo veremos oportunamente.

5.3.7 La limitación *ratione temporis* de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Respecto al tema de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se ha planteado el problema de la limitación *ratione temporis*.

Muchos de los Estados que han reconocido, formalmente, como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestaron aceptar tal competencia solamente para los hechos posteriores a la

fecha del depósito del instrumento de ratificación pertinente. Debido a tal condicionamiento en los actos estatales de reconocimiento de la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana, surgieron cuestionamientos sobre la posibilidad de que la Corte examine los efectos jurídicos de hechos y actos que se iniciaron anteriormente.

Sobre esa cuestión de la limitación temporal de su competencia jurisdiccional, la Corte Interamericana, inicialmente en la sentencia sobre el caso *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador* (sentencia de 1º de marzo de 2005)⁷⁰⁹ y posteriormente en el caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (sentencia de 26 de septiembre de 2006)⁷¹⁰, firmó su posicionamiento en el sentido de que no invalida su competencia para decidir sobre los casos litigiosos el hecho de que las violaciones de los derechos humanos hayan empezado a surgir en momentos anteriores, si tales violaciones subsistieron en el tiempo o si sus efectos son posteriores al reconocimiento por el Estado de la competencia de la Corte Interamericana. Para la Corte de San José (especialmente después del caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*), tales declaraciones restrictivas de su competencia (previstas en el artículo 62 de la CADH) no son reservas *stricto sensu* a la convención, son simplemente una «limitación temporal» que debe estar sujeta a la interpretación de la Corte Interamericana.⁷¹¹

Además de eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aquel mismo caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), volvió a hacer hincapié en la conocida doctrina de la «competencia de la competencia», por medio de la cual se admite que la Corte tiene la competencia para decidir sobre su propia competencia. De esa manera, compete a la propia Corte Interamericana decidir si los hechos llevados a su conocimiento están o no afectados por la limitación temporal establecida por el Estado en el acto de reconocimiento de su competencia contenciosa, con base en el artículo 62 del Pacto de San José. En dicha sentencia, efectivamente, la Corte Interamericana «*resalta que, de acuerdo al principio de competencia de la competencia, no puede dejar a la*

⁷⁰⁹ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Fecha de acceso: 31.12.2013.

⁷¹⁰ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arrelano y otros v. Chile* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Fecha de acceso: 31.12.2013.

⁷¹¹ Cfr. el párrafo 43 de la sentencia en el caso *Almonacid Arrelano y otros v. Chile*.

*voluntad de los Estados que estos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia»*⁷¹².

Ese mismo enfoque jurisprudencial, que quedó edificado en el caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, fue reforzado por la Corte Interamericana en el caso *Garibaldi v. Brasil* (sentencia de 23 de septiembre de 2009)⁷¹³, cuando la Corte responsabilizó al Estado brasileño no propiamente por la muerte de Sétimo Garibaldi, sino por las omisiones en la investigación y persecución criminal posteriores a la fecha en la que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana fue considerada obligatoria para Brasil.

El mismo entendimiento también está reproducido en la sentencia de la Corte en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil* (sentencia de 24 de noviembre de 2010)⁷¹⁴, que trató de la ausencia de persecución criminal, por parte del Estado brasileño, contra los responsables por las violaciones de derechos humanos en el conflicto armado conocido como la «Guerrilla del Araguaia».

⁷¹² Cfr. el párrafo 45 de la sentencia en el caso *Almonacid Arrelano y otros v. Chile*.

⁷¹³ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Garibaldi v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf>. Fecha de acceso: 31.12.2013. En el párrafo 23 de la mencionada sentencia, la Corte Interamericana estimó que era posible el examen de las violaciones de derechos humanos que se sucedieron posteriormente a un asesinato que fue cometido antes de la fecha en que el Estado brasileño aceptó la competencia contenciosa de la Corte; lo hizo en los siguientes términos: «*Por otra parte, la Corte es competente para analizar los hechos y posibles omisiones relacionadas con la investigación de la muerte del señor Garibaldi que ocurrieron bajo la competencia temporal del Tribunal, es decir, con posterioridad al 10 de diciembre de 1998, a la luz de los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1, 2 y 28 de la Convención. De igual modo, el Tribunal tiene competencia para analizar tales hechos a la luz de la obligación procesal derivada del deber de garantía emanada del artículo 4 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. En efecto, Brasil ratificó la Convención Americana en 1992, seis años antes de la muerte del señor Garibaldi. Por lo tanto, el Estado se encontraba requerido, desde aquella fecha, a cumplir con la totalidad de las obligaciones emanadas de la Convención, entre otras, la obligación de investigar y, en su caso, sancionar la privación del derecho a la vida, aún cuando este Tribunal no tuviera competencia para juzgarlo por supuestas violaciones a la misma. No obstante lo anterior, la Corte puede examinar y pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de la obligación convencional respecto de los hechos y supuestas omisiones relativos a la investigación a partir del 10 de diciembre de 1998, cuando el Estado aceptó la competencia contenciosa del Tribunal*».

⁷¹⁴ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Fecha de acceso: 31.12.2013.

5.3.8 La adopción de medidas provisionales por la Corte Interamericana

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana incluye la posibilidad de adopción de medidas provisionales, en los casos en que la demora en los trámites procesales ante la Corte pueda agravar las violaciones de los derechos humanos o dificultar la prevención/reparación de los derechos de las víctimas.

La competencia para la determinación de medidas provisionales está arimada en el artículo 63.2 de la CADH, que aquí transcribimos:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Además de estar prevista en la CADH, el poder de la Corte de determinar las medidas provisionales y el deber de los Estados de cumplir esas medidas, como bien advierte Edgar Corzo Sosa, es una consecuencia de los principios internacionales de la buena fe y del efecto útil, que imponen a los Estados la ejecución de todas las medidas necesarias para el alcance de las finalidades del tratado internacional (en este caso, la CADH).⁷¹⁵

Como se puede percibir de la lectura de la CADH, son los requisitos de las medidas provisionales (semejantes a los de las medidas cautelares): (i) la extrema gravedad de los hechos; (ii) la urgencia de la tutela del derecho; y (iii) la finalidad de evitar la ocurrencia de daños irreparables. Además de esos tres, también podemos añadir un cuarto requisito: la verosimilitud de los hechos invocados.

Esos requisitos, además de estar evidentes en la CADH, también son mencionados en las sentencias de la Corte Interamericana. Por ejemplo, en el tercer considerando de su resolución de 26 de noviembre de 2013, respecto a los asuntos *Flores y*

⁷¹⁵ Cfr. Edgar Corzo Sosa: «Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento», en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editado por Edgar Corzo Sosa, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Pablo Saavedra Alessandri, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 161-167.

otra v. Argentina y Torres Millacura y otros v. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó lo siguiente:⁷¹⁶

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. De esta manera, el artículo 63.2 de la Convención exige que para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir tres condiciones: a) «extrema gravedad»; b) «urgencia», y c) que se trate de «evitar daños irreparables a las personas». Así, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo. Estas tres condiciones deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal, y deben persistir para que la Corte mantenga la orden de protección, y dado el caso de que una de ellas haya dejado de tener vigencia, corresponderá al Tribunal valorar la pertinencia de continuar con la protección ordenada.

En la misma resolución, la Corte Interamericana señala que la carga procesal de la demostración de esos tres requisitos básicos (urgencia, extrema gravedad e irreparabilidad del daño) recae sobre los solicitantes de las medidas provisionales.⁷¹⁷ No obstante, debemos observar que la comprobación de esos requisitos no es lo mismo que probar, de modo absoluto o definitivo, los hechos que demandan el funcionamiento del sistema interamericano de protección.

Como hemos señalado, la verosimilitud es un cuarto requisito de la concesión de medidas provisionales, así que no es necesario agotar todos los medios de prueba a fin de demostrar los actos ilícitos y el peligro de daño. Para que la tutela inhibitoria preventiva de riesgos y daños sea admitida, basta la presentación de elementos de permitan suponer, *prima facie*, la existencia de los hechos denunciados y la existencia del peligro. En ese momento, deben ser aplicados los principios de la prevención y *pro homine*, a fin de que, aunque exista alguna duda sobre los hechos, debe ser adoptada la solución más protectora de los seres humanos y de los derechos que están supuestamente en peligro.

Respecto a las definiciones de los requisitos «extrema gravedad»,

⁷¹⁶ La mencionada resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/flores_se_01.pdf>. Fecha de acceso: 31.1.2014.

⁷¹⁷ Cfr. el considerando 10 de la Resolución de 26 de noviembre de 2013 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los asuntos *Flores y otra v. Argentina y Torres Millacura y otros v. Argentina*.

«urgencia» y «irreparabilidad del daño» de los hechos, la Corte Interamericana también la define en su mencionada resolución de 26 de noviembre de 2013:⁷¹⁸

Al respecto, en cuanto a la gravedad, para efectos de la adopción de medidas provisionales, la Convención requiere que aquella sea «extrema», es decir, que se encuentre en su grado más intenso o elevado. El carácter urgente implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata. Finalmente, en lo que refiere al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables.

Debido a la propia urgencia de la tutela jurisdiccional y la extrema gravedad de los hechos, está previsto también que no solo el plenario de la Corte Interamericana puede determinar las medidas de urgencia. Cuando no esté en sesión la Corte, debe su presidente adoptar las medidas de urgencia necesarias, sometiendo su decisión, por supuesto, a los demás jueces en la sesión posterior de la Corte. En esa hipótesis, la resolución del presidente no fija «medidas provisionales» *stricto sensu*, sino medidas de urgencia que podrán, después, ser consolidadas como medidas provisionales. Esto es lo que está establecido en el artículo 27.6 del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:⁷¹⁹

Si la Corte no estuviere reunida, la Presidencia, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás Jueces, requerirá del Estado respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

Las medidas provisionales determinadas por la Corte Interamericana, con fundamento en el artículo 63.2 de la CADH, no anulan ni sustituyen las medidas cautelares que puedan ser establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fundamento en el artículo 25 de su reglamento y en el artículo 41.b de la convención (o sea, en su poder general de recomendación). En cuanto «medidas interinas» (su género), las medidas cautelares (de la Comisión) y las medidas provisionales (de la Corte) tienen el mismo objetivo: «*preservar la posibilidad material de resolver el fondo de un asunto*» y «*evitar que la situación de hecho haga ilusoria tal resolución*», como bien apuntan Juan E.

⁷¹⁸ Cfr. el considerando 11 de la Resolución de 26 de noviembre de 2013 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los asuntos *Flores y otra v. Argentina* y *Torres Millacura y otros v. Argentina*.

⁷¹⁹ El texto del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf>. Fecha de acceso: 1.2.2014.

Méndez y Ariel Dulitzky.⁷²⁰ Sin embargo, sus momentos y aplicaciones son complementarios.

En principio, en los casos en que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana está justificada por una solicitud de la Comisión Interamericana (o sea, la casi totalidad de los casos que llegan a la Corte), solo se debe considerar la posibilidad de una medida provisional de la Corte si la propia Comisión ejerció las facultades que el artículo 25 de su reglamento establecen, es decir, si la Comisión ya expidió las medidas cautelares pertinentes al caso y estas no fueron satisfactoriamente cumplidas. En esos casos, incumbe a la Comisión solicitar las medidas provisionales, lo que no excluye, teóricamente, la posibilidad de la propia Corte de decidir, *ex officio*, ordenar las medidas.⁷²¹

Las medidas provisionales, como ya se puede percibir, tampoco excluyen o agotan el conocimiento completo de las cuestiones de fondo del caso concreto. Como medidas de urgencia que son, las medidas provisionales están firmadas en un juicio superficial, es decir, en un conocimiento *prima facie* de los hechos, de acuerdo con informaciones y documentos que están inicialmente disponibles para la apreciación de la Corte y que sean suficientes para que se presuma la veracidad de los hechos denunciados.⁷²²

De esta manera, no siendo esa una resolución que agote todas las pruebas y circunstancias jurídicas y fácticas sobre el caso, tampoco puede tal resolución ser considerada una declaración definitiva de la Corte Interamericana sobre la existencia de una violación de los derechos humanos. En ese momento, la Corte no trata de ejercer una función jurisdiccional de declaración de un derecho o de una violación de derecho, sino una función de prevención contra *posibles* violaciones de derechos.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las medidas provisionales «*tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas*». Por lo tanto, esas

⁷²⁰ Cfr. Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky: ob. cit., p. 110.

⁷²¹ Cfr. Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky: ob. cit., p. 120.

⁷²² Cfr. Juan E. Méndez y Ariel Dulitzky: ob. cit., pp. 120-121.

medidas, para la Corte, «*se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo*». ⁷²³

Conforme ya mencionamos anteriormente, en los párrafos relativos a las medidas cautelares que son fijadas por la Comisión Interamericana, la función preventiva del sistema interamericano de derechos humanos queda también evidente con la posibilidad de establecimiento de medidas provisionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un «mundo líquido», tal como el que se percibe en el siglo XXI y ya se mencionó aquí, las relaciones humanas y sociales son muy fluidas, surgen y desaparecen con gran velocidad. Eso demanda que los órganos de los sistemas de protección de los derechos humanos también sean especialmente ágiles, a fin de que las sentencias de fondo de la Corte no sean «victorias pírricas», es decir, no sean declaraciones inútiles e ineficaces sobre violaciones ya consumadas.

5.3.9 El acceso de los individuos a la Corte Interamericana

De acuerdo con el artículo 61.1 de la CADH, solo «*los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte*». Así, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana todavía no posibilita al individuo a someter, directamente, un caso a su juicio. Si una persona entiende estar siendo víctima de una violación de sus derechos humanos, debe ella recurrir a la Comisión Interamericana y esta, si lo considera necesario, puede enviar el caso a la Corte.

Esa restricción de acceso a la Corte, aunque pueda ser considerada un rasgo anticuado de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que fueron construidos en el siglo XX, quizá sea todavía un «mal necesario», ya que la Corte

⁷²³ Cfr. la resolución —que establece medidas provisionales— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Periódico «La Nación»*, del 6 de diciembre de 2001, cuarto considerando, disponible en la siguiente página electrónica: <www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lanacion_se_05.doc>. Fecha de acceso: 26.11.2014. En el mismo sentido, vid. también la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto del Complejo Penitenciario de Pedrinhas, del 14 de noviembre de 2014, cuarto considerando, disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01.pdf>. Fecha de acceso: 26.11.2014.

Interamericana no cuenta hoy en día con la estructura física, material, presupuestaria y humana necesaria para funcionar como un tribunal de casi «cuarta instancia», para decidir sobre todas las cuestiones de derechos humanos que tal vez no estén siendo bien tratadas y decididas por los jueces y tribunales nacionales.

De hecho, si todos los individuos tuviesen el derecho a recurrir directamente a la Corte Interamericana contra un fallo de un tribunal de última instancia latinoamericano, la Corte de San José estaría paralizada y los procesos quedarían inertes por muchos años, sin cualquier sentencia sobre las cuestiones de fondo.

A pesar de eso, parece existir, *de lege ferenda*, una convicción general de que el sistema interamericano debe evolucionar en el sentido de que los seres humanos puedan, progresivamente, defender sus propios derechos ante la Corte Interamericana. Tal evolución no solo es importante para la mejoría de la defensa de los derechos concretos ante la Corte (nadie tiene más interés en defender un derecho concreto que su propio titular), sino también para desarrollar la *ciudadanía interamericana*, es decir, para que los ciudadanos americanos (o latinoamericanos, en gran mayoría) puedan ser conscientes de sus derechos humanos y contar con mecanismos regionales para sus defensas, ejerciendo, así, facultades y poderes típicos de la ciudadanía.

En un momento posterior de la evolución del sistema interamericano, podemos esperar que no solo los individuos directamente afectados tengan el derecho a recurrir a la Corte, sino también cualquier persona que quiera defender un derecho ajeno, como ya ocurre, en muchos países, en los procesos de *habeas corpus*. Ciertamente, si consideramos que existe un interés universal de que los derechos humanos de todos los seres humanos sean igualmente respetados, sería bastante justo que toda persona pueda defender el derecho de la otra, aunque sea de forma subsidiaria. Ese tipo de acción judicial, que podríamos llamar de *acción popular universal de los derechos humanos*, quizá pueda ser positivada en los futuros años del presente siglo XXI; no obstante, en la fase histórica actual del sistema interamericano, no encontramos indicio alguno que nos permita ser optimista en cuanto a ese asunto.

Para que ocurra la evolución en favor de la participación individual —o universal— en el sistema interamericano de derechos humanos (especialmente ante la

Corte Interamericana, pues que los individuos ya pueden presentar denuncias a la Comisión Interamericana), hace falta no solo una reforma de la CADH, sino también una expansión estructural de la propia Corte Interamericana, conforme ya señalamos. A pesar de eso, algunas reformas en el reglamento de la Corte fueron y están siendo implementadas a fin de que, sin contrariar la norma expresa del artículo 61.1 de la CADH, los individuos puedan, *progresivamente*, participar más de los procesos ante la Corte de San José.

Desde el año 2004 (cuando pasó a valer el quinto reglamento histórico de la Corte Interamericana, aprobado en 4 de diciembre de 2003⁷²⁴), ya podemos observar algunas transformaciones que caminan en el sentido del acceso directo de los individuos a la jurisdicción interamericana de derechos humanos.

Con la reforma reglamentaria de 2003, los individuos pasaron a contar con una participación más efectiva ante la Corte en la solicitud y supervisión de las medidas provisionales. En efecto, el artículo 25 del reglamento fue modificado a fin de permitir que en «*los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados*» puedan «*presentar directamente a esta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos*» (art. 25.3) y que los «*beneficiarios de medidas provisionales o medidas urgentes del Presidente*» también puedan «*presentar directamente a la Corte sus observaciones al informe del Estado*» (art. 25.6).

Está claro en el reglamento aprobado en 2003 que el acceso del individuo a la Corte Interamericana, para los fines de solicitud o supervisión de medidas provisionales, depende de que los «*casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte*». Así, no está el reglamento en conflicto con el artículo 61.1 de la CADH, el cual advierte que solo «*los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte*». El raciocinio asumido en la reforma fue el siguiente: cuando la Comisión Interamericana (o el Estado, muy hipotéticamente) presenta un caso ante la Corte, esta ya pasa a ser competente absolutamente para decidir sobre ello; por lo tanto, el

⁷²⁴ El texto integral del anterior reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reformado en 4 de diciembre de 2003 y vigente en 2004, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2003.pdf>>. Fecha de acceso: 3.2.2014.

individuo ya estaría apto para participar del proceso decisorio, como parte interesada, aunque no sea el autor de la demanda.

También debido a la reforma reglamentaria de finales del 2003, las víctimas también pasan a, de forma más visible, asumir un *locus standi* procesal y detener poderes de instrucción en el proceso. De acuerdo con el art. 36 del mencionado reglamento, «*la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados*» deberán ser *notificados* sobre la demanda y «*dispondrán de un plazo improrrogable de 2 meses para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas*». De esta manera, fácticamente, los individuos interesados directamente en el caso ya pueden ejercer la facultad de producir y presentar pruebas y argumentos ante los jueces de la Corte Interamericana, lo que ya es —o casi es— medio camino en dirección al acceso directo de la víctima a la Corte.

Las modificaciones introducidas por la reforma reglamentaria de 2003 quedaron reproducidas y consolidadas en el reglamento reformado de noviembre de 2009, que está vigente hasta la actualidad.⁷²⁵ De acuerdo con el artículo 25 de ese reglamento, después «*de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso*». Otrosí, con arreglo al artículo 27.3, en «*los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a esta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso*».

La reforma reglamentaria de 2009 también creó una figura nueva en el sistema interamericano de derechos humanos: el Defensor Interamericano. De conformidad con el artículo 37 del nuevo reglamento, en «*casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso*». Como parece claro, la designación de un defensor interamericano no debe ocurrir ordinariamente, en

⁷²⁵ El texto integral del reglamento vigente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (reformado en noviembre de 2009) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf>. Fecha de acceso: 3.2.2014.

todos los asuntos presentados a la Corte Interamericana, sino excepcionalmente, cuando la víctima o sus familiares no estuvieren adecuadamente representados durante la tramitación del caso.

A nuestro juicio, la creación de la figura del «defensor interamericano» demuestra la importancia que la víctima concreta —el individuo— asumió en el sistema interamericano de derechos humanos. Hoy, no solamente puede el individuo participar más activamente de los procedimientos de la Corte, sino que también se considera indispensable tal participación, de tal manera que, cuando esta no ocurra, debe ser designado, suplementariamente, un defensor interamericano que deberá representar los intereses de la víctima en el juicio. Con eso, el sistema interamericano pasa a admitir que, además de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —o de los Estados— en favor de las víctimas, llevando el asunto al conocimiento de la Corte de San José, también debe el individuo estar efectivamente representado en la tramitación de su caso, considerando su real y legítimo interés en la solución adecuada de la controversia judicial.

En suma, como bien ha apuntado el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y actual juez de la Corte Internacional de Justicia) Antônio Augusto Cançado Trindade, la posición real de la víctima en los procedimientos contenciosos de la Corte es la de parte activa, de autor (no meramente de interviniente); su *locus standi* deriva directamente de su titularidad del derecho humano violado o involucrado.

Así, en resumen, creemos que el reconocimiento de la posición procesal activa del individuo no solo garantiza la afirmación de que el ser humano y solamente el ser humano es el titular de los derechos humanos, sino también fortalece la jurisdiccionalización del mecanismo contencioso interamericano y, por ende, es un desarrollo importante, necesario e inevitable del sistema interamericano de derechos humanos.⁷²⁶

⁷²⁶ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 49-59.

5.3.10 El ejercicio del control concreto y abstracto de convencionalidad (o conformidad) de las normas nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y por los tribunales nacionales)

Entre las múltiples funciones y actividades desempeñadas por la Corte de San José, se encuentra una que es fundamental para la integración hermenéutica y jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos y de los sistemas nacionales americanos; se trata de la función de controlar la compatibilidad —o conformidad— de las normas internas de los Estados americanos con el sistema normativo interamericano de derechos humanos, es decir, la función de declarar si tales o cuales normas nacionales son o no son compatibles con las normas de derechos humanos del orden interamericano (o incluso del sistema global que se integra al orden interamericano), o asimismo de expresar cómo esas normas domésticas deben ser interpretadas y aplicadas de modo que no ofenda los valores, principios y reglas de derechos humanos acogidos por el sistema interamericano. Tenemos aquí una de las acepciones admitidas para la expresión «control de convencionalidad».

La locución «control de convencionalidad» alberga, en principio, dos significados distintos: (i) el control de compatibilidad del derecho interno con el derecho internacional, realizado por los órganos internacionales; y (ii) el control realizado por los jueces y tribunales nacionales, por medio del cual se impide la aplicación de normas internas contrarias a las normas internacionales —«convencionales»—. Esa doble acepción está así enunciada por Manuel E. Ventura Robles:

El Control de Convencionalidad consiste en el ejercicio o mecanismo de comparación entre el derecho interno y el derecho supranacional por los tribunales nacionales, o bien por la Corte Interamericana en el caso concreto a que nos vamos a referir, con el propósito de darle el «effect utile» o efecto útil a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los casos concretos.⁷²⁷

En el sentido expresado por Ventura Robles, tenemos el control de convencionalidad —realizado o por la Corte Interamericana o por los jueces y tribunales

⁷²⁷ Cfr. Manuel E. Ventura Robles: «Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», tomo II, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, p. 387.

nacionales— concreto, o sea, el control realizado a fin de verificar la compatibilidad, en el caso concreto, de la norma interna aplicada con la norma convencional. Sin embargo, paralelamente a ese control concreto de convencionalidad, podemos concebir también el control abstracto de convencionalidad, o sea, el control de la conformidad de la norma interna abstractamente considerada con el derecho supranacional —de los derechos humanos, aquí especialmente—.

Si consideramos la posibilidad del control abstracto de convencionalidad, concluiremos, pues, que existen cuatro nociones o especies posibles para la expresión «control de convencionalidad» en el ámbito de la integración normativa, jurisprudencial e institucional del sistema interamericano de derechos humanos; son las siguientes: (i) el control abstracto de convencionalidad de las normas nacionales realizado por la Corte Interamericana; (ii) el control concreto de convencionalidad de las normas nacionales aplicadas en los casos examinados por la Corte Interamericana; (iii) el control abstracto de convencionalidad de las normas internas realizado por los jueces y tribunales nacionales; (iv) el control concreto de convencionalidad de las normas internas en el momento de su aplicación por los jueces y tribunales nacionales.

El control concreto de convencionalidad realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es incuestionable, ya que no podría la Corte examinar si hubo o no violaciones concretas de los derechos humanos en los casos decididos sin considerar si son válidas las normas internas que fueron aplicadas para la legitimación de las supuestas violaciones de derechos. Por otra parte, es posible cuestionar si puede la Corte Interamericana examinar, abstractamente, la validez de las normas internas de los Estados, o sea, si es competente la Corte de San José para realizar el control abstracto de convencionalidad.

En principio, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, esclarecida en la Opinión Consultiva 14/1994⁷²⁸, permite la conclusión de que no sería su función realizar el control abstracto de «convencionalidad» (o «conformidad», como puede preferir la

⁷²⁸ El texto integral de la Opinión Consultiva n14/1994 de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf>. Fecha de acceso: 9.11.2013.

doctrina jurídica europea) de las leyes nacionales que no tienen aplicación inmediata.⁷²⁹ Tal función, que podría transformar la Corte Interamericana en un tribunal casi constitucional, fue rechazada debido principalmente a que, a su entender, la mera existencia de una ley nacional que contraría abstractamente una norma convencional de derechos humanos no sería, *per se*, una violación —concreta— de derechos humanos, y solamente las violaciones concretas podrían ser condenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Opinión Consultiva 14/1994 de la Corte fue provocada por una solicitud de la Comisión Interamericana, que señala la probable incompatibilidad entre el artículo 4º de la CADH y el artículo 140 de la nueva Constitución de Perú, que ampliaba las hipótesis legales para la aplicación de la pena de muerte. Se trató allí, por lo tanto, de un caso paradigmático, en que se anteponía la CADH contra la Constitución política de un Estado miembro de la OEA, lo que podría engendrar una situación de conflicto institucional (incluyendo no solo al gobierno peruano sino también a la corte constitucional peruana). Esa delicada situación fue puesta de manifiesto por los representantes de Perú ante la Corte Interamericana, cuando afirmaron que «(a)dmittir la solicitud de opinión consultiva en esas condiciones sería sentar un desafortunado precedente en la medida que se propiciaría una injerencia desproporcionada de un órgano que forma parte del sistema de la Organización de los Estados Americanos en los mecanismos legislativos internos de los Estados miembros»⁷³⁰.

Por otra parte, según fue señalado por el gobierno de Perú, la mera existencia de una norma constitucional permitiendo la pena capital (norma esta que, en el caso concreto, todavía no desencadenaría efectos concretos, considerando que aún estaría pendiente del resultado del referéndum constitucional) no produciría efectos inmediatos, ya que tal norma de la Constitución peruana no podría ser aplicada sin la producción de reglas infraconstitucionales (de derecho y proceso penal).⁷³¹

El Estado de Brasil, que participó de la audiencia pública en el caso de la Opinión Consultiva 14/1994, también se posicionó contra la solicitud de la Comisión

⁷²⁹ Cfr. Calogero Pizzolo: ob. cit., pp. 253-254.

⁷³⁰ Cfr. Opinión Consultiva 14/1994 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 5.

⁷³¹ Cfr. idem, ibidem, párrafo 12, pp. 6-7.

Interamericana, considerando, entre otras cosas, que la cuestión jurídica examinada dependería de la solución que el sistema jurídico interno de cada Estado ofertaría para el tema de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, solución esta que no podría sufrir la interferencia de la Comisión o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷³²

Después de la fase de instrucción, que contó —como decimos— con la realización de una audiencia pública, la Corte Interamericana consideró admisible la solicitud de la Comisión, ya que esta se encontraba procedimentalmente regular y se basaba también en el artículo 64.1 (no solo en el artículo 64.2) de la Convención.⁷³³ En la cuestión de fondo de la consulta, la Corte trató la Constitución peruana como una ley en sentido material (no formal) y aseveró que el objeto de la opinión consultiva debe referirse *«únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado»*.⁷³⁴

Para resolver la cuestión de fondo de la consulta solicitada por la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana separó las hipótesis de las leyes —en sentido material— de aplicación inmediata y las que no tienen aplicación inmediata y declaró lo siguiente:

En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos.⁷³⁵

Cuando la ley interna es una ley de aplicación inmediata, la Corte entiende que *«la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición»*.⁷³⁶ En este caso, la Corte Interamericana podría incluso adoptar medidas provisionales, apoyada en la CADH y en su reglamento.⁷³⁷ Otrosí, en esos casos

⁷³² Cfr. idem, ibidem, párrafo 14, pp. 7-8.

⁷³³ Cfr. idem, ibidem, párrafos 16 a 22, pp. 8-10.

⁷³⁴ Cfr. idem, ibidem, párrafos 31 y 34, pp. 11-2.

⁷³⁵ Cfr. idem, ibidem, párrafo 42, p. 13.

⁷³⁶ Cfr. idem, ibidem, párrafo 43, p. 14.

⁷³⁷ Cfr. idem, ibidem, párrafo 44, p. 14.

en que la ley, *per se*, es violadora de derechos humanos subjetivos, la Corte Interamericana concluye así:

La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.⁷³⁸

Considerando tales fundamentos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al final de la Opinión Consultiva 14/1994, decidió⁷³⁹:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

Como se puede percibir, aunque la Corte haya, en la Opinión Consultiva 14/1994, admitido la solicitud de la Comisión Interamericana y declarado que «*la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta*», la Corte no rechazó expresamente la norma constitucional —o proyecto de norma constitucional— de Perú.

Ciertamente, la Corte Interamericana no recibió la solicitud de la Comisión como un pedido fundado en el artículo 64.2 de la CADH (que trata del análisis de la compatibilidad de las leyes internas de los Estados con las normas de la convención), sino como un pedido apoyado en el artículo 64.1 (que trata de la consulta a la Corte sobre la correcta interpretación de la CADH). Con eso, la Corte se negó a expresar cualquier juicio de valor sobre la norma interna peruana, lo que significó, concretamente, que tal norma constitucional no fue declarada «anticonvencional» por la Corte, aunque se haya reservado el poder de declarar la incompatibilidad entre la norma constitucional y la CADH, en casos

⁷³⁸ Cfr. *idem*, *ibidem*, párrafo 50, p. 15.

⁷³⁹ Cfr. *idem*, *ibidem*, pp. 16-17.

futuros que se presenten a la Corte con víctimas concretas.

A pesar del mencionado juicio de la Corte de San José, el cual quedó bastante claro en la Opinión Consultiva 14/1994, se puede observar asimismo de sus precedentes jurisprudenciales que, cuando examina la Corte Interamericana las violaciones concretas, igualmente termina por examinar —directa o indirectamente— la «convencionalidad» de la norma nacional aplicada al caso concreto, o sea, su compatibilidad con el parámetro normativo interamericano e internacional. Lo hace la Corte porque es menester que lo haga; no sería posible rechazar las «violaciones concretas» sin rechazar también las leyes del Estado que confieren un soporte a las violaciones.

Por lo tanto, para nosotros, la convicción de que la Corte Interamericana no podría realizar el control de convencionalidad de las normas abstractas nacionales no pasa de un preciosismo que, a lo mejor, sólo se justificaría no por razones jurídicas, sino por razones políticas (no sería políticamente conveniente para la Corte Interamericana asumir una posición de conflicto con las cortes constitucionales latinoamericanas, principalmente en el actual momento histórico por el que pasa el sistema interamericano de derechos humanos).

Considerando (i) que la función preventiva asume una gran importancia hoy en cualquier sistema de protección de los derechos humanos, (ii) que leyes «anticonvencionales» generan una enorme posibilidad de violaciones concretas de los derechos humanos, y (iii) que la Corte Interamericana ejerce legítimamente la función de intérprete oficial de los derechos humanos en el continente americano, no tenemos otra opción que concluir que la función de controlar, incluso abstractamente, la convencionalidad de las leyes nacionales latinoamericanas es una consecuencia lógica de la existencia del sistema interamericano y de las decisiones nacionales que aceptaron la jurisdicción obligatoria de la Corte.⁷⁴⁰

⁷⁴⁰ En un sentido similar, véase el voto disidente del expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade en el caso *El Amparo*, sentencia de 14 de septiembre de 1996, párrafos 2 y 3, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_28_esp.pdf>. Fecha de acceso: 12.11.2013. En el mencionado voto disidente, el juez Cançado Trindade consignó que «la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana»; que una «ley puede ciertamente violar estos

Además de eso, la función especial de control, que se podría denominar con la expresión «control de convencionalidad», además de ser una consecuencia lógica del propio sistema interamericano y de la posición de garante que la Corte Interamericana ejerce en tal sistema, también tiene su fuente en el artículo 64.2 del Pacto de San José, que así dispone:

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Conforme se puede observar, la CADH es clara al enunciar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «a solicitud de un Estado Miembro de la Organización», puede «darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales». En ese caso, la Corte ejercería un control directo de la «convencionalidad» de la legislación del Estado solicitante. Eso no impide, por otro lado, que el control indirecto no pueda realizarse en otros casos, cuando esté justificada la jurisdicción de la Corte.

Algo parecido a lo que ocurre en el sistema interamericano pasa también en Europa. Aunque el TEDH no pueda hacer controlar, de forma directa, la compatibilidad de las legislaciones internas de los Estados europeos con el CEDH y las demás normas del programa normativo europeo de derechos humanos, el TEDH ejerce, en los casos concretos, ese control de compatibilidad. Según Sergio Salinas Alcega, el TEDH puede incluso (independientemente de la adhesión formal de la Unión Europea al CEDH y al TEDH) controlar, indirectamente, las normas comunitarias europeas, al declarar que normas o actos internos de los Estados que se firman en las normas europeas violan el orden europeo de derechos humanos.⁷⁴¹

Pese a tales razones (propias del sistema interamericano y también inspiradas en el modelo comparado europeo), la Corte Interamericana de Derechos

derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley»; y que una «ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana)».

⁷⁴¹ Cfr. Sergio Salinas Alcega: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, Editorial Iustel, 2009, pp. 109-110.

Humanos, así como la doctrina internacional de los derechos humanos⁷⁴², cuando emplea la expresión «control de convencionalidad», lo hace a fin de significar que también los tribunales y jueces nacionales deben interpretar y aplicar la CADH y rechazar los actos normativos y administrativos que violen la convención. Tal expresión fue apodada, con ese sentido, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁷⁴³; veamos el párrafo 124 de la 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.

Ese control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales, indudablemente, no anula la función de control de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo lo contrario: al realizar el control de convencionalidad, deben los jueces nacionales, *en principio*, reconocer las normas jurídicas del sistema interamericano tal como esas fueron y son desarrolladas por la Corte Interamericana, considerando que esta es, como hemos visto, el intérprete oficial del conjunto normativo interamericano de derechos humanos.

En su resolución del 20 de marzo de 2013, correspondiente a la supervisión del cumplimiento de su sentencia el caso *Gelman v. Uruguay*⁷⁴⁴, la Corte expresó que el control de convencionalidad realizado *ex officio* por los jueces y tribunales nacionales

⁷⁴² Cfr. Norberto E. Garay Boza: «Gobernar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión estructural de la pirámide kelseniana», en *Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 5, 2012, pp. 130-137.

⁷⁴³ El texto integral de la sentencia de 26 de septiembre de 2006, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Fecha de acceso: 8.11.2013.

⁷⁴⁴ El texto de la resolución de la Corte Interamericana, en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Fecha de acceso: 7. 10. 2014.

debe estar basado en las conclusiones del control ejercido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veamos un fragmento de la mencionada resolución:⁷⁴⁵

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del «control de convencionalidad», concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico⁴⁶. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En la misma resolución respecto al cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, la Corte Interamericana señaló que el control de convencionalidad realizado por los jueces y tribunales locales presenta una «íntima relación» con el principio de complementariedad, según el cual el sistema interamericano —o el sistema internacional— de derechos humanos solo debe ser accionado cuando los órganos del Estado no fueron capaces de garantizar, efectivamente, los derechos humanos de las personas, de conformidad con la jurisprudencia supranacional de los derechos humanos. Veamos la consideración de la Corte:⁷⁴⁶

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el «principio de complementariedad», en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la

⁷⁴⁵ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 20 de marzo de 2013, correspondiente a la supervisión del cumplimiento de su sentencia el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafos 65 y 66.

⁷⁴⁶ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 20 de marzo de 2013, correspondiente a la supervisión del cumplimiento de su sentencia el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafos 70 y 72.

Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado «de subsidiariedad») informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, «coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». De tal manera, el Estado «es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos».

(...)

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.

Finalmente, debemos observar que el «control de convencionalidad abstracto» realizado por la Corte Interamericana también cuenta con el apoyo de su reglamento, el cual, en su artículo 72, permite que la Corte, ejerciendo su competencia consultiva, pueda decidir, abstractamente, sobre la compatibilidad de leyes nacionales con el parámetro normativo interamericano de los derechos humanos. Así está escrito en el reglamento:

Artículo 72. Interpretación de leyes internas

1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar:

a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta;

b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;

c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante.

2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se

refiera la consulta.

De acuerdo con el fragmento que retiramos del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando debidamente provocada por un Estado parte de la CADH o por la Comisión, la Corte debe «opinar» —o más bien posicionarse— sobre la «*interpretación de leyes internas*», pudiendo declarar que la ley nacional no es compatible con el sistema normativo interamericano de derechos humanos o también declarar que la ley nacional debe ser declarada de una forma específica a fin de que no esté en conflicto con las normas interamericanas. En ese último caso, la Corte Interamericana limita el espacio de interpretación y aplicación de la norma interna, estableciendo una «interpretación conforme» a la Convención o a las normas interamericanas de derechos humanos.

5.3.11 El parámetro normativo para la actividad jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme ya hemos observado anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la función primordial de decidir sobre la interpretación más adecuada del programa normativo del sistema interamericano de derechos humanos. Nos parece evidente también que, a fin de satisfacer tal misión, la Corte no puede limitarse a examinar los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador.

De hecho, con base al artículo 64 del Pacto de San José, esa función hermenéutica de la Corte no se limita a la interpretación del propio Pacto; ella alcanza incluso otros tratados internacionales que tengan relación a la protección de los Estados americanos.⁷⁴⁷ Además de eso, considerando que las normas de derechos humanos no pueden ser interpretadas y aplicadas de manera segmentada, compartimentada (debido a la indivisibilidad, interdependencia e interpenetración de los derechos humanos), nos parece

⁷⁴⁷ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, ob. cit., p. 39.

que la Corte Interamericana debe ser competente para interpretar y aplicar todas las normas internacionales de derechos humanos que sean pertinentes al caso que examina, no siendo lógico y razonable exigir a la Corte que aplique la Convención Interamericana y su Protocolo aisladamente.

Sin embargo, esa cuestión del parámetro normativo del «control de convencionalidad» (o mejor, tal vez, del control de conformidad con las normas de derechos humanos) no está y no estuvo siempre fuera de cualquier ámbito de controversia. De hecho, la primera consulta formal a la Corte Interamericana (o sea, el primer caso del ejercicio de su competencia consultiva) tuvo como objeto precisamente la definición de qué conjunto de tratados internacionales de derechos humanos podría ser interpretado por la Corte en su competencia consultiva establecida en el artículo 64 del Pacto de San José. La consulta fue formalizada por el gobierno peruano y está así resumida en la Opinión Consultiva 1/82⁷⁴⁸:

¿Cómo debe ser interpretada la frase: «o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos»?

(...)

Esa frase se refiere y comprende:

a) ¿Solamente los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano?; o,

b) ¿Los tratados concluidos únicamente entre Estados Americanos, o sea que la referencia está limitada a los tratados en que son partes exclusivamente Estados Americanos?; o,

c) ¿Todos los tratados en los que uno o más Estados Americanos sean partes?

Tratando de resolver la cuestión que se presentaba, la Corte Interamericana, en su primera opinión consultiva, trató de poner de relieve que la regla (art. 64) de la Convención Americana, que le ofrece amplia función interpretativa, es más generosa que otras reglas similares, por ejemplo, de los marcos legales de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero, según la Corte Interamericana, eso no significa que no existan límites al ámbito de ejercicio de su función consultiva. De acuerdo con su Opinión Consultiva 1/82, esos límites serían de dos tipos:

⁷⁴⁸ El texto de la Opinión Consultiva 1/82 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf>. Fecha de acceso: 26.5.2013.

ratione materiae y ratione personae.

Con relación a la materia, la Corte solo puede firmar la mejor interpretación de normas que sean propiamente de (reconocimiento, protección, garantía, implementación de) derechos humanos. Con relación a las «personas», solamente las cuestiones de derechos humanos que importen directamente a los Estados americanos pueden ser abordadas por la Corte Interamericana. No obstante, tales límites no se deben traducir en «*la limitación de su función interpretativa a instrumentos internacionales concebidos dentro del sistema interamericano, pues es frecuente que los distintos órganos del mismo apliquen tratados que desbordan el ámbito regional*». ⁷⁴⁹

En el párrafo 37 de la Opinión Consultiva 1/82, la Corte sintetiza la opción hermenéutica del artículo 64 del Pacto de San José que le parece más oportuna;

La interpretación textual del artículo 64 de la Convención no conduce a deducir que se propósito restrictivo esté presente en dicho tratado. En los párrafos 14 a 17 se ha destacado la amplitud con que ha sido concebida la competencia consultiva de la Corte. Dentro de ese contexto, el sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a ciertos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó de ninguna manera.

La conclusión de la Corte Interamericana en la mencionada opinión consultiva (la cual, por supuesto, por una cuestión lógica, se aplica no solo a su función consultiva sino también a su función contenciosa) por un lado, favorece la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos (conforme ya expusimos) y, por otro, permite un doble entrecruzamiento vertical de las normas de derechos humanos.

Ciertamente, las normas globales de derechos humanos deben ser interaccionar con las normas específicas del sistema interamericano. Simultáneamente, las normas interamericanas deben también integrarse con las normas domésticas —y constitucionales— de los Estados americanos; haciéndolo, las normas del sistema

⁷⁴⁹ Cfr. párrafo 20 de la OC 1/82.

interamericano, al fin y al cabo, funcionan asimismo como un canal de comunicación entre las normas globales de derechos humanos (y de los consensos globales) y las normas nacionales (y los consensos nacionales respecto a los derechos humanos).

El alcance más largo del parámetro normativo de control de convencionalidad también está apoyado en el artículo 71 del reglamento de la Corte Interamericana, que pasamos a transcribir:

Artículo 71. Interpretación de otros tratados

1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.

2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Conforme quedó claro en su reglamento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su competencia consultiva, no está limitada a la interpretación del Pacto de San José y del Protocolo de San Salvador. También puede la Corte Interamericana opinar sobre la correcta interpretación de otros tratados internacionales de derechos humanos.

Por supuesto, esto no convierte a la Corte en el intérprete universal de los derechos humanos, sino en el órgano que está dotado del poder de decidir sobre la mejor interpretación del parámetro normativo interamericano de los derechos humanos (es decir, el conjunto de textos normativos de derechos humanos que se aplica al sistema interamericano), considerando siempre la necesidad de interpretar el parámetro interamericano de forma integrada al parámetro normativo mundial de los derechos humanos (es decir, de los tratados internacionales globales de los derechos humanos y demás normas de derechos humanos de la costumbre internacional).

Finalmente, observamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha aplicado, junto con la CADH y las demás normas interamericanas de derechos humanos, las normas del *ius cogens* internacional, las cuales también componen el parámetro de control normativo realizado por la Corte tanto en su competencia

contenciosa como en su competencia consultiva.

5.4 Los nuevos desafíos para la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos

Pasadas algunas de décadas del funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, observamos algunos avances en la consolidación y el respeto de las normas de derechos humanos en América Latina. La Corte de San José, por ejemplo, en treinta y cinco años de trabajo institucional, pese a sus conocidas dificultades estructurales y presupuestarias, fue capaz de emitir más de veinte opiniones consultivas y alrededor de doscientas sentencias de fondo y excepciones preliminares sobre temas que son importantísimos para los pueblos latinoamericanos y para la consolidación de la democracia en esa región.

A pesar de la clara evolución que hubo, al sistema interamericano de derechos humanos todavía le quedan muchos desafíos. Quizá su primer desafío sea expandir el sistema para los Estados angloparlantes. Como ya hemos destacado en esta tesis doctoral, la Corte y la Comisión bien podrían ser conocidas como «Comisión Latinoamericana de Derechos Humanos» y «Corte Latinoamericana de Derechos Humanos», considerando que los Estados Unidos, el Canadá y muchísimos Estados del Caribe todavía no han ratificado la CADH y no se someten a la autoridad de la Corte de San José.

Incluso la Comisión Interamericana, que teóricamente puede aplicar la Declaración Americana de Derechos Humanos a esos Estados, encuentra dificultades en esa tarea, justamente por la ausencia del compromiso regional de los Estados angloparlantes (quizá con la sola excepción de Jamaica) en el tema de los derechos humanos.⁷⁵⁰

⁷⁵⁰ Cfr. Felipe González Morales: «Las reformas recientes al sistema interamericano de derechos humanos», en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2013, pp. 483-484.

La indiferencia de tales Estados hacia el sistema interamericano demuestra una perspectiva equivocada del tema de los derechos humanos, como si las normas de derechos humanos solo valiesen para «fuera», para Estados como Iraq, Afganistán y Cuba. Dentro del territorio nacional, parece estar presente la idea de que los derechos humanos son solo los derechos civiles y políticos (los «*civil rights*»), propios de los ciudadanos y de aquellos que logran integrarse socioeconómicamente a la sociedad hegemónica que se ha construido allí.

Además de que sea necesaria la ratificación, por los Estados americanos angloparlantes, del Pacto de San José y sus protocolos/convenciones adicionales, también hace falta que los mismos Estados se sometan a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana. De hecho, sin esa adhesión «facultativa» a la jurisdicción obligatoria de la Corte, el sistema interamericano no alcanza la isonomía y universalidad que se espera de un sistema de derechos humanos.

Preferentemente, sería una importante evolución en el sentido de la institucionalización del sistema interamericano de derechos humanos si fuese aprobado un proyecto de protocolo a la CADH estableciendo que la jurisdicción de la Corte en materia contenciosa sea automáticamente obligatoria en el momento de la ratificación de la propia convención, conforme ha defendido el expresidente de la Corte Interamericana Antônio Augusto Cançado Trindade.⁷⁵¹

También es un punto de crítica del sistema interamericano la selectividad de la supervisión de los países. Considerando la parca estructura de que gozan la Comisión y la Corte Interamericana (la cual criticaremos a continuación), la selección de los problemas que serán tratados por la Comisión (y, por consiguiente, por la Corte Interamericana, ya que el ciudadano no tiene acceso directo a la Corte) pasaba por criterios poco claros, lo que justificó reclamaciones de muchos Estados que estaban en la mira de la Comisión y de la Corte.⁷⁵²

A fin de enfrentar tal problema de selectividad, la propia Comisión Interamericana decidió implementar reformas en su funcionamiento y en sus actividades

⁷⁵¹ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 19.

⁷⁵² Cfr. Felipe González Morales: ob. cit., pp. 475-476.

de supervisión. Una de las más importantes fue la reforma reglamentaria de marzo de 2013.

En la mencionada reforma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en una actividad de *self-restraint*, decidió que pasaría a adoptar algunos criterios para la supervisión de los Estados y la definición de los casos que merecen una investigación prioritaria. Considerando el actual *status* de los Estados latinoamericanos en el ámbito de los derechos humanos, la Comisión Interamericana estableció —*grosso modo*— que merecerían ser destacados los casos en que hay grave violación de los elementos fundamentales de la democracia y del Estado de Derecho (como, por ejemplo, los casos de violencia contra la independencia del Poder Judicial o los casos de golpe de Estado), o en que son suspendidos ilegítimamente derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y en la Declaración Americana de Derechos Humanos, o también los casos en que se verifican violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos.

La reforma reglamentaria de 2013 de la Comisión Interamericana, aunque deba ser bien recibida, no parece resolver el problema de la selectividad del sistema interamericano de derechos humanos. Y pese a la existencia de las relatorías especiales para algunos grupos de derechos humanos, nos parece que aun así hace falta avanzar en este tema y dotar a los órganos del sistema interamericano de los instrumentos —jurídicos y materiales— necesarios para que la totalidad de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interamericano puedan ser monitoreados de forma periódica y consistente, tal como se espera que haga el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con su sistema de revisión periódica universal. Pero, por supuesto, considerando la estructura física, humana y presupuestaria de que gozan hoy la Comisión y la Corte Interamericana, tal proyecto se pone más como una intención futura que como una meta real a corto o medio plazo.

De hecho, uno de los problemas más evidentes del sistema interamericano es la dotación de un presupuesto adecuado para que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos puedan, de modo eficiente, trabajar en las temáticas de los

conflictos latinoamericanos sobre los derechos humanos.⁷⁵³ Como bien ha concluido el jurista chileno y expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Felipe González Morales, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos sufren de una «*crónica falta de recursos*», lo que compromete la consecución de todos los fines del sistema interamericano.

De hecho, ningún efecto práctico se puede obtener por medio de reformas en el sistema interamericano si el financiamiento del sistema tampoco es reformado. En este sentido, Felipe González Morales es taxativo al afirmar que «(a)unque las reformas adoptadas (en el sistema interamericano) implican una serie de avances, ellas difícilmente acarrearán un salto cualitativo en el funcionamiento del sistema interamericano de Derechos Humanos si no van acompañadas de una provisión de recursos adecuados para que la Comisión y la Corte desarrollen sus tareas».⁷⁵⁴

A nuestro juicio, la ausencia de inversiones financieras serias y adecuadas en favor del sistema interamericano de derechos humanos revela un hecho lamentable: los Estados americanos, en este inicio de siglo XXI, todavía no son conscientes de la importancia de desarrollar un sistema de defensa de los derechos humanos y tal vez estén más preocupados en transmitir un imagen internacional de respeto a los derechos humanos de que, efectivamente, tratar de identificar sus problemas en la implementación de las

⁷⁵³ El presupuesto anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2012, fue de US\$ 3 638 143.13. Casi la mitad de ese valor (41.61%) tiene su origen en dotaciones (donaciones) de organismos diversos. Considerando la importancia social, jurídica y política de la Corte de San José, creemos que se trata de un valor ínfimo, si comparamos tal presupuesto con los de los tribunales superiores latinoamericanos (por ejemplo, la propuesta presupuestaria del Supremo Tribunal Federal de Brasil, para el año 2014, supera los US\$ 200 000 000.00). Así se manifestó la propia Corte Interamericana sobre su presupuesto, en el informe anual de 2012: «El total de ingresos recibidos por la Corte para su funcionamiento durante el ejercicio contable de 2012 fue de US\$ 3,638,143.13. Estos ingresos provienen de recursos ordinarios y extraordinarios. Los recursos ordinarios provenientes del presupuesto la OEA para el año 2012 fueron de US\$ 2,161,000. Sin embargo, el 19 de octubre de 2012 se recibió un comunicado de la Secretaría General informando sobre la reducción del 1.7% correspondiente a US\$36,767.00, quedando así en US\$ 2,124,233.00. Este monto proveniente de la OEA representa solo el 58.39% de los ingresos de la Corte en el año. El resto de fondos de US\$ 1,513,910,13 corresponden a fondos extraordinarios provenientes de la cooperación internacional, aportes voluntarios de Estados y otras instituciones diversas. La Corte tiene que conseguir estos fondos para solventar su funcionamiento regular. Las contribuciones voluntarias y la cooperación internacional cubren el 41.61% de las actividades de la Corte. De no existir estas contribuciones voluntarias, la Corte Interamericana tendría que reducir drásticamente sus actividades jurisdiccionales, dejando sin eficacia la protección de los derechos humanos en las Américas. Es preocupante que los gastos ordinarios de la Corte sean cada año cubiertos en gran porcentaje por las contribuciones voluntarias y no con los recursos ordinarios de la OEA». Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 2012*, p. 93, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf>. Fecha de acceso: 30.1.2014.

⁷⁵⁴ Cfr. Felipe González Morales: ob. cit., pp. 488-490.

normas internacionales e interamericanas de derechos humanos y solucionar tales problemas.

De un modo u otro, considerando la ausencia de compromiso efectivo — desde la perspectiva presupuestaria— de los Estados americanos en favor de su sistema de derechos humanos, lo que parece quedar por hacer a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es avanzar en la integración institucional con las cortes constitucionales, los demás tribunales latinoamericanos y las instituciones públicas y privadas que luchan por los derechos humanos (especialmente las INDH), a fin de que tales instituciones puedan auxiliar a la Corte y a la Comisión en su funcionamiento y en el alcance de sus objetivos.

Otro importante desafío está en el tema del cumplimiento de las decisiones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Aunque los Estados latinoamericanos (apoyados por la doctrina jurídica y los tribunales locales) hayan avanzado en este tema, como veremos en un capítulo posterior, todavía se presentan obstáculos injustos para la implementación de esos actos decisorios y recomendatorios.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, los incumplimientos de las decisiones de la Corte Interamericana significan una nueva violación del Pacto de San José. Como forma de monitorear y atacar tales violaciones, el expresidente de la Corte Interamericana sugiere, desde 1999, la creación de una comisión permanente propia, compuesta por representantes de los Estados partes de la convención, que debe estar encargada de la tarea de fiscalizar el cumplimiento adecuado de esas decisiones en los ámbitos internos.⁷⁵⁵ Tal sugerencia cuenta con el apoyo de otros jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el juez costarricense de la Corte, Manuel E. Ventura Robles.⁷⁵⁶

⁷⁵⁵ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 30-31.

⁷⁵⁶ Cfr. Manuel E. Ventura Robles: «La necesidad de establecer en la Organización de los Estados Americanos un grupo de trabajo permanente dedicado a supervisar el cumplimiento, por parte de los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, de las sentencias y medidas provisionales que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos», 2005, disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31023.pdf>>. Fecha de acceso: 30.1.2014.

A nuestro juicio, el incremento del grado de implementación de las decisiones y recomendaciones de los órganos interamericanos también demanda una integración institucional más fuerte con las instituciones públicas y privadas latinoamericanas que están dedicadas a la protección y garantía de los derechos humanos.

6 LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

6.1 Integración normativa, integración política e integración social de los derechos humanos

El reconocimiento formal de los derechos humanos, *per se*, ya es una forma de integración (social, económica, política, jurídica y cultural) de los pueblos y las naciones. Conforme a lo que expusimos anteriormente, los derechos humanos tienen como fundamento material una idea común y universal de dignidad humana, la cual es una noción que se desarrolló en diversos contextos históricos y culturales.

El propio concepto de dignidad humana no es unívoco, pero tiene como base común la creencia universal de que todo ser humano está dotado del mismo valor y, por consecuencia, la creencia también universal de que todos los seres humanos deben tener los mismos derechos básicos. Siendo, entonces, su fundamento más profundo la percepción de que todo ser humano tiene algo en común, el avance histórico en favor de los derechos humanos demuestra a todas las personas del mundo que todos nosotros tenemos una misma esencia común y, por eso, podemos todos mutuamente entendernos, comunicarnos y respetarnos; o sea, podemos integrarnos, reconociendo nuestra semejanza y respetando nuestra diferencia.

La integración que describimos no es la falsa idea de integración que, por ejemplo, fue impuesta por los gobiernos romanos a los «pueblos bárbaros», o por los colonizadores europeos a los «pueblos indígenas». Aquella «integración», evidentemente, no fue una integración verdadera; todo lo contrario, fue una imposición de instituciones y componentes culturales por la fuerza; fue nada más que una violencia, una tentativa — muchas veces, «victoriosa»— de genocidio cultural. O sea, la integración no es lo mismo que la asimilación.

Muy diferente de la asimilación, la verdadera integración (que se despliega

desde la fórmula de reconocimiento de la semejanza y del respeto a la diferencia) presupone el respeto, la tolerancia, el cuidado y el amor⁷⁵⁷ hacia aquellos con quien se pretende integrar en un proceso de mutuo aprendizaje.

La verdadera integración, la integración plural que se promueve con la cultura de los derechos humanos, tiene un significado similar al cosmopolitismo propuesto por Ulrich Beck y Edgar Grande, siendo alcanzada por una superación de las diferencias paralela al reconocimiento de una base común de dignidad. Transcribimos la explicación de Beck y Grande sobre el significado de su *cosmopolitismo*, que podemos sin problema trasponer a la idea de integración compatible con la idea de dignidad humana y de respeto a los derechos humanos:

El *cosmopolitismo* se distingue de todas las formas arriba mencionadas en que convierte el *reconocimiento de la diferencia* en la máxima de pensamiento, convivencia y acción, tanto dentro como fuera. Las diferencias no son ni eliminadas ni ordenadas jerárquicamente, sino aceptadas como tales, valoradas positivamente. El cosmopolitismo afirma lo que las posiciones de la desigualdad jerárquica y de la igualdad universal excluyen: percibir a los otros como diferentes y como iguales. Mientras que el universalismo y el nacionalismo (pero también el particularismo premoderno, esencialista) se basan en el principio del «o esto o eso», el cosmopolitismo descansa en el principio del «no solo sino también». Lo extraño no se percibe ni se valora como una amenaza, como algo que desintegra o fragmenta, sino como algo que enriquece. Es la curiosidad hacia mí mismo y hacia lo otro lo que hace que los otros sean insustituibles para mí. Hay un egoísmo del interés cosmopolita. Quien integra en su propia vida el punto de vista de los otros, sabe más de sí mismo y de los otros⁷⁵⁸.

El cosmopolitismo de los derechos humanos, como bien ha señalado Boaventura de Souza Santos, debe ser respetuoso con la diferencia, debe coexistir con ella de modo armónico, y no debe ser identificado con el individualismo ajeno a cualquier contexto cultural. Debe el cosmopolitismo, otrosí, ser entendido como una asunción de la solidaridad universal. Adherimos aquí a las impresiones del mencionado sociólogo portugués:

No utilizo cosmopolitismo en el sentido convencional moderno. En la modernidad occidental el cosmopolitismo es asociado con el universalismo sin raíces y con el individualismo, con la ciudadanía mundial, con la eliminación de las fronteras o límites territoriales y culturales. Esta idea es expresada en la «ley

⁷⁵⁷ O sea, la integración real presupone los valores máximos de los derechos humanos: la igualdad básica humana y el respeto a la diferencia.

⁷⁵⁸ *La Europa cosmopolita: sociedad y política en la segunda modernidad*, traducción de Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2006, p. 33.

cósmica» de Pitágoras, en la philalleia de Democrito, en la idea medieval de la res publica christiana, en la concepción renacentista de «humanitas», cuando Voltaire dice «para ser un buen patriota uno necesita convertirse en el enemigo del resto del mundo» y, finalmente, en el internacionalismo laboral de inicios del siglo XXI. Para mí, cosmopolitismo es la solidaridad transfronteriza entre grupos que son explotados, oprimidos o excluidos por la globalización hegemónica. Bien como poblaciones hiperlocalizadas (p. ej. los pueblos indígenas de la cordillera de Los Andes) o como poblaciones hipertransnacionalizadas (p. ej. los pueblos indígenas de Brasil, Colombia o la India, desplazados por «proyectos de desarrollo», y los inmigrantes ilegales de Europa y Norteamérica), estos grupos experimentan una comprensión del tiempo y del espacio sobre la que no tienen control.⁷⁵⁹

Los derechos humanos, como idealización, abstracción, cosmopolitismo solidario, proporcionan la integración entre los seres humanos que se miran mutuamente, en algo, como iguales. Pero como realidad normativa, los derechos humanos ya no son agentes, sino objetos de integración. Con eso queremos significar que los derechos humanos, al trasponer el campo de la idea hacia el campo de la realidad, pasan a estar sujetos a la integración con otros objetos normativos, políticos y sociales.

Política, social, económica o jurídicamente, los derechos humanos también pueden ser instrumento de la integración regional. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, la adopción de un programa básico de derechos humanos (por ejemplo, por medio del Convenio Europeo de Derechos Humanos) es una forma de promoción de la integración europea⁷⁶⁰. Lo mismo se puede decir en relación a la función integradora de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (el Pacto de San José de Costa Rica) para América y de la Carta Africana de Derechos Humanos para el continente africano.

Como realidad social, los derechos humanos interaccionan con otras realidades y las trasforman. Desde el ambiente familiar, la idea básica de igualdad entre las personas trasfigura las relaciones entre padres e hijos, persuadiendo a los progenitores a intentar tratar de la misma forma al niño y a la niña, al primogénito y al menor, al hijo sano y al enfermizo. En las relaciones propiamente sociales, la idea que alimenta los derechos humanos, en un proceso de evolución invisible constante, promueve la asunción de importantes posiciones sociales por las mujeres, los negros, los mayores, los indígenas etc. En ese proceso evolutivo, cada progreso conquistado por una comunidad social pasa a servir de modelo para otras, de manera que la esencia de los derechos humanos sigue

⁷⁵⁹ Ob. cit., p. 65, nota 4.

⁷⁶⁰ Cfr. Konrad Hesse: ob. cit., p. 32.

inmiscuyéndose en campos sociales que antes ni siquiera se podría concebir.

Como realidad política, la adopción voluntaria de las reglas materiales⁷⁶¹ de derechos humanos por una comunidad política sirve de ejemplo para otras comunidades. El propio reconocimiento de los derechos humanos es comprendido como una indicación para que dos Estados puedan fiarse uno de otro, para que puedan tener relaciones políticas y económicas. Así, muchas veces, el consenso político sobre los derechos humanos puede incluso producir más consecuencias sociales visibles que el consenso jurídico que genera su obligatoriedad formal. La expansión del consenso político en favor de los derechos básicos e iguales de los seres humanos tiene un potencial de efectividad extraordinaria. El poder de la integración política de los derechos humanos es inconmensurable.

Finalmente, como realidad jurídica, los derechos humanos son objeto de la integración normativa. En esta forma de integración, los derechos humanos pasan a influir en la validación de algunas normas jurídicas, en la interpretación de otras y en la creación de preceptos normativos, sean abstractos, sean concretos. Es justamente esa especial forma de integración de los derechos humanos la que estudiaremos en las páginas siguientes.

6.2 El efecto irradiante de las normas de derechos humanos y la integración normativa

Las normas de derechos humanos, después de ser debidamente validadas en el ámbito de un Estado, se «difunden», se propagan entre todas las normas de su sistema jurídico, entre todas las fuentes de producción de normas y actos, entre todas las decisiones judiciales o administrativas.

Si pensamos en el sistema jurídico como una pirámide de piedras, en la que cada piedra es una norma o una decisión judicial, los derechos humanos no son necesariamente ni la última ni la primera piedra de la pirámide. Ni hace falta que sean

⁷⁶¹ Mencionamos como «reglas materiales de derechos humanos» las reglas que, sean o no sean generadas por un consenso global, son reglas que atribuyen iguales derechos a todos los seres humanos en razón de la propia dignidad humana.

metafóricamente piedras del sistema. Pueden los derechos humanos también funcionar como un «líquido» (o sea, un elemento que puede asumir diversas dimensiones, que no tiene forma propia, que está en constante mutación aparente)⁷⁶² que alcanza —impregna— todas las piedras —«sólidas»— de la pirámide normativa, que les atribuye un color diferente, que destruye sus elementos oscuros o imperfectos, que trasforma por dentro todos los elementos de dicha pirámide normativa, de tal forma que esta, al tener contacto con el fluido de los derechos humanos, no pueda más ser reconocida como la misma pirámide. Tal líquido, en ese sentido figurado, no desplaza a la pirámide, pero la integra, trasforma su sentido, la «filtra». Esa es, simbólicamente, la función de la integración de los derechos humanos en cuanto filtraje normativo.⁷⁶³ Por medio de esa función, las normas de derechos humanos producen diversos efectos irradiantes en los sistemas jurídicos nacionales.

Porque alcanzan todas las normas del sistema y todas las especies de derechos (fundamentales, constitucionales en general o infraconstitucionales), los derechos humanos no deben indispensablemente ser identificados como una de ellas. Los derechos humanos no se proponen a sustituirlas, sino a integrarlas. Para que esa integración sea posible, es necesario no limitarse a mirar los derechos humanos como elementos extranjeros, fuera de la pirámide jurídica interna. Los derechos humanos, manifestando su dimensión interna, ingresan en la pirámide de tal modo que pasan a ser parte de la propia pirámide normativa estatal. Así, podemos decir que los derechos no se limitan a ser normas internacionales, sino que pasan a ser normas propiamente nacionales cuando transitan por el proceso de integración normativa.

Como ya mencionamos anteriormente, desde la perspectiva de la

⁷⁶² Esa metáfora del líquido, del fluido, la cogemos del sociólogo polaco Zygmunt Bauman (y la aplicamos a los derechos humanos), que atribuye la liquidez, la fluidez, a la posmodernidad. Según Bauman, la modernidad, en su sentido cultural, ideológico y metodológico, sería «sólida», pues se basaría en conceptos, métodos y valores bien determinados, estables, con formas permanentes; a su vez, la posmodernidad sería «líquida», ya que no puede ser captada bajo una única perspectiva, un método exclusivo; en este sentido, la cultura y la ciencia posmodernas no tendrían «formas» propias, al contrario que la cultura y la ciencia modernas. Cfr. Zygmunt Bauman: *Modernidade líquida*, traducido por Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Zahar, 2001, pp. 7-22.

⁷⁶³ Esa función especial de los derechos humanos, que modifica todos los elementos del sistema jurídico, o atribuye una perspectiva diferente a esos elementos, es semejante a la función constitucional que los estudiosos denominan «filtración constitucional», que sería, según Luís Roberto Barroso, un fenómeno por el cual «todo el orden jurídico debería ser leído y aprendido bajo la lente de la Constitución». Cfr. Luís Roberto Barroso: *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 364.

integración en los sistemas jurídicos, los derechos humanos tienen una doble dimensión. Al mismo tiempo en que son normas internacionales que legitiman y comprometen a los Estados en el ambiente internacional, las normas de los derechos humanos son también, cuando están correctamente integradas, normas internas del propio Estado. La aparición de esa segunda dimensión, la interna, es lo que inaugura la integración jurídica de los derechos humanos. En otras palabras, afirmaríamos que el puente entre la dimensión externa y la dimensión interna, la trasposición de los derechos humanos para el ámbito jurídico interior de un Estado, es lo que genera *a priori* el proceso de integración jurídica de los derechos humanos, el cual, desde ahí, sigue expandiéndose por diversos mecanismos.

Analizaremos, a continuación, las formas básicas por medio de las cuales pensamos que ocurre el fenómeno de la integración jurídica de los derechos humanos y los nuevos problemas y desafíos —reales y académicos— que plantea el tema de la integración de los derechos humanos en el mundo jurídico contemporáneo que está formado por múltiples sistemas jurídicos que se comunican.

6.3 La superación del paradigma antagónico monismo *versus* dualismo

El primer momento lógico de integración de una norma internacional de derecho humano es su introducción formal en el sistema interno estatal como norma válida y jurídicamente eficaz. Así, teóricamente, el paso inicial para su integración es el reconocimiento de su vigencia en el territorio de un Estado por la autoridad estatal competente, sea explícita o implícitamente. Esa introducción formal de un diploma normativo internacional en un sistema interno es llamada recepción o incorporación⁷⁶⁴. La forma de recepción de una norma internacional en un sistema jurídico estatal depende, según la doctrina jurídica tradicional, de la adopción de la teoría monista, la teoría monista moderada o la teoría dualista sobre la interacción de los sistemas jurídicos internacional y nacional.

⁷⁶⁴ Cfr. Manuel Diez Velasco: ob. cit., pp. 244-246.

La teoría dualista pura (o pluralista, ya que plantea la existencia de inúmeros órdenes jurídicos independientes, correspondientes a inúmeros Estados) propugna que los órdenes internacional e interno son independientes y no interaccionan entre sí. El orden jurídico internacional solamente podría crear derechos y obligaciones para los Estados, no para los sujetos de derecho que se encuentran bajo la soberanía estatal. Así, si un Estado tuviese el interés de hacer eficaz una norma jurídica internacional en su ámbito interno, debería editar una ley interna en el mismo sentido. Por lo tanto, adoptándose la teoría dualista, no se podría siquiera pensar en una integración o una interacción verdadera entre las normas de los distintos sistemas⁷⁶⁵, así como no sería posible admitir la existencia de conflictos entre normas internacionales e internas (aunque los contenidos de tales normas sean contradictorias, las normas no estarían en conflicto *stricto sensu*, ya que los espacios y ámbitos de incidencia de las normas serían distintos, según los dualistas).

Según los dualistas, los sistemas jurídicos internacional y nacional serían diferentes por tres motivos: (i) por sus sujetos activos y pasivos (los Estados, en el sistema internacional; los individuos o grupos de individuos, en el sistema nacional); (ii) por sus fuentes normativas (los tratados internacionales y la costumbre internacional, en el sistema internacional; las leyes, los decretos y la jurisprudencia, en el sistema nacional); y (iii) por sus contenidos (las relaciones entre los Estados soberanos, en el sistema internacional; el funcionamiento del Estado y las relaciones entre Estado e individuo o entre individuos, en el sistema nacional).⁷⁶⁶

Luego, para los dualistas, tratándose de sistemas totalmente distintos, que tratarían de temas diferentes⁷⁶⁷, los órdenes interno e internacional no podrían mezclarse para formar un solo orden jurídico universal; serían como el agua y el aceite, que no se mezclan. Para que uno (el sistema internacional) produjese efectos en el otro (el sistema nacional), sería necesario transformar el primero en un acto traducible por el segundo, o sea, sería necesario reproducir el contenido de un tratado en un acto legislativo estatal, una ley

⁷⁶⁵ Cfr. *idem*, *ibidem*.

⁷⁶⁶ Cfr. Antonio Cassese: *International law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 214.

⁷⁶⁷ Como bien puso de manifiesto el jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, la historia jurídica del siglo XX, que lanzó el derecho de las gentes a la protección de más y más derechos humanos, infirma totalmente esa premisa dualista, la de que el derecho internacional y el derecho interno cuidarían de temas y asuntos distintos. Cfr. Héctor Gros Espiell: «Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional», *ob. cit.*, p. 169.

en sentido material.

Como se puede percibir, la doctrina dualista comprende el derecho internacional en su concepción más clásica, antigua: la de que el sistema jurídico internacional solo interesaría y alcanzaría a los Estados; los únicos protagonistas del derecho internacional serían estos. Ese concepto —que creemos ser anticuado— del derecho internacional estaba así mencionado en la obra clásica —del siglo XIX— de Andrés Bello: «*el Derecho internacional o de gentes es la colección de las leyes o reglas generales de conducta que las naciones o Estados deben observar entre sí para su seguridad y bienestar común*».⁷⁶⁸

Adoptándose el modelo dualista puro, además de no ser posible admitir la existencia real de conflicto normativo entre normas internacionales y normas internas, tampoco sería posible hacer el control material de constitucionalidad de los tratados internacionales incorporados en un sistema jurídico interno. De hecho, si una norma internacional no genera efectos en un sistema interno (es decir, si solo representa derechos y obligaciones del Estado ante otro Estado o la propia comunidad internacional), entonces no tiene ningún sentido averiguar (desde la perspectiva interna) si está presente un conflicto entre el contenido de la norma internacional y el contenido de una norma constitucional, considerando que esta última especie de norma está destinada a generar efectos solamente internos, en cuanto la primera especie (desde el punto de vista dualista) estaría destinada solo a generar efectos externos, internacionales.

Por lo tanto, si se aceptan puramente las premisas dualistas, un tribunal interno no podría examinar un conflicto material de normas internacionales y constitucionales; solo podría tal tribunal verificar si el acto interno (de los Poderes Ejecutivos y Legislativos) viola o no, *formalmente*, la Constitución del Estado, es decir, solo debería escudriñar si las normas constitucionales procedimentales que permiten la asunción de obligaciones internacionales fueron debidamente respetadas.

La concepción dualista está inspirada en un nacionalismo típico de las sociedades anteriores a la Segunda Guerra Mundial, ya que advoca que los Estados pueden

⁷⁶⁸ Cfr. Andrés Bello: *Principios de derecho internacional*, v. 4, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, nociones preliminares, párrafo primero.

controlar los efectos de las normas internacionales en los sistemas jurídicos internos y, así, «proteger» los intereses nacionales contra posibles normas que representarían los intereses internacionales (o mismo los intereses de otros Estados potencialmente enemigos)⁷⁶⁹. Así lo explica Cassese⁷⁷⁰:

Claramente, esa concepción estaba inspirada en un nacionalismo moderado: ella defiende la necesidad de que el sistema legal nacional cumpla con las normas internacionales transformándolas en normas obligatorias del nivel doméstico. Sin embargo, ella que prevé, al mismo tiempo, una especie de «salida de emergencia» para los Estados en caso de conflicto grave entre los valores internacionales y nacionales: ya que el derecho internacional es eficaz en la medida en que es aplicado efectivamente en los sistemas legales domésticos, cuando los intereses nacionales son considerados prevalentes, los Estados pueden ir tan lejos como para impedir la importación legal de las prescripciones internacionales, absteniéndose de su implementación en el ámbito interno (aunque, obviamente, haciéndolo, pueda el Estado incurrir en responsabilidad internacional).

Según Antonio Cassese, la doctrina dualista ya no es apta para explicar adecuadamente los sistemas jurídicos del mundo actual. A su juicio, la concepción dualista no es todavía válida en su entereza, mientras que los postulados concebidos por Hans Kelsen —que contienen rasgos monistas— están gradualmente siendo incorporados (o adaptados) a la comunidad internacional. El derecho internacional no más sería reconocido como una esfera legal estrictamente separada y distinta de los sistemas legales nacionales, una vez que impactaría directamente en esos sistemas, condicionando y modelando sus funcionamientos en muchas áreas.⁷⁷¹

Además de eso, según Cassese, muchas de las reglas internacionales pasaron a ser direccionadas directamente a los individuos, sin ningún acto intermedio en las legislaciones nacionales, ya sea imponiendo obligaciones, ya sea garantizando derechos. Con esos cambios, el derecho internacional dejaría de ser un *ius inter partes* para transformarse en un *ius super partes*.⁷⁷²

En un sentido muy similar, el antiguo juez presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Antonio Boggiano defiende, independientemente de las específicas reglas establecidas en las constituciones de cada Estado, que casi todos los

⁷⁶⁹ Cfr. Antonio Cassese: *L'Apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 13-15.

⁷⁷⁰ *International law*, ob. cit., pp. 214-215. Traducción libre.

⁷⁷¹ Cfr. *International law*, ob. cit., p. 217.

⁷⁷² *Ibidem*.

países de la actualidad adoptaron lo que identifica como «monismo práctico», que no significa exactamente la yuxtaposición ni la unificación de los órdenes jurídicos, pero que sí revela la interdependencia de los mismos. Según Boggiano, la doctrina dualista, a su vez, ya «no puede funcionar en la práctica de un modo extremo, pues hoy son cada vez más las obligaciones internacionales cuyo incumplimiento solo puede tener lugar en el ámbito de personas, conductas y casos localizadas en los territorios estatales».⁷⁷³

Las teorías monistas (o sus adaptaciones doctrinarias), tratando de superar las teorías dualistas, defienden que los sistemas internacional e interno forman un solo sistema normativo (o quizá una amalgama integrada de sistemas) que se manifiesta global y domésticamente. Se basan esas teorías en la premisa de que no puede haber una doble ética normativa de los Estados, o sea, estos no pueden prometer una cosa en el ámbito internacional y determinar otra cosa opuesta en el ámbito interno. Así, o el Estado crea válidamente para sí mismo una norma internacional y esa norma, *ipso iure*, también es válida en el ambiente interno, o el nacimiento de la obligación para el Estado depende de alguna condición y, en ese caso, la norma no es eficaz ni internacionalmente ni en el sistema interno. Lo que no se podría admitir, según los monistas, sería declarar existente una norma para el Estado en el medio internacional y negar su existencia en el medio interno.

Por lo tanto, acogiendo la teoría monista pura, los órdenes internacional e interno serían, ante todo, un solo orden jurídico, o dos dimensiones de un mismo orden jurídico⁷⁷⁴. El más clásico defensor de la doctrina monista (no necesariamente la «purista») fue justamente Hans Kelsen, para quien los sistemas internacional y nacional forman un solo orden jurídico, siendo superior el sistema internacional⁷⁷⁵.

Combatiendo el nacionalismo normativo que era mayoritario a la sazón, Hans Kelsen trató de descalificar las supuestas diferencias de sujetos, fuentes y contenido de los sistemas internacional y nacional. Según Kelsen, los individuos también pueden ser sujetos del sistema internacional, lo que anula la supuesta diferencia de sujetos; los derechos consuetudinarios y codificados son igualmente adoptados por los sistemas

⁷⁷³ Cfr. Antonio Boggiano: *Derecho internacional A.D. 2000: en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 832-833.

⁷⁷⁴ Cfr. Manuel Diez Velasco: ob. cit., pp. 244-246.

⁷⁷⁵ Cfr. Hans Kelsen: *Princípios do direito internacional*, ob. cit., pp. 489-549.

internacional y nacional, lo que anula la supuesta diferencia de fuentes; y todos los asuntos pueden ser tratados en el ámbito internacional, no existiendo «asunto doméstico» que no pudiese ser disciplinado en un tratado internacional.⁷⁷⁶ Por lo tanto, para Kelsen, las distinciones entre los sistemas serían meramente circunstanciales, no esenciales, lo que posibilitaría la integración entre los sistemas jurídicos para la formación de un orden jurídico universal.

Además de eso, según la teoría pura (internacionalista) del derecho de Hans Kelsen, es posible considerar que el fundamento de vigencia de los sistemas jurídicos nacionales no sea una norma jurídica fundamental presupuesta, sino una norma jurídica puesta por el sistema jurídico internacional. El sistema internacional sería, pues, el fundamento de validez y legitimidad de los órdenes jurídicos internos.⁷⁷⁷ Si admitimos esa premisa, no sería posible admitir la premisa principal de la mayoría de las doctrinas dualistas: la independencia lógico-jurídica de los sistemas jurídicos nacionales.

Para Kelsen, aunque no exista todavía un «Estado mundial», existe una «unidad cognoscitiva» de todo el derecho, lo que significa que se puede constatar el conjunto formado por el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales como un sistema unitario de normas, como una realidad normativa monista.⁷⁷⁸

Aunque la disputa teórica entre monistas y dualistas todavía persista en la doctrina jurídica contemporánea, creemos que la realidad hodierna demuestra que se consolidó, en el siglo XX (con la excepción del fenómeno normativo comunitario de la Unión Europea, que no se adapta exactamente al modelo de un «sistema internacional» y que, de hecho, se desarrolló hacia un modelo dualista que prima por el sistema comunitario), una forma híbrida de interacción de sistemas que aprovecha aspectos del monismo y del dualismo jurídico.

Quizá podemos considerar tal realidad normativa híbrida como siendo, de hecho, una manifestación del monismo moderado (o «práctico», de acuerdo con la definición de Antonio Boggiano), que se caracterizaría por la admisión de la interacción

⁷⁷⁶ Cfr. Hans Kelsen: *Princípios do direito internacional*, ob. cit., pp. 495-499.

⁷⁷⁷ Cfr. Hans Kelsen: *Teoria pura do direito*, traducción al português de João Baptista Machado, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 239-240.

⁷⁷⁸ Cfr. Hans Kelsen: *Teoria pura do direito*, ob. cit., pp. 364-365.

entre el sistema internacional y los sistemas domésticos, pero que, inspirado en la doctrina dualista, demanda formalidades internas para la intersección (o recepción/incorporación) de las normas oriundas de otros sistemas.

Realmente, los sistemas constitucionales contemporáneos parecen adaptar los modelos monistas y dualistas y adoptar, de esta manera, un modelo intermedio, híbrido, que parece más adaptable a la realidad actual, en que muchos órdenes jurídicos surgen y demandan sus integraciones.⁷⁷⁹ Los que entienden que esta realidad híbrida es una comprobación de la teoría monista moderada sostienen que existen simultáneamente los sistemas internacional e internos, pero que tales sistemas interaccionan entre sí, se integran, siendo posible y común que la integración normativa propia esté condicionada a un acto del Estado (una publicación en el Boletín del Estado, por ejemplo) que atribuye eficacia interna a la norma internacional. Cumplida esa formalidad, cuando sea el caso, las normas internacionales y nacionales compondrían no necesariamente un solo sistema normativo *stricto sensu*, sino una amalgama normativa que está compuesta por muchas normas (internas, internacionales y quizá comunitarias).

En ese mismo sentido, Luis Villavicencio Miranda entiende que tales modelos o doctrinas híbridos, «coordinadores», de «matiz conciliador», son una expresión del monismo moderado, que, a su juicio, *«parte de la base que no hay división entre derecho internacional y los derechos internos, pero no postula la subordinación del derecho nacional al derecho internacional, ni la delegación de este en favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores»*.⁷⁸⁰

Desde otra perspectiva, sería posible argumentar que los sistemas híbridos contemporáneos adoptan una forma de dualismo moderado, ya que hoy se reconoce la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos que pueden o no estar integrados. Sin embargo, no creemos que sea esto cierto, ya que el rasgo principal de la doctrina dualista es la plena y absoluta independencia de los órdenes jurídicos —internacional y nacional—.

⁷⁷⁹ Siendo un modelo híbrido, el modelo monista moderado quizá también podría ser denominado «dualista moderado», en el sentido de que permanecerían siendo reconocidos, abstractamente, un sistema interno y el sistema internacional, aunque sea posible la convergencia e interacción de esos dos sistemas. Sin embargo, la preferencia por la expresión «monismo moderado» se justifica por la afirmación de la integración entre los sistemas jurídicos, que se comunican intrínsecamente.

⁷⁸⁰ Cfr. Luis Villavicencio Miranda: *La Constitución y los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, p. 76.

Por lo tanto, admitir la integración e intersección de los órdenes jurídicos ya significa, a nuestro juicio, una negación del núcleo de la teoría jurídica dualista.

Por otro lado, no nos parece adecuado reconocer como una forma de dualismo moderado los sistemas jurídicos híbridos contemporáneos debido a que la teoría dualista, simbólica y axiológicamente, señala la dirección de la desarmonía entre los sistemas jurídicos, de la aceptación de una doble ética jurídica e institucional, de la posibilidad de que un mismo Estado reconozca internacionalmente la existencia de un conjunto de normas y niegue la existencia de esas normas para sus ciudadanos, en el orden interno. Esa doble ética estatal, a nuestro juicio, perjudica la armonía de las relaciones internacionales, además de atentar contra el principio de que los Estados no deben frustrar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales⁷⁸¹ y el principio de la buena fe internacional⁷⁸².

Igualmente, la opción por el modelo dualista presupone una ideología de cerramiento del Estado, de aislacionismo internacional, que no es compatible con la búsqueda de fortalecimiento de la cooperación internacional, principalmente en favor de la promoción de los derechos humanos y de la paz mundial. Tal principio —de la cooperación internacional para la promoción de los derechos humanos y de la paz en la humanidad— está reconocido por casi todos los Estados del mundo, como demuestra la Carta de las Naciones Unidas⁷⁸³ y las constituciones nacionales de muchos países.

En resumen, consideramos que el modelo dualista (bien sea puro, bien sea «moderado») supone la posible divergencia y disonancia entre los sistemas jurídicos internacional y nacionales, mientras que el modelo monista supone, de forma absoluta o relativa, que los sistemas jurídicos deben interaccionar y así buscar la convergencia y la armonía. Por lo tanto, cuando estamos ante sistemas constitucionales que aceptan la recepción de normas internacionales, aunque con la condición de que las reglas formales y de competencia sean cumplidas, preferimos describir tales sistemas como adeptos del modelo monista moderado.

Esa opción por el monismo (moderado), como bien enfatiza Otto

⁷⁸¹ Cfr. el artículo 18 de la CVDT.

⁷⁸² Cfr. el artículo 26 de la CVDT.

⁷⁸³ Cfr. el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas.

Pfersmann, no significa sólo el reconocimiento ontológico de una unidad global de datos jurídicos, sino también una opción epistemológica por el estudio científico e integrado de la realidad jurídica.⁷⁸⁴ O sea, reconocer una amálgama de sistemas jurídicos que se integran y forman una misma realidad jurídica lógica (aunque plural y compuesta) y defender un monismo de integración es la consecuencia de la opción por una cognición conjunta y total de la vida jurídica global. Por eso, creemos que no es cierto afirmar que existen algunos sistemas jurídicos «monistas» y otros «dualistas». El monismo o el dualismo no son una característica ontológica de los sistemas jurídicos, sino una posición epistemológica de comprensión de la realidad jurídica global.

Con tales consideraciones, podemos afirmar que la mayoría de los Estados en el derecho comparado (o quizá la totalidad de los Estados, si asumimos la posición epistemológica ya mencionada), incluso los Estados de América Latina (que interesan especialmente en el tema de esta tesis doctoral), adoptan un sistema mixto —híbrido— de relación entre sistemas, que preferimos traducir —por las razones ya expuestas— como siendo un modelo monista moderado.⁷⁸⁵ En ese modelo, encontramos los sistemas jurídicos nacionales y regionales ampliamente conectados e integrados con el sistema jurídico internacionalmente, formando una realidad jurídica —una «amálgama normativa»— que es global, aunque sea plural y también abierta.

Sin embargo, debemos admitir y repetir que la clasificación de un sistema como monista o dualista (moderado o no) tiene más que ver con el modo como el hermeneuta interpreta el orden jurídico de que con la esencia propia del sistema analizado. Por eso todavía persiste la divergencia doctrinaria respecto a ese tema, existiendo autores que clasifican algunos sistemas europeos y latinoamericanos, como el alemán, el italiano, el brasileño y los escandinavos (entre otros), como sistemas dualistas puros⁷⁸⁶ o dualistas

⁷⁸⁴ Cfr. Otto Pfersmann: *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*, traducción al portugués de Alexandre Coutinho Pagliarini, São Paulo, Saraiva (Série IDP), 2014, p. 203.

⁷⁸⁵ Cfr. Manuel Diez Velasco: ob. cit., pp. 244-246.

⁷⁸⁶ Así, por ejemplo, David Szymczak, en su premiada tesis doctoral, defiende que los sistemas jurídicos escandinavos, italiano y alemán (y posiblemente muchos otros, si seguimos su criterio de sistematización) adoptan modelos dualistas que presentan sus «matices», a pesar de que no pueda definir muchas consecuencias prácticas de tal clasificación, ya que los tratados internacionales, en tales sistemas, serían «transformados» (en lugar de ser «incorporados», como en los sistemas monistas) en actos normativos internos. Cfr. David Szymczak: *La Convention Européenne des Droits de L'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 44-48. Sin entrar en la cuestión de fondo de la clasificación hecha por Szymczak, creemos que la categorización de un sistema como monista o dualista depende de lo que entendamos exactamente por monismo y dualismo. En nuestro mundo real, casi no

moderados⁷⁸⁷, o también autores para quienes los actuales sistemas jurídicos del mundo no corresponden fiel y puramente ni al modelo monista, ni al modelo dualista.⁷⁸⁸

Juzgamos que la recepción y la integración de una norma internacional en un orden interno es característica de los sistemas mixtos, que denominamos aquí «monistas moderados», puesto que: (i) en el sistema dualista (o pluralista), no hay interacción normativa y competiría al Estado, si lo fuese conveniente, repetir el contenido de una norma internacional en el cuerpo de una ley nacional, siendo esta la que podría ser invocada por los particulares; (ii) en el sistema monista puro, el ingreso de la norma internacional en el orden nacional sería automático, sin la necesidad de cualquier mecanismo de integración; así, el momento de surgimiento de una norma internacional para un Estado sería el mismo en los ámbitos internacional e interno y el contenido normativo sería absolutamente igual en el sistema monista puro.

En cambio, en el sistema híbrido, o monista moderado, el momento de la recepción normativa es diferente si se trata de una norma del derecho internacional general o de una norma del derecho internacional convencional. En la primera hipótesis, la recepción sería automática, de modo semejante a lo que pasaría en un sistema monista puro. En la segunda hipótesis (la del derecho internacional convencional), un acto interno de validación y publicación sería la condición para la eficacia de la norma en el ámbito interno del Estado.

Aunque, históricamente, a nuestro juicio, la doctrina híbrida —monista moderada— haya prevalecido (entre los modelos que explican la interacción del sistema internacional y de los sistemas nacionales, lo que no se aplica al sistema jurídico propio de

podemos presenciar la existencia de sistemas monistas o dualistas puros (Szymczak coincide en esto cuando afirma que existen muchas «situaciones intermediarias»). En casi todos los sistemas, lo que se observa es la presencia de sistemas mixtos, los cuales preferimos reconocer como sistemas «monistas moderados» de que como sistemas «dualistas moderados», considerando que la intersección de los sistemas (directa o indirectamente, mediata o inmediateamente, intensiva o moderadamente) ya nos remite, a nuestro entender, a la idea del monismo jurídico, puro o no. Por lo tanto, interpretar un acto formal interno del Estado (ley de autorización para ratificación, ley de incorporación, ley de aprobación, decreto ejecutivo, decreto legislativo, acto de asentimiento, orden de ejecución, resolución etc.) como siendo un acto de «transformación» o un acto de «incorporación» de la norma internacional no nos proporciona muchas consecuencias que justifiquen la opción por una u otra alternativa hermenéutica.

⁷⁸⁷ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, p. 61.

⁷⁸⁸ En ese sentido, cfr. David Sloss: «Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis», en *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, editado por David Sloss, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 6-7; David Weissbrodt: ob. cit., p. 140.

la Unión Europea), eso no significa que exista una única versión del monismo moderado en los sistemas jurídicos del derecho comparado. Si examinamos las soluciones normativas del derecho comparado respecto al tema, podemos descubrir que ellas varían de acuerdo con el grado de apertura jurídica del Estado al sistema internacional. Las diferencias residen en (i) la forma y los procedimientos de inserción de la norma internacional en el sistema interno, en (ii) el momento de esa integración normativa, en (iii) la necesidad o no de reglamentación de las normas internacionales y en (iv) el rango normativo que las normas internacionales debidamente integradas en el sistema interno ostentan dentro de la jerarquía normativa interna.

Según Antonio Cassese, un primer modelo monista moderado o mixto, que el autor denomina «nacionalista e introverso», prevé la integración normativa con la conclusión del acuerdo internacional por parte del Estado y con la inmediata incorporación de tal acuerdo en el orden interno, condicionando tal incorporación, sin embargo, a dos requisitos básicos: (i) el acuerdo debe contar con el consentimiento del parlamento; (ii) una norma interna debe detallar —reglamentar— cómo deben ser ejecutadas las normas internacionales. En ese modelo, existirían dos filtros. El primer filtro impediría el Poder Ejecutivo de contrariar la voluntad política manifiesta en el Poder Legislativo; el segundo filtro dificulta la producción de efectos automáticos de la norma internacional, ya que demanda reglamentos domésticos para el tratado internacional.⁷⁸⁹

En el otro extremo, Cassese denomina «internacionalista» el modelo que se funda en la plena apertura del orden jurídico estatal a la comunidad internacional. En ese modelo, las normas internacionales se integrarían a los sistemas estatales de forma automática, apenas fuesen ratificados tales tratados, con la previa autorización legislativa, cuando esa fuese demandada por la Constitución del Estado.⁷⁹⁰ Esas normas internacionales del modelo «internacionalista» entrarían en los sistemas estatales con un rango normativo superior a las normas de las fuentes legales, pudiendo incluso, en algunos casos, estar protegidas por mecanismos de control procesal de las cortes constitucionales.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ *L'Apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, ob. cit., pp. 30-35.

⁷⁹⁰ Tal modelo, como se puede percibir, está muy cerca del modelo monista puro.

⁷⁹¹ Cfr. idem, ibidem.

Entre los arquetipos «nacionalistas» e «internacionales» mencionados por Cassese, coexisten muchos otros sistemas jurídicos que demandan más o menos formalidades para la internalización de las normas internacionales, que distinguen algunos tipos de normas internacionales que demandarían reglamentación doméstica y que establecen rangos normativos intermedios a las normas internacionales. Muchas alternativas de respuestas normativas son posibles, dependiendo del grado de apertura internacional del sistema estatal al derecho internacional.

Creemos que el binomio de los modelos puros monistas/dualistas no es apto para explicar la realidad jurídica del siglo XXI, en que múltiples sistemas normativos (regionales, subregionales, locales etc.) surgen y se desarrollan, pero de modo integrado. Debemos enfatizar que, a nuestro juicio, el reconocimiento de una identidad propia que está atribuida a cada uno de esos sistemas jurídicos no impide que ellos también sean considerados de una manera integrada.

Aunque cada sistema sea considerado como un organismo normativo propio (un sistema autopoietico), tales organismos están relacionados y están integrados por diversos vasos comunicantes; tal realidad de la integración y comunicación normativa multisistemática, que está construida bajo estructuras y funciones constantes, conlleva que los múltiples organismos (sistemas normativos vivos) formen un organismo/sistema más amplio, que no anula —todo lo contrario, lo afirma— la existencia o la identidad de los sistemas integrantes.

Esa comunicación e integración de sistemas normativos nos lleva a creer que los discursos clásicos monistas y dualistas puros ya no están justificados en la realidad actual. No existe un orden jurídico internacional que simplemente subordina los órdenes jurídicos nacionales, así como no hay sistemas nacionales absolutamente soberanos (en el sentido clásico de la soberanía estatal) y desconectados con los órdenes supranacionales. Lo que existe son órdenes integrados, que se comunican y se integran en múltiples sentidos.⁷⁹²

⁷⁹² Debemos admitir que, en algún sentido, nuestra propuesta de superación del dilema monista-dualista no es absolutamente divergente de algunas aceptaciones de la doctrina monista, que reconoce la existencia de un orden universal que se conecta con órdenes nacionales. El propio Hans Kelsen, cuando defiende su monismo, afirma que «el orden jurídico internacional determina las esferas de validez territorial, personal

Nuestra propuesta de superación del dilema monista-dualista (que quizá esté inspirada más en los fundamentos monistas que en los argumentos dualistas) busca preservar la identidad propia de los sistemas jurídicos nacionales y, a la vez, reconocer la necesidad de una amplia comunicación e integración entre tales sistemas internos y los sistemas supranacionales (que pueden ser regionales o global), tal y como propugnamos en esta tesis doctoral para la integración de las normas de derechos humanos en América Latina.⁷⁹³

Desde esa nueva perspectiva, ya no se debe discutir simplemente si el sistema internacional o el sistema interno goza de primacía en los casos de conflictos normativos; los dos (o los múltiples) sistemas jurídicos deben integrarse y complementarse, por medio de los vasos comunicantes que determinarán la evolución de los propios sistemas jurídicos en favor de la construcción de un orden internacional y de órdenes nacionales más justos, desarrollados y garantizadores de los derechos humanos y de los intereses comunes de la humanidad.

6.4 El problema del rango normativo de las normas internacionales en los sistemas jurídicos internos

Después de las cuestiones iniciales respecto al modo de introducción de la norma internacional en los sistemas jurídicos estatales y a la demanda de reglamentación legal, un segundo problema jurídico fundamental en el examen de la integración normativa entre las normas internacionales e internas es la definición del rango normativo de las

y temporal de los órdenes jurídicos nacionales, haciendo posible, de ese modo, la coexistencia de numerosos Estados» (Cfr. Hans Kelsen: *Teoria geral do direito e do Estado*, ob. cit., p. 516, traducción libre). Si tomamos ese sentido más amplio de orden internacional referido por Kelsen, no concluiremos —necesariamente— que existe un orden internacional soberano que se impone irrestrictivamente a los órdenes estatales, pero sí que hay un sistema (organismo) global que permite la coexistencia de los órdenes nacionales y se comunica y se integra con esos órdenes, sin anular la identidad propia de esos sistemas particulares.

⁷⁹³ Esa cuestión de la preservación de la identidad nos parece muy importante. Una metáfora que nos parece pertinente para explicarlo es la de las identidades nacionales y comunitarias. Un andaluz, por ejemplo, no pierde su identidad andaluza al reconocerse como español, así como no pierde su identidad española al considerarse europeo, y tampoco pierde su identidad europea al verse como miembro de la comunidad universal de la humanidad. Cada identidad se preserva a pesar de que otras identidades más amplias sean construidas por otras formas de autoreconocimiento e integración.

primeras después de su integración en los sistemas nacionales.

Muchas veces, la clave para identificar el rango normativo de los textos normativos internacionales está en la Constitución del Estado. Sin embargo, si el texto constitucional es silente, algunas alternativas de solución son factibles. En teoría, cuatro son las posibles soluciones⁷⁹⁴: o (i) el documento internacional tiene el rango de ley (sea ordinaria u orgánica); o (ii) el documento internacional está dotado de fuerza supralegal, o sea, está en la pirámide normativa estatal por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes nacionales; o (iii) el documento internacional posee valor constitucional, o sea, tiene el mismo rango que una norma constitucional; o (iv) el documento internacional disfruta de valor supraconstitucional, valiendo con primacía incluso ante la propia Constitución.⁷⁹⁵

En principio, según Manuel Diez Velasco, en virtud de un principio internacional reconocido por la costumbre internacional y ya declarado por la Corte Internacional de Justicia, los tratados internacionales tienen primacía sobre el derecho interno de los Estados. Así lo explica el internacionalista español:

En cuanto tal norma internacional, su primacía sobre el derecho interno se sustenta del Derecho Internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución. Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superior jerarquía del Derecho Internacional⁷⁹⁶.

La perspectiva de Manuel Diez Velasco es la visión de un experto en derecho internacional. La comprensión de un especialista en derecho constitucional no sería probablemente idéntica. En muchos textos constitucionales del derecho comparado, hay referencias específicas sobre el rango normativo de los tratados internacionales y, con base en esas referencias, algunos tribunales nacionales han firmado interpretaciones constitucionales que rebajan la jerarquía de los tratados internacionales al nivel de las leyes ordinarias.

De hecho, observando tales discrepancias institucionales y

⁷⁹⁴ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho: ob. cit., p. 820.

⁷⁹⁵ En el mismo sentido, cfr. Carlos M. Ayala Corao: *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, FUNDAP, 2003, p. 41.

⁷⁹⁶ Ob. cit., p. 250.

jurisprudenciales, la jerarquía de los tratados internacionales puede ser concebida de diferente forma en diferentes países, influyendo bastante en las decisiones hermenéuticas de los tribunales nacionales las expresiones positivadas en los textos de las constituciones estatales. Eso se puede concluir con relación a los tratados internacionales en general, considerando que las reflexiones que hemos registrado hasta ahora son relativas a las normas internacionales en general. Cuando el objeto de nuestra investigación pasa a ser una norma internacional de derecho humano, la cuestión se vuelve todavía más espinosa, visto que otros factores normativos deben ser considerados.

Como trataremos de argumentar posteriormente, especialmente en América Latina, los sistemas constitucionales son complejos y no hay una respuesta sencilla sobre cuál debe ser el rango normativo de una norma de derecho humano en el sistema jurídico interno. Hay circunstancias jurídicas especiales que pueden ser tenidas en cuenta y que deben interferir en la definición del rango normativo de una norma internacional de derecho humano.

6.5 La integración hermenéutica, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos

La integración de las normas internacionales de derechos humanos no se limita a sus recepciones en el sistema jurídico interno o en la definición de su jerarquía normativa. En efecto, gran parte de los problemas jurídicos que surgen en la aplicación de los derechos humanos no se resuelve con el examen de la forma de su incorporación en el orden estatal o con la mera verificación de cuál sea su rango normativo. Quizá los más importantes dilemas que se manifiestan en la práctica de los derechos son decididos por la forma en cómo se admite la influencia de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales, o sea, son cuestiones dependientes de la integración hermenéutica.

El primer tipo de integración —o interacción— hermenéutica que se puede mencionar es la integración horizontal, o sea, la influencia que la interpretación de un

tratado internacional de derechos humanos puede ejercer en la interpretación y la aplicación de otro tratado internacional que versa sobre otras especies de derechos humanos. Según Antônio Augusto Cançado Trindade, esa interacción interpretativa, que ya sería hoy una realidad entre los órganos y tribunales internacionales, contribuiría con la afirmación de la universalidad de los derechos humanos, en beneficio de todos los seres humanos.⁷⁹⁷

La segunda forma de integración hermenéutica es la integración vertical, cual es, la interacción entre la interpretación internacional —y regional— de los derechos humanos y las interpretaciones nacionales de esos derechos.⁷⁹⁸ Esa es la forma de integración hermenéutica que más nos interesa en la presente tesis.

El tema de la integración hermenéutica vertical de los derechos humanos tiene relación con el tema de la legitimación de los sistemas jurídicos nacionales y de las interpretaciones normativas nacionales. Ya mencionamos anteriormente que el reconocimiento de validez de las normas internacionales de derechos humanos es, ante todo, un elemento de legitimación interna y externa del Estado y asimismo de su propio orden jurídico.

Actualmente, la casi totalidad de los sistemas jurídicos se legitima ante su pueblo y ante la comunidad internacional por medio del reconocimiento por el Estado del respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos. Hasta los Estados que no respetan verdaderamente todos los preceptos democráticos y las normas de derechos humanos proclaman respetarlos con la finalidad de lograr más respaldo ante sus ciudadanos, los Estados extranjeros y la opinión pública internacional. De esta forma, aunque no fuesen expresamente reconocidas como válidas en tratados internacionales ratificados por los Estados, las normas sobre los derechos humanos ya tendrían una excepcional aptitud para influir sobre la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas internas.

Las normas de derechos humanos tampoco son meramente programas normativos añadidos al conjunto de la legislación interna de un Estado. Además de poseer

⁷⁹⁷ Cfr. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, ob. cit., p. 43.

⁷⁹⁸ El mismo raciocinio sobre las formas vertical y horizontal de integración hermenéutica de los derechos humanos puede ser aplicado a la integración jurisprudencial.

un texto, las normas de derechos humanos —así como todas las normas en general— tienen asimismo un contexto y una carga valorativa. El contexto de una norma de derecho humano es global (en los casos de declaraciones y pactos globales) o regional (en los casos de convenios regionales). En uno u otro caso, el contexto es supranacional y, por eso, la interpretación jurídica depende de la investigación de los valores y datos sociales y culturales de la comunidad que legitimó el texto de derechos humanos.

Así, en principio, una norma del PIDESC o del PIDCP debe ser comprendida desde una perspectiva global, pues es una norma emanada por la gran mayoría de los Estados del orbe. A su vez, por ejemplo, una norma del CEDH debe ser interpretada *a priori* de acuerdo con todos los datos y valores europeos (el contexto, el ámbito normativo europeo), pues esta es una norma que no está proclamada solo por una comunidad estatal específica, con una cultura nacional específica, sino por toda la comunidad europea, la cual engloba un amplio conjunto de elementos culturales y sociales. La interpretación de la norma de derecho humano, por tanto, en principio, debe ser axiológicamente tan amplia como su contexto normativo.

Frecuentemente, nos encontramos con situaciones reales de igualdad de programa normativo y desigualdad de ámbito normativo. Cogemos el ejemplo de un idéntico texto normativo que reconoce, en los niveles global (PIDCP), europeo (CEDH) y constitucional (la Constitución de Italia, por ejemplo) un mismo enunciado normativo: «todas las personas tienen derecho a la libertad religiosa». En los tres documentos normativos (pacto internacional, convenio europeo y Constitución nacional), puede haber una identidad de texto. Sin embargo, puede haber también una pluralidad de contextos (de ámbitos normativos), exactamente porque la idea de libertad religiosa no significa necesariamente lo mismo en el contexto amplio de la comunidad global, de la comunidad regional (europea, por ejemplo) y en contexto estricto de la comunidad nacional (italiana, alemana, portuguesa, francesa o española, por ejemplo). Pese a la diversidad de contextos y valores involucrados, si el pacto internacional debe influir en la interpretación del convenio europeo, asimismo el contexto global deberá influir en el contexto regional. Otrosí, si el convenio europeo influencia la interpretación de la norma constitucional estatal (la italiana, en el ejemplo que tomamos), será el contexto regional el que estará influenciando el contexto local.

El tema de la intersección de los contextos normativos resulta aún más interesante si observamos que hay tribunales internacionales o regionales que tienen la atribución de conferir una interpretación oficial a un texto —global o regional— de derechos humanos. En ese caso, la interpretación del tribunal supranacional debe caracterizarse por un contexto axiológico y cultural más amplio que el contexto que influye sobre un tribunal nacional. Por eso, si el tribunal nacional tiene en consideración, en sus decisiones, la jurisprudencia del tribunal internacional, el contexto internacional multicultural estará contribuyendo a la definición de la norma concreta aplicada al caso particular que está siendo decidido.

Esa última forma de integración a la que nos referimos, la integración jurisprudencial (que tampoco deja de ser una forma de integración hermenéutica), ya es hoy especialmente relevante en Europa y América Latina porque las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para muchos Estados y afectan directamente a las relaciones jurídicas concretas titularizadas por los particulares de esos Estados. Por lo tanto, si un tribunal nacional no tiene en cuenta el contexto normativo regional —europeo o americano— como un todo, es posible que la interpretación firmada en un caso concreto sea cuestionada por el particular ante el TEDH o la CIDH y el tribunal regional, adoptando una perspectiva más amplia, venga a desautorizar la interpretación nacional y obligue al Estado a acatar la interpretación supranacional, lo que puede ser demasiado problemático, si ese tribunal nacional es, en realidad, un tribunal constitucional.

También es conveniente tener en cuenta que muchas convenciones internacionales de derechos humanos son creadas y garantizadas por organismos internacionales propios. En ese supuesto, es natural que esas entidades internacionales consoliden las más adecuadas interpretaciones de las normas convencionales. Esa interpretación auténtica de los tratados internacionales, como bien admitía Hans Kelsen, es una de las fuentes del derecho internacional⁷⁹⁹. Cuando un órgano internacional con legitimidad prevista en un tratado internacional interpreta ese mismo tratado, la interpretación «oficial» queda legitimada por toda la comunidad internacional y debe ser considerada adecuada en la interpretación de tales convenciones por los Estados, en sus

⁷⁹⁹ Cfr. Hans Kelsen: *Princípios do Direito Internacional*, ob. cit., p. 449.

relaciones jurídicas internas. En caso contrario, la propia decisión emanada del órgano internacional puede ser considerada no implementada en el nivel doméstico, lo que sin duda es una violación del tratado internacional que estableció la competencia del órgano internacional.

En este sentido, como bien apunta Antônio Augusto Cançado Trindade, los tratados internacionales de derechos humanos imponen el deber de «armonización del derecho interno» y ese deber incluye la armonización de la interpretación administrativa y judicial de los programas normativos reconocedores de derechos con la «jurisprudencia» creado no solo por los tribunales internacionales de derechos humanos, sino también por los órganos internacionales establecidos en los propios tratados de derechos humanos. Muchos de esos órganos instituidos por los tratados publican «observaciones generales» que contienen importantes elementos de interpretación de los tratados y que así fomentan la interpenetración hermenéutica y jurisprudencial de los sistemas jurídicos internos e internacional.⁸⁰⁰

Considerando la apertura característica del orden de los derechos humanos, su *praxis* —o aplicación real, democrática y difusa— también debe ser considerada en la interpretación jurídica. Existen por todo el mundo innumerables organizaciones no gubernamentales e instituciones nacionales de derechos humanos que promueven la defensa de los derechos humanos. Esas organizaciones e instituciones son respetadas e influenciadas por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. La convivencia y comunicación entre esos distintos ámbitos institucionales siembra también una integración en la interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.

Sin adentrarnos, en este momento, en todas las repercusiones que esos cruzamientos hermenéuticos pueden generar, lo importante aquí es percibir que todas esas formas de integración normativa (o sea, no solo la integración normativa propia —recepción, ejecución y definición de jerarquía—, sino también la integración hermenéutica, jurisprudencial e institucional) deben ser consideradas en el análisis puntual de la integración de cada norma internacional de derecho humano con los sistemas jurídicos

⁸⁰⁰ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, ob. cit., pp. 30-31.

latinoamericanos. Y esas formas de integración entre sistemas de derechos humanos y los sistemas internos de los Estados están favorecidas por normas constitucionales —explícitas o implícitas— que determinan la apertura hermenéutica del texto constitucional a la interpretación supranacional de las normas de derechos humanos.

Esas normas de integración, como bien notó Mariela Morales Antoniazzi, son conocidas por muchas expresiones: cláusulas de apertura, cláusulas de diálogo, normas de reenvío, habilitaciones constitucionales para la integración, cláusulas de interpretación etc.; todas ellas significarían *grosso modo* lo mismo, serían normas de promoción de lo que Morales Antoniazzi designa como «estatalidad abierta».⁸⁰¹

6.6 La recepción (o incorporación) formal de las normas internacionales en los sistemas internos

Conforme hemos explicado, en los Estados que adoptan un modelo mixto de relación entre sistemas, o sea, en los Estados que presentan un sistema monista moderado de integración entre sistemas jurídicos internacional y nacionales (sistema ese que se aplica, a nuestro juicio, a casi todos los Estados europeos y latinoamericanos), un tratado internacional precisa de un acto interno del Estado que formalice el ingreso de la norma internacional en el orden jurídico nacional. Ese acto es un acto de recepción, que puede estar materializado en una ley formal, un decreto, un acto de traducción para la lengua oficial del Estado, una publicación en el boletín del Estado o en otro instrumento previsto constitucionalmente.

Como un sistema jurídico «*standard*» que adopta el modelo híbrido contemporáneo (lo cual preferimos denominar como monismo moderado), podemos elegir el modelo constitucional español. De acuerdo con el artículo 96 de la Constitución de España, después de celebrados válidamente (conforme a las normas de los artículos 93, 94

⁸⁰¹ Cfr. Mariela Morales Antoniazzi: «La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las constituciones suramericanas», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 189-191.

y 95 de la Constitución) y publicados oficialmente, los tratados internacionales tienen vigencia interna en el sistema jurídico español. Así tiene lugar la recepción de las normas de los tratados internacionales (incluso los tratados de derechos humanos) en el sistema jurídico español.

Sin embargo, en el mismo ejemplo español, la norma del artículo 96 de la Constitución nacional debe ser considerada apropiada solamente a la recepción de los tratados internacionales, o sea, del derecho internacional convencional. Siendo el caso del derecho internacional general, que incluye las normas consuetudinarias internacionales, el *ius cogens* etc., la doctrina jusinternacionalista y la jurisprudencia constitucional española entienden que la recepción es automática e implícita, no haciendo falta ningún acto específico del Estado para su vigencia interna y eficacia⁸⁰².

En efecto, la recepción implícita y automática es la propia esencia del reconocimiento de un derecho internacional general, o sea, de la costumbre internacional y del *ius cogens* internacional. La existencia de esas fuentes normativas internacionales está condicionada a la aceptación de que sean ellas válidas y eficaces independientemente de la existencia de tratados internacionales concretos.

Contra esa conclusión que formulamos, sería, en teoría, posible defender que el *ius cogens* y la costumbre internacional —y, así, el derecho internacional general— tienen validez y eficacia normativa solamente en el orden internacional, no en el orden interno. Aceptar ese planteamiento, sin embargo, sería negar el propio monismo moderado acogido por casi todos los Estados democráticos occidentales, ya que, en ese supuesto, algunas normas existirían en el sistema jurídico internacional que vincula el Estado nacional pero no el sistema interno del mismo Estado. Ese pensamiento jurídico —que niega el monismo moderado y rechaza la fuerza normativa interna de gran parte del sistema internacional— no es defendido por la doctrina jusinternacionalista o por las instituciones domésticas occidentales.

De acuerdo con el resultado de la investigación académica de Antonio Cassese, todos los sistemas jurídicos nacionales del mundo occidental (o, por lo menos, casi todos los sistemas jurídicos) reconocen la incorporación inmediata del derecho de la

⁸⁰² Cfr. Manuel Díez de Velasco: ob. cit., pp. 247-248.

costumbre internacional en el orden interno. Existiría, según Cassese, una explicación pragmática para ese hecho: sería prácticamente imposible para los poderes parlamentarios o ejecutivos de los Estados controlar y compilar la existencia de todas las normas de costumbre internacional y promover la debida traducción y publicación.⁸⁰³

Aceptar la recepción automática e informal de la costumbre internacional en los sistemas jurídicos nacionales significa también admitir la misma recepción automática e informal de las normas del derecho internacional general y, en especial, de sus normas imperativas, el *ius cogens* internacional. Esa admisión es importante para la aplicación de los derechos humanos porque, conforme hemos expuesto anteriormente, el núcleo esencial de normas de protección de los seres humanos (el núcleo mínimo fundamental de los derechos humanos) es parte del *ius cogens* internacional. De esta manera, ese núcleo normativo esencial ingresa en los sistemas jurídicos nacionales como la costumbre internacional: automáticamente, con independencia de cualquier acto jurídico formal de recepción.

En España, por ejemplo, su Tribunal Constitucional, en las sentencias 107/1992 y 292/1994, decidiendo recursos de amparo que trataban de la existencia —o inexistencia— de una inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros, en sus fundamentos jurídicos, invocó expresamente la existencia de un derecho internacional general aplicable a las relaciones jurídicas internas. Eso excluyó lógicamente cualquier interpretación que quiera negar la aplicación de cualquier norma de derecho internacional general (*a fortiori*, de sus normas imperativas, o sea, del *ius cogens* internacional) al sistema jurídico español.

En la sentencia 237/2005, en un recurso de amparo en que se discutía la amplitud del principio de la jurisdicción universal para los procesos de genocidio (en el amparo, estaba en discusión el genocidio ocurrido en Guatemala en los años setenta y ochenta), el Tribunal Constitucional español también reconoció, en los fundamentos jurídicos, la existencia de la costumbre internacional y del *ius cogens*, justificando el fallo estimatorio del amparo con base en la eficacia jurídica de esas fuentes normativas internacionales en el caso concreto (lo cual, por supuesto, trataba de una situación

⁸⁰³ Cfr. Antonio Cassese: *International law*, ob. cit., p. 224.

sometida al orden jurídico español). Por lo tanto, podemos concluir que la jurisprudencia constitucional española provee valor a la eficacia jurídica interna automática e inmediata del derecho internacional general, de las fuentes de la costumbre internacional y del *ius cogens*, los cuáles son independientes de cualquier aprobación de tratados internacionales y, desde luego, de recepción formal y explícita.

Creemos que el raciocinio lógico asumido por el Tribunal Constitucional español es plenamente aplicable a cualquier sistema jurídico que obedezca a la lógica monista moderada. Los sistemas jurídicos internacional y nacionales obedecen a la ley atractiva de la integración normativa, que impone la identificación de medios de integración de las normas internacionales en los sistemas nacionales. Esa integración normativa es el mecanismo más importante de garantía de la eficacia jurídica y social de las normas internacionales.

De esta manera, no sería admisible que una norma imperativa de derecho internacional general, una norma del *ius cogens* internacional, estuviese alejada de los sistemas jurídicos nacionales. Tampoco sería plausible exigir de tales normas algún mecanismo de recepción formal, ya que, conceptualmente, tales normas son independientes de cualquier mecanismo formal de creación o declaración. Por lo tanto, en todos los sistemas jurídicos monistas moderados, las normas de derecho internacional general y, especialmente, las normas del *ius cogens* ingresan en el sistema interno directa y automáticamente, independientemente de una recepción formal.

Una vez que estamos de acuerdo que las normas nucleares de protección de los seres humanos componen el grupo normativo del *ius cogens* internacional, debemos también admitir que esas normas ingresan en los sistemas jurídicos democráticos que adoptan el monismo moderado independientemente de cualquier acto formal de recepción y pueden, entonces, ser declaradas, interpretadas y aplicadas por los tribunales nacionales como normas integradas al sistema jurídico interno.

Sin embargo, eso no debe significar que *todas* las normas internacionales de derechos humanos ingresan en los sistemas jurídicos nacionales sin ningún acto formal de recepción. La mayoría de las normas internacionales de derechos humanos son normas de desarrollo de los derechos humanos, es decir, son normas de desdoblamiento del núcleo

duro del que hablamos antes. Esas normas de desarrollo están disciplinadas en los tratados internacionales que, como cualquier otro tratado internacional integrado en los sistemas monistas moderados, demandan actos formales de recepción realizados de conformidad con las normas constitucionales del Estado.

Así, en resumen, podemos concluir, teniendo en cuenta el paradigma español (que puede ser aplicado de forma muy similar a los sistemas jurídicos que adoptan el monismo moderado), que el núcleo duro de los derechos humanos ingresa en los sistemas jurídicos nacionales automáticamente, sin la necesidad de ningún acto jurídico formal o burocrático de recepción. Las demás normas internacionales de derechos humanos, o sea, las normas que desarrollan esos derechos y están previstas en tratados internacionales, necesitan de la recepción formal para su introducción en los sistemas jurídicos domésticos.

6.7 La jerarquía y la fuerza normativa de las normas internacionales en el derecho comparado europeo, norteamericano y sudafricano: la fuerza especial de las normas de derechos humanos

Conforme ya hemos observado, hay una gran variedad de estipulaciones constitucionales en el derecho comparado para el establecimiento del rango normativo de las normas internacionales (aquí no estamos haciendo referencia a las normas de derechos humanos, sino a todas las normas internacionales). Las soluciones normativas varían desde el reconocimiento del rango constitucional de las normas internacionales hasta la equiparación de esas normas a las normas domésticas. Para los fines de esta tesis doctoral, creemos que el examen de los derechos comparados europeo, norteamericano y sudafricano ya es suficiente para identificar las posibilidades de modelos normativos que se abren a los sistemas jurídicos latinoamericanos.

En el derecho comparado europeo, verificamos que muchos sistemas constitucionales, fundados sobre el sentimiento nacionalista (o muy resistentes al pensamiento internacionalista, lo que es casi lo mismo), o establecen expresamente la

igualdad de jerarquía entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, o son omisos en la definición la superioridad jerárquica de los primeros. Según Antonio Cassese, tal dificultad en la apertura internacional de los sistemas jurídicos europeos tiene como ejemplo más conocido el sistema constitucional inglés.⁸⁰⁴

Presentemente, aun cuando los tribunales ingleses reconocen la existencia y la obligatoriedad interna de las normas internacionales (en obediencia a los actos del parlamento inglés que imponen tal respeto), tales normas no son reconocidas con un rango normativo superior al derecho inglés común. Ese tradicionalismo inglés en sus relaciones con el sistema jurídico internacional contrasta con su posición vanguardista en el siglo XVIII, cuando el *leading case* del caso *Barbuit's*, de 1735, consolidó la doctrina de la incorporación automática y la fuerza superior del derecho de las gentes en el derecho inglés.⁸⁰⁵

Hoy, el sistema inglés, en respeto a la supremacía de su parlamento, garantiza el control del derecho internacional por el parlamento y no reconoce a la norma internacional la primacía en casos de conflicto (aunque los principios hermenéuticos que vamos examinar posteriormente puedan resultar, en la práctica, la aplicación del derecho internacional en *hard cases* que involucren situaciones de conflicto). Incluso en el tema de los derechos humanos, es posible observar tal resistencia de los tribunales y juristas ingleses al derecho internacional, lo que justificó la edición del *Human Rights Act* de 1998, que tiene el propósito, entre otros, de conferir más efectividad a las normas de derechos humanos estampadas en el CEDH.⁸⁰⁶ Sin embargo, aun después del *Human Rights Act*, persiste la dificultad británica en conferir primacía a las normas internacionales de derechos humanos.⁸⁰⁷

En el continente americano, el modelo inglés de integración limitada de los tratados internacionales influenció decisivamente al sistema jurídico de los Estados

⁸⁰⁴ Cfr. *International law*, ob. cit., p. 236.

⁸⁰⁵ Cfr. Eugenio Alberto Gaete González: «Derecho internacional y derecho de los Estados: incorporación de los derechos humanos», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, 1996, pp. 262-263.

⁸⁰⁶ Según Rt Hon. Lady Justice Arden DBE, la aprobación del *Human Rights Act* proporcionó un significativo cambio constitucional en el Reino Unido, confiriendo al sistema inglés una «*shadow constitution*». Mary Howarth Arden: «Peaceful or problematic? The relationship between national supreme courts and supranational courts in Europe», en *Yearbook of European Law*, v. 29, 2010, p. 5.

⁸⁰⁷ Cfr. Merris Amos: «The principle of comity and the relationship between british courts and the European Court of Human Rights», en *Yearbook of European Law*, v. 28, 2009, pp. 503-506.

Unidos. Siguiendo el ejemplo de su antigua metrópolis colonizadora, la actual jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU atribuye el mismo rango normativo a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso. Ambos serían igualmente consideradas «*the supreme Law of the Land*»⁸⁰⁸, prevista en el artículo 6, párrafo 2º, de la Constitución de los EEUU. Esto es lo que explica Laurence H. Tribe:

La Suprema Corte, tratando los actos del Congreso y los tratados internacionales como equivalentes legales, estableció que, cuando un conflicto surge entre un tratado internacional válido y un acto válido del Congreso, «la última expresión de la soberanía debe prevalecer». Así, a los actos legislativos que colisionan contra obligaciones anteriores de tratados internacionales son atribuidos efectos por las cortes. Similarmente, un tratado puede suceder un acto anterior del Congreso.⁸⁰⁹

En un primer momento de la jurisprudencia constitucional norteamericana (a lo mejor, antes de las grandes guerras mundiales del siglo XX), esta parece más abierta y favorable a la integración de sistema constitucional en el derecho interno de los Estados Unidos. Así, por ejemplo, el caso *Ware v. Hylton*, la Suprema Corte de los EEUU declaró que «*when the United States declared their independence, they were bound to receive the law of nations*» («cuando los Estados Unidos declararon su independencia, ellos se obligaron a recibir el derecho de las naciones»).

Igualmente, en el caso *The Paquete Habana*, de 1900, la Suprema Corte de los Estados Unidos consignó, expresamente, que «*international law is a part of our law*» («el derecho internacional forma parte de nuestro derecho»)⁸¹⁰. De acuerdo con tal principio, el derecho internacional, el cual incluye la costumbre internacional, debería integrar el sistema normativo norteamericano, tal y como ocurre en otros sistemas jurídicos del mundo.

El problema, no obstante, pasó a ser cómo y cuándo operan y cesan los

⁸⁰⁸ Probablemente, la mención a los tratados internacionales en cuanto «*law of the land*» en la Constitución de los EEUU tiene como fuente de influencia la doctrina de William Blackstone, que declaraba ser «*the law of nations*» una parte de «*the law of the land*». Sin embargo, observamos que Blackstone también atribuía al derecho internacional («el derecho de las naciones», «*the law of the nations*»), en su dimensión externa, un sentido de *ius cogens* internacional y, en su dimensión interna, un sentido precisamente constitucional (en la acepción que tal término tenía en la primera mitad del siglo XVIII). Cfr. William Blackstone: *Commentaries on the laws of England*, v. 4, Chicago, University of Chicago Press, 1979, original de 1769, pp. 66-67).

⁸⁰⁹ *American constitutional law*, v. I, 3ª ed., New York, Foundation Press, 2000, pp. 644-645.

⁸¹⁰ Cfr. Lori Fisler Damrosch *et alli: International law cases and materials*, 5ª ed., Nueva York, West Publishing, 2009, pp. 654-657.

efectos jurídicos de las normas internacionales en el ámbito interno de los Estados Unidos. Sobre eso, creemos que los tribunales norteamericanos (y principalmente la Suprema Corte de ese país) todavía no han avanzado mucho en dirección a la primacía de las normas internacionales, especialmente de las normas jurídicas que tratan del tema de los derechos humanos.

De hecho, respecto al tema de la integración interna de los tratados internacionales (especialmente de los tratados de derechos humanos), en el ámbito del sistema jurídico de los EEUU, que podría ser considerado el representante del modelo jurídico inglés en el continente americano, observamos una tendencia jurisprudencial en el sentido de declarar que tales tratados serían *non-self-executing*, o sea, no serían aptos para generar efectos jurídicos inmediatos, no siéndoles posible derogar inmediatamente normas legales nacionales. En el siglo XX, hubo asimismo una costumbre institucional de los EEUU de ratificar los tratados internacionales de derechos humanos con la declaración de que los EEUU consideran sus normas substantivas como *non-self-executing*. Esa tendencia jurisprudencial, sin embargo, no es absoluta. De hecho, hay un importante *leading case* (el caso *Oyama v. California*, de 1948) de la Suprema Corte de los EEUU que se basa en normas de derechos humanos de un tratado internacional (la Carta de las Naciones Unidas) para reconocer la inaplicabilidad de leyes nacionales contrarias a tales normas⁸¹¹.

Creemos que el cierre normativo norteamericano respecto a la relación y la integración de su sistema interno con el sistema internacional quizá puede ser explicado por la ausencia de un apoyo auténtico de los Estados Unidos a la natural evolución del derecho internacional en el siglo XX. Antes de las grandes guerras mundiales, como sabemos, el derecho internacional era considerado un derecho «entre naciones», es decir, un sistema jurídico que se aplicaba solamente a las relaciones entre los Estados.

Después de aquel entonces, principalmente en la segunda mitad del siglo pasado, el derecho internacional, especialmente debido a los tratados e instituciones que componen el sistema internacional de derechos humanos, pasó también a ocuparse de las relaciones jurídicas entre el Estado y el individuos y entre los individuos. La separación

⁸¹¹ Cfr. Thomas Buergenthal, Dinah Sheldon y David P. Stewart: *International human rights in a nutshell*, 4ª ed., St. Paul, Wets Publishing Co., 2009, pp. 419-444.

natural de los espacios normativos propios del derecho internacional y de los derechos nacionales (la cual apoyó las doctrinas dualistas, conforme hemos visto) ya no es una realidad presente. Por lo tanto, la resistencia norteamericana a la apertura normativa internacional no se justifica en la realidad normativa contemporánea, aunque continúe a ser compatible con su política internacional que sobrevalora su propia soberanía estatal (no necesariamente la de los demás Estados) y que encuentra dificultades en la abdicación de poderes normativos en favor del consenso y de las fuentes internacionales.

Incluso en los *leading cases* de la Suprema Corte de los EEUU que son considerados muy avanzados histórica y axiológicamente (e que están en favor de la expansión de los derechos humanos en el continente americano), como el famoso caso *Brown v. Board of Education* (que, en realidad, comprende cinco casos decididos en 1954 y 1955: *Gebhart v. Belton*, *Brown v. Board of Education*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. County School Board of Prince Edward County* y *Bolling v. Sharpe*), la jurisdicción constitucional norteamericana no se valió de las normas internacionales de derechos humanos como fundamento para su integración con las normas constitucionales que reconocen y garantizan derechos fundamentales.

También en la actualidad, cuando la doctrina constitucionalista norteamericana revisa el caso *Brown v. Board of Education*, no se encuentran comentarios sobre la posibilidad de aplicación al caso de las normas internacionales de derechos humanos (incluso normas del *ius cogens* internacional, que prohíben cualquier forma de discriminación racial, de forma absoluta), como si el tema de los *civil rights* no fuese asimismo un tema de los derechos humanos.⁸¹² En uno de esos muchos estudios de revisión académica, el profesor Jack M. Balkin es taxativo cuando manifiesta que la educación es un «interés fundamental» y no un derecho humano fundamental, aunque la Suprema Corte norteamericana casi haya declarado la fundamentalidad del derecho a la educación (esta sería la intención original del juez Warren). Balkin, examinando el *leading case*, expresa que la educación es un interés y que, a su juicio, «*un interés fundamental se diferencia de un derecho fundamental debido a que no impone obligaciones positivas del*

⁸¹² Sobre la revisión académica del caso *Brown v. Board of Education*, cfr. Jack M. Balkin *et alli*: *What «Brown v. Board of Education» should have said: the nation's top legal experts rewrite America's landmark civil rights decision*, editado por Jack M. Balkin, Nueva York, New York University Press, 2002, *passim*, y Michael J. Klarman: *Brown v. Board of Education and the civil rights movement*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, *passim*.

Estado». ⁸¹³

Este mismo modelo jurídico inglés y norteamericano (aislacionista en su origen), en el continente africano, también se aplica en el sistema jurídico de Sudáfrica, en el que se encuentran reglas constitucionales que «protegen» las normas nacionales contra el sistema internacional. Así, en el artículo 231 de la Constitución sudafricana⁸¹⁴, está establecido que los actos del parlamento y la propia Constitución pueden determinar que algunos tratados internacionales sean considerados «*non self-executing*». Por otra parte, en su artículo 232, la Constitución sudafricana reconoce que el derecho de la costumbre internacional es integrado como derecho nacional, pero solamente si no está en contra de la Constitución o los actos del parlamento⁸¹⁵.

En oposición al modelo inglés, podemos encontrar otro modelo europeo que, en el tema de la integración de las normas internacionales, está más comprometido jurídicamente con el respeto al orden internacional (y, a lo mejor, también con la protección de los derechos humanos) y que reconoce la superioridad del derecho internacional al derecho nacional (es decir, la superioridad de los tratados internacionales y la costumbre internacional a las leyes nacionales). Este sería el modelo europeo continental, que encuentra ejemplos importantes en los sistemas jurídicos alemán, español, italiano y portugués.

En el artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn⁸¹⁶, está reconocido expresamente que «*las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal*» y que «*se sobreponen a las leyes y constituyen fuente directa de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal*». Aquí reside el fundamento constitucional alemán para la doctrina de la primacía del derecho

⁸¹³ Cfr. Jack M. Balkin: «*Brown v. Board of Education: a critical introduction*», en Jack M. Balkin *et alli*: ob. cit., p. 57, traducción libre.

⁸¹⁴ El texto de la Constitución sudafricana está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1996-108.pdf>>. Fecha de acceso: 8.6.2012.

⁸¹⁵ Aunque siga el modelo «introspectivo» inglés, el sistema sudafricano contiene una regla hermenéutica de integración que puede «salvar» la aplicación de las normas internacionales que están en conflicto con las normas domésticas. En su artículo 233, la Constitución sudafricana garantiza que el derecho nacional debe siempre ser interpretado de una forma adecuada que no sea contraria a las normas internacionales.

⁸¹⁶ El texto de la Constitución de Alemania está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_02.html>. Fecha de acceso: 8.6.2012.

internacional sobre el derecho interno⁸¹⁷, doctrina esta que siempre fue ampliamente reconocida entre los juristas internacionalistas, aunque todavía sufra la resistencia en muchos sistemas jurídicos introspectivos, como los de la genealogía inglesa.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y la doctrina constitucionalista alemana todavía consideran que los tratados internacionales de derechos humanos, como el CEDH, no están dotados, formalmente, del mismo rango normativo del que disfruta la Constitución, aunque sean tales tratados relevantes para la interpretación de los derechos fundamentales y sean también los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, según Michael Lothar, considerados como «garantías cumulativas» en el sistema constitucional germánico, a fin de lograr el más alto nivel de protección de los derechos, principalmente cuando no se está tratando de un caso de conflictos entre dos derechos humanos fundamentales distintos (como el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de prensa, por ejemplo).⁸¹⁸

Al igual que el sistema germánico, entre los órdenes jurídicos abiertos *en principio* al sistema jurídico internacional, también se halla el sistema español. En el artículo 95.1 del texto constitucional español, está escrito que «*la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*». Desde ese artículo se concluye que los tratados internacionales, *en principio*, no tienen el mismo rango normativo de la Constitución, pero también se concluye que esos tratados tienen un rango superior a las leyes nacionales españolas (incluso superior a las leyes orgánicas, que, en España, definen el régimen jurídico del goce de los derechos fundamentales).

Por supuesto, en el ámbito del sistema constitucional español, si los tratados internacionales tuviesen el mismo rango que las normas legales, sería absolutamente innecesario el artículo 95 de la Constitución. De hecho, si hace falta expresar que los

⁸¹⁷ El reconocimiento de la primacía general del derecho internacional sobre el derecho interno alemán, sin embargo, no significa que los alemanes primen por las normas internacionales sobre absolutamente todas las normas nacionales. El Tribunal Federal Constitucional Alemán declara que existe un núcleo fundamental en la Constitución alemana que no puede ser reformada por normas internacionales; esto quedó claro, recientemente, en el caso del recurso de inconstitucionalidad contra el Tratado de Lisboa, de la Unión Europea, decidido el 30 de junio de 2009.

⁸¹⁸ Cfr. Lothar Michael: «The double conflict: human rights in conflict within and between legal systems», en *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. 4, 2009, pp. 313-314.

tratados internacionales exigen una revisión constitucional para alterar norma constitucional (lo que sería obvio si su rango normativo fuese igual a de las leyes), eso significa que tales tratados tienen un rango especial en el sistema jurídico español, es decir, tienen normalmente un rango supralegal, aunque infraconstitucional (a menos que sea caso de revisión constitucional, cuando las normas internacionales pueden ser reconocidas como partes integrantes del bloque de constitucionalidad).

Así como en el sistema constitucional alemán, en Italia, el texto constitucional (artículo 10) expresa que «*el orden jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocido*» y que «*la condición jurídica del extranjero es regulada por la ley en conformidad con las normas y los tratados internacionales*».

Según Marco Pedrazzi, ese texto normativo (al menos en lo que concierne al derecho internacional y europeo de los derechos humanos) soportó una evolución hermenéutica en la jurisprudencia constitucional italiana, pasando la Corte Constitucional y los tribunales italianos de una cómoda posición «nacionalista», que no atribuye un rango normativo diferenciado y superior a las normas de derechos humanos (y que incluso consideraba los tratados internacionales de derechos humanos como pertenecientes al grupo de los *non-self-executing treaties*⁸¹⁹), a una posición más moderna, que reconoce la primacía de las reglas y principios de derechos humanos.⁸²⁰ De este modo, se puede concluir en favor del reconocimiento de la primacía de las normas jurídicas internacionales en Italia, lo cual quedó todavía más claro después de la reforma constitucional de 2001 (por la cual fue modificado el artículo 117 de la Constitución de Italia⁸²¹), aunque la primacía internacional y europea no afecte, en principio, la supremacía constitucional italiana.

El sistema constitucional griego también goza de una apertura constitucional

⁸¹⁹ Cfr. Francesco Francioni: «The jurisprudence of international human rights enforcement: reflections on the italian experience», en *Enforcing international human rights in domestic courts*, editado por Benedetto Conforti y Francesco Francioni, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 25.

⁸²⁰ Cfr. Marco Pedrazzi: «La CEDU nell'ordinamento italiano» en *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, editado por Andrea Caligiuri, Giuseppe Cataldi y Nicola Napoletano, Milano, CEDAM, 2010, pp. 600-607.

⁸²¹ El artículo 117 de la Constitución italiana ahora tiene la siguiente redacción: «*El poder legislativo es ejercido por el Estado y las Regiones con el respeto de la Constitución y con las limitaciones derivadas del orden comunitario y de las obligaciones internacionales*».

adecuada al sistema internacional. En el artículo 28.1 de la Constitución griega⁸²², queda establecido que «*las normas reconocidas por el derecho internacional general y los tratados internacionales... constituyen una parte integrante del derecho griego y derogan cualquier ley en contrario*». También está establecido en los artículos 28.2 y 28.3 que el ejercicio de los poderes soberanos pueden ser traspasados a las organizaciones internacionales, con las condiciones previstas en la propia Constitución. En el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos, no hay norma constitucional expresa sobre su rango normativo, lo que lleva a la doctrina a atribuir a tales tratados la posición jerárquica de normas supralegales e infraconstitucionales, aunque una posición minoritaria también defiende el valor constitucional de los convenios internacionales de derechos humanos.⁸²³

En Francia, el rango normativo de los tratados internacionales (de derechos humanos o no) está establecido por el artículo 55 de la Constitución de 1958, que reconoce a los tratados y acuerdos nacionales debidamente ratificados por el Estado francés —y considerando la condición de reciprocidad para los tratados en general⁸²⁴— una autoridad superior» a la de las leyes nacionales, o sea, un *status* jurídico supralegal. Sin embargo, de acuerdo con el Consejo Constitucional francés, tales normas jurídicas internacionales, en principio, no pueden ser consideradas superiores a las normas constitucionales del Estado.⁸²⁵

Por otro lado, entre los juristas franceses, ya se puede encontrar a quienes defienden que los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente el CEDH, deben ser integrados al bloque de constitucionalidad francés y, por lo tanto, estar incluidos en el conjunto normativo interpretado y defendido por el Consejo Constitucional⁸²⁶, lo que

⁸²² El texto de la Constitución griega está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html>>. Fecha de acceso: 17.6.2012.

⁸²³ Cfr. David Szymczak: ob. cit., pp. 69-71.

⁸²⁴ La condición de reciprocidad establecida en la Constitución francesa, de acuerdo con las doctrinas constitucionalistas e internacionalistas, no se aplica a los tratados internacionales de derechos humanos, que crean obligaciones de naturaleza *objetiva*, las cuales son independientes de cualquier tratamiento recíproco de los Estados. Cfr. Dominique Rousseau: «L'Intégration de la Convention Européenne des Droits de L'Homme au bloc de constitutionnalité», en *Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de L'Homme: droits et libertés en Europe*, editado por Dominique Rousseau y Frédéric Sudre, Montpellier, Éditions STH, 1989, pp. 120-121.

⁸²⁵ Cfr. Marie-Luce Paris: «Europeanization and constitutionalization: the challenging impact of a double transformative process of french law», en *Yearbook of European Law*, v. 29, 2010, p. 31.

⁸²⁶ Cfr. Dominique Rousseau: ob. cit., pp. 124-130.

sería bastante razonable, considerando la coincidencia de muchos de los derechos reconocidos en la Constitución francesa y en el CEDH.⁸²⁷ En algunos casos decididos por el Consejo Constitucional de Francia, es posible reconocer esa integración normativa, como en la decisión 88.1082/1117, de 21 de octubre de 1988, en que el Consejo se fundamentó en el Protocolo 1 del CEDH a fin de negar peticiones de anulación de operaciones electorales.⁸²⁸

En Bélgica, aunque el texto constitucional no sea claro en este tema, la Corte de Casación ha consolidado (siendo seguida por los demás tribunales belgas), desde el caso *Franco Suisse Le Ski*, de 1971, una jurisprudencia en el sentido de que las normas de los tratados internacionales *self-executing* (como los convenios de derechos humanos en general y, en especial, el CEDH) deben ser aplicadas con primacía, es decir, tales normas poseen rango superior a las normas legales belgas, debido a la propia naturaleza de las normas internacionales.⁸²⁹ Según Patricia Popelier, el mismo raciocinio ha sido seguido posteriormente por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional de Bélgica.⁸³⁰

Entre las nuevas democracias del centro y este europeo, también podemos encontrar sistemas jurídicos que establecen una más amplia apertura al sistema internacional. En la Constitución de la República Checa⁸³¹, la primacía del derecho internacional queda todavía más clara. En su artículo 1.2, está escrito que el Estado debe observar y cumplir con todas sus obligaciones bajo el derecho internacional. Por otra parte, en su artículo 10, el texto constitucional reconoce que los tratados internacionales son parte del derecho checo y que el derecho internacional, aun cuando contrariado por cualquier norma jurídica nacional, debe ser aplicado. En los artículos 10.a y 10.b, también está prevista la posible transferencia de poderes soberanos a las organizaciones internacionales.

⁸²⁷ De hecho, conforme hemos visto anteriormente, el conjunto de los derechos humanos reconocidos en Europa recibió la influencia histórica de las declaraciones francesas de derechos humanos. De esta manera, sería ilógico dejar de promover la integración normativa, hermenéutica y también jurisprudencial del sistema europeo de derechos humanos y del sistema constitucional francés.

⁸²⁸ El texto de la decisión 88.1082/1117, de 21 de octubre de 1988, del Consejo Constitucional francés está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1988/88-1082/1117-an/decision-n-88-1082-1117-an-du-21-octobre-1988.110532.html>>. Fecha de acceso: 12.11.2013.

⁸²⁹ Cfr. Patricia Popelier: «Report on Belgium», en *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, editado por Giuseppe Martinico y Oreste Pollicino, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010, pp. 87-88.

⁸³⁰ Cfr. idem, ibidem, pp. 88-89.

⁸³¹ El texto de la Constitución checa está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>>. Fecha de acceso: 17.6.2012.

Igualmente, en el tema de los tratados internacionales de derechos humanos, aunque no haya norma constitucional expresa en este sentido, parte de la doctrina checa apoya el valor constitucional de esos tratados.⁸³²

La Constitución búlgara contiene una norma en sentido similar. Según su artículo 5.4, los tratados internacionales ratificados de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente establecido, y estando debidamente promulgados y vigentes, son parte de la legislación del Estado y gozan de primacía cuando están en conflicto con la legislación doméstica.⁸³³ Sin embargo, no hay norma —ni tampoco jurisprudencia— que reconozca el valor constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en Bulgaria.⁸³⁴

Igualmente, el artículo 91.2 de la Constitución polaca⁸³⁵ reconoce a los tratados internacionales válidos en Polonia la primacía en los casos hipotéticos de confrontación con las normas legales polacas, aunque sea determinado a los aplicadores de las normas que intenten conciliar las normas nacionales e internacionales.

En Rumanía, el texto constitucional también establece que el derecho internacional es parte del derecho rumano. Sin embargo, en su artículo 11.3, la Constitución rumana⁸³⁶ determina que los tratados internacionales que violen la propia Constitución solo pueden ser ratificados después de la revisión constitucional. Con eso, se puede interpretar la Constitución en el sentido de que los tratados internacionales, en Rumanía, gozan de primacía sobre el derecho rumano infraconstitucional, pero no pueden *per se* derogar norma constitucional.

Por otro lado, en el artículo 20 de la Constitución rumana, está expresado que *«las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos deben ser interpretadas y aplicadas en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los convenios y otros tratados internacionales*

⁸³² Cfr. David Szymczak: ob. cit., pp. 66-67.

⁸³³ El texto integral de la Constitución búlgara está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parliament.bg/en/const/>>. Fecha de acceso: 13.11.2013.

⁸³⁴ Cfr. David Szymczak: ob. cit., p. 71.

⁸³⁵ El texto integral de la Constitución polaca está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. Fecha de acceso: 19.11.2013.

⁸³⁶ El texto integral de la Constitución rumana está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371>>. Fecha de acceso: 18.11.2013.

de los que Rumania forma parte» y que «cuando existan cualesquiera inconsistencias entre los convenios y tratados internacionales de derechos humanos fundamentales de que Rumanía forma parte y las leyes nacionales, las normas internacionales deben prevalecer, salvo si la Constitución o las leyes nacionales contienen disposiciones más favorables».⁸³⁷ Debido a tal disposición de la Constitución rumana, las normas internacionales de derechos humanos no solamente deben interaccionar hermenéuticamente con las normas constitucionales que garantizan derechos en Rumanía sino que también deben prevalecer sobre el derecho legal rumano.

Otrosí, como podemos percibir, la Constitución rumana albergó expresamente el principio *pro homine*, que determina, en casos de conflictos normativos, la aplicación de la norma más favorable a la protección humana. Igualmente, la doctrina jurídica rumana ha interpretado el artículo 20 de su Constitución en el sentido de que los tratados internacionales de derechos humanos componen el bloque de constitucionalidad del Estado rumano.⁸³⁸

En Hungría, tenemos una situación jurídica muy particular, principalmente después de la nueva Constitución de 2011⁸³⁹, que presenta rasgos nacionalistas y conservadores, y sufrió diversas críticas desde el Parlamento Europeo⁸⁴⁰. A pesar de eso, en el artículo Q.2 de la Constitución húngara, está establecido que el Estado «*debe asegurar la armonía entre el derechos internacional y el derecho húngaro, a fin de cumplir con sus obligaciones ante el derecho internacional*». Por otra parte, en el artículo Q.3, quedó expresado que Hungría «*debe aceptar las reglas de derecho internacional reconocidas genéricamente*» y que «*otras fuentes del derecho internacional deben formar parte del sistema jurídico húngaro por medio de las publicaciones en forma de legislación*».

Aunque el texto constitucional húngaro no sea muy claro, es posible interpretarlo en el sentido de que las normas de la costumbre internacional (como el *ius*

⁸³⁷ Traducción libre.

⁸³⁸ Cfr. David Szymczak: ob. cit. pp. 64-65.

⁸³⁹ El texto de la Constitución revisada de Hungría está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.kormany.hu/download/4/c3/30000/THE%20FUNDAMENTAL%20LAW%20OF%20HUNGARY.pdf>>. Fecha de acceso: 18.11.2013.

⁸⁴⁰ Cfr. la Resolución de 5 de julio de 2011 del Parlamento Europeo, respecto de la Constitución revisada de Hungría, en la siguiente página electrónica: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0315+0+DOC+XML+V0/EN&language=EN>>. Fecha de acceso: 18.11.2013.

cogens internacional) son aplicables inmediatamente al sistema húngaro, con el rango supralegal, mientras que las normas convencionales demandarían la transformación en acto legal, con fuerza normativa ordinaria o quizá también supralegal. Sin embargo, antes de la reforma constitucional del 2011, la Corte Constitucional y la doctrina húngara ya habían declarado que, en los casos de los tratados internacionales de derechos humanos, como el CEDH, sus normas tendrían fuerza constitucional e integrarían el bloque normativo sujeto a la interpretación de la Corte Constitucional para fines de control de constitucionalidad.⁸⁴¹ Hace falta aguardar el desarrollo de la jurisprudencia constitucional húngara pos-2011 a fin de verificar si tal posicionamiento queda mantenido.

En cambio, algunas constituciones nacionales de Europa establecieron, de forma más clara, la posibilidad de que un tratado internacional goze incluso de rango constitucional, pero solo cuando tenga lugar su aprobación por el parlamento por un cuórum diferenciado. Así, por ejemplo, en la Constitución de Portugal, en su artículo 8º, está establecido que «*las normas y los principios de derecho internacional general o común son parte integrante del derecho portugués*», que «*las normas constantes en convenios internacionales regularmente ratificadas o aprobadas vigoran en el orden interno*» y que «*las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de que Portugal sea parte vigoran directamente en el orden interno*».⁸⁴²

En las citadas disposiciones constitucionales portuguesas, no está establecido el rango normativo de tales normas internacionales; simplemente está dicho que esas normas son parte del derecho portugués. No obstante, en su artículo 277, la Constitución de Portugal determina que «*la inconstitucionalidad orgánica o formal de los tratados internacionales regularmente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el orden jurídico portugués, con la condición de que tales normas sean aplicadas en el orden jurídico de la otra parte, salvo si tal inconstitucionalidad es resultado de violación de una disposición fundamental*». Por otra parte, en su artículo 279, estipula la mencionada Constitución que «*si el Tribunal Constitucional se pronuncia en favor de la inconstitucionalidad de la norma constante en el tratado, este solo podrá ser ratificado si*

⁸⁴¹ Cfr. David Szymczak: ob. cit., pp. 62-63; Imre Takács: «The guarantees of human rights», en *Human rights in today's Hungary*, editado por Marta Katona Soltész, Budapest, Mezon, 1990, p. 60.

⁸⁴² El texto de la Constitución portuguesa está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Fecha de acceso: 13.6.2012.

la Asamblea de la República lo aprueba por una mayoría de dos tercios de los diputados presentes, y con la condición de que sea superior a la mayoría absoluta de los diputados en efectividad de funciones».

Por lo tanto, de acuerdo con la Constitución portuguesa, un tratado internacional puede estar en contradicción con el texto constitucional y, salvo en caso de conflicto con «disposición fundamental», puede ser aplicado lícitamente. Orosí, también siendo un caso de conflicto constitucional (incluso contra «disposición fundamental»), puede la Asamblea de la República aprobar por una mayoría cualificada el tratado y, de esta manera, dotarlo de un rango normativo equiparado al rango constitucional.

La solución constitucional portuguesa fue parcialmente acogida por la actual Constitución de los Países Bajos (posterior a la reforma de 1983)⁸⁴³. De acuerdo con su artículo 91, un tratado internacional puede lícitamente contradecir una norma constitucional (derogándola) cuando las «Casas de los Estados Generales» aprueban tal tratado con una mayoría cualificada de dos tercios de los votos en favor de la aplicación del documento internacional. Entre los convenios internacionales que presentan ese rango constitucional (o incluso supraconstitucional) en los Países Bajos, se encuentra el CEDH.⁸⁴⁴

La antigua Constitución de este mismo Estado (revisada en 1956), como bien anotó Carlos M. Corao Ayala, era categórica, en su artículo 63, que si «*el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución*».⁸⁴⁵ Así, como vemos, la reforma constitucional de los Países Bajos tuvo como resultado alterar parcialmente el rango normativo de los tratados internacionales en su sistema interno; su rango supranacional solo está admitido cuando el tratado es aprobado por la mencionada mayoría cualificada. En ese caso, teóricamente, sería posible incluso pensar que las normas de los tratados internacionales no estarían, propiamente, superando la jerarquía constitucional, sino simplemente derogando normas constitucionales a fin de integrar —las mismas normas internacionales— al bloque de constitucionalidad del país.

⁸⁴³ El texto de la Constitución de los Países Bajos está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b5730.html>>. Fecha de acceso: 13.6.2012.

⁸⁴⁴ Cfr. David Szymczak: ob. cit., p. 56.

⁸⁴⁵ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., p. 43.

También en Austria, la protección constitucional de las normas internacionales de derechos humanos está reforzada debido a que el CEDH tiene el rango de texto normativo constitucional, debido a un acto constitucional de 1964.⁸⁴⁶ Según Alexander Morawa y Christoph Schreuer, la ausencia de un catálogo constitucional de derechos y libertades en el conjunto de leyes constitucionales austríacas facilitó la incorporación del CEDH —y, por consiguiente, de los tratados internacionales de derechos humanos— en el bloque de constitucionalidad de Austria. Tal circunstancia, conyugada con la relativa ausencia de activismo judicial de la Corte Constitucional austríaca, ha favorecido también la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la práctica jurisdiccional de los jueces y tribunales de Austria.⁸⁴⁷

En la Constitución de Finlandia⁸⁴⁸, está establecido (artículo 22) que el «*poder público debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y los derechos humanos*». Igualmente, está previsto en el artículo 74 que es «*función de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento emitir su dictamen sobre la constitucionalidad de las proposiciones de Ley y de los otros asuntos que se sometan a su tramitación, así como sobre su relación con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos*». Considerando tales normas, es posible reconocer el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico finlandés.⁸⁴⁹

La Constitución rusa⁸⁵⁰ parece haber avanzado todavía más en la apertura constitucional al derecho internacional (aunque eso parezca contradictorio con la tradicional política externa del país⁸⁵¹). De acuerdo con el artículo 11.3 del texto

⁸⁴⁶ Cfr. Philipp Cede: «Report on Austria and Germany», en *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, editado por Giuseppe Martinico y Oreste Pollicino, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010, p. 63; David Szymczak: ob. cit., pp. 56-57.

⁸⁴⁷ Cfr. Alexander H. E. Morawa y Christoph Schreuer: «The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: a view from Austria», en *Enforcing international human rights in domestic courts*, editado por Benedetto Conforti y Francesco Francioni, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 176-177.

⁸⁴⁸ La versión en castellano de la Constitución de Finlandia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731.pdf>>. Fecha de acceso: 18.11.2013.

⁸⁴⁹ Cfr. David Szymczak: ob. cit. pp. 61-62.

⁸⁵⁰ El texto de la Constitución de Rusia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-02.htm>>. Fecha de acceso: 13.6.2012.

⁸⁵¹ Con excepción de un corto periodo histórico posterior a la Guerra Fría, en que la política externa rusa estuvo más abierta al mundo occidental y la sociedad internacional como un todo, la política externa rusa mantuvo en todo el siglo XX la tendencia al cerramiento, al nacionalismo y a la desconfianza ante el mundo occidental. Cfr. Jyotsna Bakshi: «Russian Foreign Policy», en *Indo-russian relations: prospects, problems and Russia today*, editado por V. D. Chopra, Delhi, Kalpaz Publications, 2001, pp. 243-248.

constitucional, los tratados internacionales pueden regular un tema que es, típicamente, materialmente constitucional: las formas de división de poderes y competencias entre órganos con autoridad pública. Otrosí, de forma expresa, en su artículo 15.4, la Constitución de Rusia determina la primacía de las normas internacionales en conflicto con las normas nacionales.

Un sistema también muy peculiar y generoso con los derechos humanos es el sistema constitucional de Bosnia-Herzegovina. De acuerdo con el artículo 2.1 de su Constitución⁸⁵², el Estado debe asegurar a todos los seres humanos «*el nivel más alto de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente*», derechos estos que no pueden ser suprimidos o disminuidos por ninguna enmienda a la Constitución, en virtud de su artículo 10.2. Por otra parte, en su artículo 2.2, queda expresamente incorporado en el sistema bosnio-herzegovino el CEDH. Igualmente, en el primer anexo del texto constitucional, están enumerados diversos tratados internacionales de derechos humanos que están incorporados, por orden directa de la Constitución, al sistema jurídico de Bosnia-Herzegovina.

Finalmente, en Turquía, el texto constitucional reconoce la superioridad jerárquica del sistema jurídico internacional incluso en casos de conflicto con normas de la propia Constitución. En su artículo 90, la Constitución turca⁸⁵³ determina que ningún recurso al tribunal constitucional puede ser interpuesto fundado en la alegación de la inconstitucionalidad de un tratado internacional y que los tratados que tratan del tema de derechos y libertades fundamentales prevalecen sobre las normas internas sobre el mismo tema en sentido diverso.

Como se puede observar desde el examen del derecho comparado europeo, solamente pocos Estados (en especial, el Reino Unido), en sus respectivas constituciones, confieren un rango normativo común a las normas del derecho internacional o, en especial, de los tratados internacionales. Inversamente, diversos Estados (la gran mayoría), más abiertos al sistema internacional, reconocen expresamente la superioridad jerárquica de las

⁸⁵² El texto de la Constitución de Bosnia-Herzegovina está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.ccbh.ba/eng/article.php?pid=827&kat=518&pkat=500>>. Fecha de acceso: 18.11.2013.

⁸⁵³ El texto de la Constitución turca está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/THE_CONSTITUTION_OF_THE_REPUBLIC_OF_TURKEY.pdf>. Fecha de acceso: 21.6.2012.

normas internacionales. Existen todavía otros Estados que establecen un rango diferenciado a tales normas, eligiendo soluciones creativas en la solución del probable conflicto normativo. Sin embargo, examinando continentalmente los sistemas constitucionales europeos, podemos identificar claramente una tendencia común a reconocer la eficacia superior de las normas internacionales.

De acuerdo con lo que explica Antonio Cassese⁸⁵⁴, incluso en los Estados resistentes al sistema internacional, que optan por la equivalencia de rango normativo entre normas nacionales e internacionales, se puede hallar una tendencia hermenéutica que garantiza la primacía internacional por medio de dos principios: el principio de la presunción en favor de los tratados internacionales (o de la interpretación favorable al derecho internacional) y el principio de la especialidad.

Por el primer principio, se entiende que se debe presumir que los tratados internacionales no están en conflicto con ninguna norma nacional, salvo la existencia de alguna incompatibilidad absolutamente manifiesta declarada por el tribunal máximo del Estado. Por el segundo principio, se debe reconocer la especialidad de las normas internacionales, a fin de garantizar a esas normas la debida aplicación en caso de conflicto con normas «generales» (que serían las normas nacionales). Conjugando los dos principios, se puede evitar que las normas internacionales sean consideradas inaplicables al caso concreto.

Considerando la tendencia europea de garantía práctica de la primacía de las normas internacionales, podemos afirmar que las normas internacionales de derechos humanos, siendo «normas internacionales», también gozan de primacía en los sistemas jurídicos en caso de conflicto con las normas infraconstitucionales. Eso es consecuencia o de expresa previsión constitucional (de primacía de las normas internacionales), o de la aplicación de principios hermenéuticos (la presunción en favor de las normas internacionales y el principio de la especialidad) que garantizan la aplicación práctica de tales normas.

Sin embargo, la cuestión de la jerarquía normativa de las normas internacionales de derechos humanos sigue siendo problemática cuando tenemos, en teoría,

⁸⁵⁴ Cfr. ob. cit., pp. 236-237.

la posibilidad de existencia de conflictos normativos con las normas constitucionales. Cuando eso ocurre, es preciso examinar con más precisión el rango normativo de las normas de protección de los derechos humanos.

Para abordar ese problema, debemos empezar por tratar de las normas globales de derechos humanos, es decir, de las normas del derecho internacional general y de los tratados internacionales que son firmados por múltiples Estados de todo el orbe, no solamente de un continente o región. Debemos empezar, así, por las normas que gravitan en el consenso global de derechos humanos a que ya hicimos referencia.

Conforme ya mencionamos antes, los documentos normativos más importantes de las normas globales de derechos humanos son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). La importancia de los tres, que forman la Carta Internacional de Derechos Humanos, es su carácter general, amplio y universal. La propuesta global de los tres es formar un programa normativo básico de derechos humanos en torno al cual giran todas las demás normas especiales de derechos humanos. Esas otras normas especiales, que reconocen, por ejemplo, derechos específicos de los niños, los mayores, los discapacitados, los pueblos tradicionales, entre otros, partirían del centro fundamental de valores y principios consolidados en la Carta Internacional⁸⁵⁵.

Muchas de las normas prescritas en los dos pactos de Nueva York son una reproducción de la DUDH. De esas normas centrales se extrae el núcleo duro de los derechos humanos, los cuales, como ya explicamos, integran el concepto de *ius cogens* internacional. La parte esencial de la DUDH, por lo tanto, está compuesta por normas imperativas del derecho internacional general y merecen tratamiento especial en la definición del rango nacional de esas normas, es decir, del rango del que tales normas pasan a gozar después de la integración normativa propia (por medio de la recepción informal, inmediata y automática) en los sistemas jurídicos nacionales. En este tema, el caso de las constituciones ibéricas es especial.

El núcleo duro de los derechos humanos, sin lugar a dudas, está simbolizado

⁸⁵⁵ Cfr. Manuel Diez de Velasco: ob. cit., p. 654.

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual, por tal fundamento, está evocada expresamente en los textos de las constituciones española, portuguesa⁸⁵⁶ y rumana, como hemos visto anteriormente.

En la Constitución española, la referencia a la DUDH está expresa en los siguientes términos:⁸⁵⁷

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.

La misma norma de integración hermenéutica de los derechos humanos, que evoca la DUDH, también está expresa en la Constitución portuguesa⁸⁵⁸. La transcribimos aquí:

Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados de armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Igualmente, así se encuentra mencionada la DUDH en la Constitución de Rumanía:⁸⁵⁹

Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos deben ser interpretadas y aplicadas en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los convenios y otros tratados internacionales de que Rumania forma parte.

De acuerdo con tales preceptos constitucionales español, portugués y rumano, la DUDH servirá de parámetro de interpretación para los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, la función de la DUDH sería la función de integración hermenéutica, o sea, sería direccionar la comprensión y la aplicación de los derechos garantizados, por ejemplo, entre los artículos 14 al 29 de la carta constitucional española o entre los artículos 20 al 79 de la Constitución portuguesa. Sin embargo, esa norma constitucional española, portuguesa y rumana no esclarece de forma absoluta el rango normativo de las normas nucleares de la DUDH en el sistema jurídico español, portugués o rumano.

⁸⁵⁶ Cfr. Alejandro Saiz Arnaiz: ob. cit., p. 116.

⁸⁵⁷ Artículo 10.2 de la Constitución española.

⁸⁵⁸ Artículo 16.2 de la Constitución portuguesa.

⁸⁵⁹ Artículo 20.1 de la Constitución rumana.

A fin de definir el rango normativo de las normas de la DUDH en los sistemas jurídicos domésticos (la Declaración integrada en esos sistemas), debemos repetir lo que ya anotamos anteriormente: la DUDH y los valores que allí están involucrados son un marco fundamental de un nuevo consenso mundial. Así como la Carta de las Naciones Unidas legitima formalmente la existencia y coexistencia de los Estados, la DUDH legitima materialmente los Estados, interna y externamente.

En el ámbito internacional, la DUDH humaniza el Derecho Internacional e impone el respeto a los seres humanos como base material de toda relación jurídica internacional. En el ámbito nacional, los principios básicos de derechos humanos expresos en la DUDH legitiman el orden jurídico del Estado ante sus ciudadanos.

En situaciones institucionales de rechazo a la democracia, en Estados que son regidos por regímenes autoritarios, no existe una verdadera Constitución material que garantiza los derechos elementales de todas las personas. Así, en Estados autoritarios, cuando los individuos no tienen derechos constitucionales que invocar, lo único que les queda es invocar a los derechos humanos, los cuales tienen su representación básica en la DUDH. Lo mismo se puede decir respecto a un orden formalmente constitucional que no asegura los derechos básicos y democráticos que una Constitución democrática material asegura. Si en la Constitución no están los derechos inherentes a las personas, estas invocarán a la incidencia de las normas de derechos humanos.

En cambio, si un Estado reconoce en su Constitución derechos que, materialmente, se asimilan a los derechos humanos, no por tal motivo puede el orden constitucional no consolidar de forma absoluta todos los derechos humanos reconocidos globalmente (y asimismo las perspectivas transculturales y transnacionales que conllevan tales derechos).

Formalmente, la DUDH no es un tratado internacional, es «solo» una resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸⁶⁰, lo que indujo a muchos estudiosos (como Hans Kelsen) a declarar que la DUDH no tendría carácter obligatorio, que sería una mera recomendación a los Estados⁸⁶¹. Sin embargo, su gran

⁸⁶⁰ Cfr. *idem*, *ibidem*.

⁸⁶¹ Cfr. Hans Kelsen: *Princípios do direito internacional*, ob. cit., pp. 195-197.

relieve no reside en su naturaleza formal, sino en su significado material. La DUDH representa el rechazo a los sistemas políticos, sociales y jurídicos inhumanos. Sus normas simbolizan la consideración del ser humano como centro de todas las finalidades de los Estados que participan de las Naciones Unidas. Sin el respeto a los principios generales de la DUDH, el poder político-jurídico-social no se legitima interna (ante el pueblo) o externamente (ante la comunidad internacional).

Los principios humanos primordiales asentados en la DUDH son parte de los fundamentos de existencia de los Estados democráticos, como España, Portugal y Rumania, por ejemplo. En el caso español, eso se puede percibir por su propia historia política y jurídica y por la declaración abarcada por su preámbulo constitucional que aquí transcribimos:

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

(...)

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

En España, además de su preámbulo y del artículo 10.2 de la Constitución, los derechos básicos consolidados en la DUDH están implícitos en el artículo 10.1 del texto constitucional. Es su texto:

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Si tenemos en cuenta el concepto y los fundamentos de los derechos humanos, concluiremos que la mención constitucional a la «*dignidad de la persona*» y a sus «*derechos inviolables que le son inherentes*» es una referencia inequívoca a los derechos humanos reconocidos globalmente. Si la dignidad humana y sus derechos corolarios son fundamento del orden político-jurídico español, toda norma que se incluya en el sistema jurídico español debe ser compatible con ese fundamento. La misma conclusión es válida para los sistemas jurídicos de Portugal y Rumania, por ejemplo.

Sin embargo, se debe indagar cuáles son esos derechos corolarios de la

dignidad humana, inviolables e inherentes a toda persona, que fundamentan los sistemas jurídicos ejemplificados.

¿Cuáles son tales normas supremas del humanismo jurídico? Son ellos justamente los principios centrales de la DUDH: el igual valor de todos los seres humanos; la protección de la vida, de las libertades (de locomoción, residencia, opinión, expresión, religiosa, asociación etc.) y de la seguridad de las personas; la protección de la integridad física y moral de todas las personas; la protección de la intimidad y privacidad de las personas; la protección de la posesión o propiedad de los bienes económicos básicos que permiten a las personas desarrollar sus proyectos de vida; la garantía de la participación igual de todos los ciudadanos en los poderes públicos; la promoción por el Estado de bienes y servicios básicos (asistencia a la salud, alimentación, agua, vivienda y vestido) que garantizan la supervivencia de las personas, por medio también de la garantía de relaciones laborales justas o por prestación directa de esos bienes y servicios elementales; la garantía de acceso a la cultura y a la educación como formas de desarrollo de la personalidad; la protección del medio ambiente como garantía de calidad de vida a las personas; y, finalmente, la prestación de decisiones judiciales justas, imparciales y que amparen todos esos derechos de las personas.

Todos esos principios humanos fundamentales, a excepción de la protección del medio ambiente, que es una construcción normativa posterior, ya estaban reconocidos en la DUDH. Si hay un núcleo duro de los derechos humanos, aquí lo tenemos.

Esos principios humanos fundamentales pueden ser desarrollados de diferentes modos, pero su núcleo básico debe ser garantizado en todo y cualquier sistema jurídico democrático. Tales principios tutelan, de diversos modos, la supervivencia y el desarrollo físicos y morales de todos los seres humanos y no pueden ser desdeñados en un orden político-normativo que ubique el ser humano como centro de todos los intereses tutelados jurídicamente (o sea, en un sistema que se basa en el humanismo jurídico). Por eso, naturalmente, siendo el caso de un Estado democrático y humanista, ese núcleo básico de derechos humanos debe ser el fundamento del propio sistema constitucional.

Ubicar el núcleo duro de los derechos humanos como el fundamento básico de los sistemas constitucionales democráticos tiene por consecuencia admitir que, en esos

mismos órdenes constitucionales, no es posible desfigurar tal núcleo. Si esa médula humanista se rompe, ya no estamos más ante el mismo sistema constitucional. Por lo tanto, en ese sentido, es correcto definir el centro básico de derechos humanos como un conjunto intangible a cualquier reforma constitucional, como una verdadera cláusula pétrea implícita en cualquier Constitución democrática que tiene como fundamento máximo el respeto al ser humano y a su dignidad intrínseca.

Por supuesto, ese núcleo humanista fundamental está compuesto por principios y, así, puede ser desarrollado por reglas jurídicas diferentes. Por ejemplo, no hace falta que la forma de hacer efectivo el derecho a salud en América Latina sea la misma forma que se desarrolló en España o Alemania. Tampoco deben ser idénticos los modos de concretar tal derecho en un país económicamente avanzado y en otro subdesarrollado. Las maneras pueden ser dispares, pero la médula de principios debe ser la misma.

Así, el reconocimiento de la existencia en una Constitución de una norma implícita que confiere validez y fuerza suprema al núcleo duro de los derechos humanos no significa necesariamente que deba existir una absoluta rigidez constitucional en el modo de desarrollo de esas normas básicas. Habiendo varias formas de concretar un mismo derecho humano, compete, en primer lugar, a la Constitución y, en segundo lugar, a la legislación establecer las reglas específicas de tutela de tal derecho.

Además de que el núcleo elemental de los derechos humanos funciona como un fundamento constitucional en muchos Estados democráticos y, a nuestro juicio, es cláusula pétrea material a esas constituciones, las normas de derechos humanos declaradas en la DUDH también tienen la función integradora, de acuerdo, por ejemplo, con los preceptos constitucionales español y portugués (el ya mencionado artículo 10.2 de la Constitución española y el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa).

Tomando otra vez ese ejemplo de las constituciones española y portuguesa, puede que suene un poco rara tal norma interpretativa si observamos que los mismos derechos reconocidos genéricamente en la DUDH son repetidos en diversos tratados internacionales ratificados por España y Portugal, así como en sus textos constitucionales. ¿Si los derechos son los mismos, cómo es posible vincular la interpretación de uno a otro?

Esa pregunta cobra todavía más relevancia si observamos que, la mayoría de las veces, las reglas convencionales y constitucionales son más específicas que las normas de la DUDH (que son, a lo mejor, principios y no reglas). ¿Sería lógico interpretar un conjunto normativo más específico, que contiene normas generales y normas específicas, por medio de la perspectiva de un conjunto normativo que contiene normas genéricas idénticas a las del primer conjunto?

Si una norma se resumiese a su programa normativo, o sea, a su texto, no tendría ningún sentido interpretar normas de derechos constitucionales por medio de la DUDH. Así, ningún significado jurídico tendría la norma del artículo 10.2 de la Constitución española y del artículo 16.2 de la Constitución portuguesa. Tales preceptos, en ese supuesto, poseerían función meramente política. Sin embargo, la norma no es solo texto, sino texto y contexto, o sea, programa y ámbito normativo. De esta manera, aunque un precepto de la DUDH tenga casi el mismo texto —programa normativo— que un precepto constitucional, los contextos —ámbitos y valores normativos— son diferentes.

Mientras que una norma de la DUDH tiene en cuenta a toda la humanidad por medio de sus diferentes contextos y valores culturales, sociales y económicos, una norma constitucional española o portuguesa se basa en el contexto específico español o portugués. Por eso, las dos normas tienen un contexto —ámbito— distinto, son normas distintas y no son interpretadas idénticamente.

Teniendo en cuenta la constatación anterior, el artículo 10.2 de la Constitución española o el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa (que aquí determina una integración hermenéutica que puede ser válida *a priori* en toda la Europa y todos los Estados constitucionales democráticos del mundo) pasa a ser comprendido en el sentido de que las normas de derechos fundamentales, cuando se integran con las normas de derechos humanos, pasan a ser interpretadas también desde una perspectiva global.

La afirmación de la perspectiva global en la interpretación de los derechos humanos es parcialmente cierta, pero no totalmente. Las normas de derechos humanos deben ajustarse perfectamente a los principios democráticos, pues los principios humanitarios son también principios democráticos. Un principio democrático básico es el principio de la soberanía, que también puede ser entendido como principio de la

autodeterminación colectiva. Esa autodeterminación no es solo política, sino también cultural.

Como la realidad jurídica también parte de la cultura de un pueblo, la identidad cultural de un pueblo impone el respeto a sus rasgos propios en la producción y aplicación de normas jurídicas. Las sociedades políticas territoriales deben respeto a los derechos humanos, pero también tienen derecho a que sus perspectivas propias sean consideradas en la formulación e imposición de las reglas jurídicas que son aplicadas en su territorio. Eso es incluso una consecuencia lógica del principio de la apertura cultural y nacional de las normas de derechos humanos, conforme ya observamos en otro capítulo anterior.

Así, tenemos siempre un conflicto de contextos y perspectivas en la integración hermenéutica de una norma global de derecho humano (una norma, por ejemplo, de la DUDH) con una norma local. Por un lado, si la norma local debe ser interpretada de acuerdo con la norma global, la perspectiva global también debe guiar la operación hermenéutica. Por otro lado, el contexto cultural, social y económico propio debe ser considerado en la integración, por deferencia a la autodeterminación política e identidad cultural del pueblo local. ¿Cómo sería posible resolver la contradicción? Creemos que la ponderación concreta debe ser uno de los mecanismos de solución del conflicto. Cuanto más cerca está la protección jurídica del núcleo del derecho humano, más intensamente se manifestará la perspectiva global; cuánto más lejos está la controversia del mismo núcleo, más libre estará el intérprete para optar por la perspectiva local. Otrosí, los principios hermenéuticos de derechos humanos de los cuales ya hemos escrito en un capítulo anterior deben ser aplicados a fin de resolver tal problema jurídico.

La perspectiva global también es especialmente importante cuando el titular del derecho humano *in concreto* es un extranjero. En esa hipótesis, es posible que la comprensión de la persona sobre su propio derecho sea distinta de la percepción de la autoridad pública.

Tengamos en cuenta el caso del derecho a la libertad religiosa titularizado, en una situación particular, por una mujer musulmana. De acuerdo con la comprensión de su contexto cultural, es un derecho suyo transitar por los espacios públicos —calles,

edificios del Estado, escuelas, tiendas etc.— llevando consigo el velo. Ese derecho sería inherente a su libertad religiosa. No obstante, es posible que, desde la perspectiva de un hombre español/portugués/italiano/latino católico, la libertad de vestir el velo no sea una consecuencia normativa de la libertad religiosa. En esa hipótesis, para resolver el choque de perspectivas culturales, es recomendable que el derecho humano sea interpretado en el caso concreto desde el contexto global (desde luego, multicultural), el cual atrae consigo, necesariamente, el contexto cultural de diferentes pueblos. La decisión en concreto, ciertamente, estará caracterizada por una óptica multicultural y la opción por la tolerancia deberá ser adoptada.

Podemos concluir, hasta aquí, que la DUDH puede integrarse en el sistema jurídico interno de los Estados de dos formas: su núcleo básico de principios humanitarios, siendo fundamento de cualquier democracia, es también fundamento elemental e irreformable en los órdenes constitucionales democráticos (o sea, está dotado de jerarquía constitucional especial); sus derechos enumerados, leídos como normas jurídicas que contienen un contexto global, suponen asimismo una interpretación que tenga en cuenta diversos contextos culturales de todo el orbe, ponderándose los contextos global y local en el caso concreto por la forma antes mencionada.

Pero todavía nos queda un elemento de integración: el hermenéutico-institucional. La DUDH, siendo una norma de la Organización de las Naciones Unidas, puede ser interpretada por este organismo internacional de una forma especial, por medio de resoluciones. En ese supuesto, la interpretación consolidada por las Naciones Unidas tiene amplia legitimidad global para ser considerada la mejor —o más adecuada— interpretación de la DUDH. De esta manera, aplicando, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución española o el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa, la resolución interpretativa de las Naciones Unidas también tiene influencia sobre la interpretación de las normas de derechos constitucionales en España o Portugal, así como lo tiene en todos los sistemas jurídicos democráticos que están abiertos a la integración de los derechos humanos en sus sistemas jurídicos.

Esa forma de integración en la interpretación de las normas de derechos humanos que quizá podamos llamar integración institucional está admitida expresamente, por ejemplo, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. De acuerdo con

lo que reconoció ese Tribunal en la sentencia 116/2006, la interpretación de las normas de derechos humanos no está influenciada solo por las decisiones de los tribunales internacionales que están instituidos para su tutela judicial, sino también por los actos de otros órganos —como los dictámenes de las comisiones— que están dotados de atribución para su defensa. Así se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 5 de la mencionada sentencia:

Ahora bien, el que los Dictámenes del Comité no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)⁸⁶².

De esta manera, siendo la DUDH un parámetro de interpretación de las normas de derechos constitucionales en España y Portugal (así como en otros Estados democráticos), y siendo la DUDH un documento normativo oficial de las Naciones Unidas, también las resoluciones de la Onu tienen el potencial de influir en la interpretación de las normas de derechos y libertades mencionadas en el artículo 10.2 de la Constitución española y de los derechos fundamentales citados en el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa, o sea, de los derechos materialmente humanos que son reconocidos y garantizados en casi todas las constituciones democráticas.

Después de la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) son los más importantes tratados internacionales de derechos humanos firmados en el ámbito de las Naciones Unidas (considerando que la DUDH no es un tratado, sino una resolución). Aunque fueron concebidos en un contexto histórico distinto del contexto en que se elaboró la Declaración Universal, las normas de los dos pactos desarrollan las

⁸⁶² El texto completo de la STC 116/2006 está disponible en la siguiente página del Tribunal Constitucional de España: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8912>>: Fecha de acceso: 15.9.2011.

normas de esta última y, los tres conjuntamente, forman un programa normativo básico global de los derechos humanos.

En la parte en que declara genéricamente derechos, sus normas funcionan como principios generales, al modo de la DUDH. Esa porción de los dos Pactos también simboliza el núcleo básico de los derechos humanos, que, internacionalmente, debe ser entendido como parte de un *ius cogens* superior, absoluto e inderogable, e, internamente en los Estados constitucionales democráticos, debe ser comprendido como fundamento elemental del sistema constitucional, igualmente absoluto e inderogable.

Sin embargo, los pactos de Nueva York —así como otros tratados internacionales de derechos humanos— también contienen derechos que no son necesariamente una representación del núcleo esencial de los derechos humanos, sino que son un desarrollo de este núcleo. En este punto específico, debemos averiguar cómo tiene lugar la integración de tales normas de los Pactos en los sistemas jurídicos domésticos.

Independientemente de cualquier rango superior establecido en favor de las normas internacionales de derechos humanos, debemos reconocer que el PIDESC y el PIDCP, siendo tratados internacionales ratificados por casi todos los Estados democráticos (y oficialmente publicados por todos), tienen una fuerza normativa interna mínimamente igual a la de los demás tratados internacionales válidamente internalizados en los Estados⁸⁶³. Por supuesto, los pactos y convenios de derechos humanos, por el simple hecho de establecer normas de derechos humanos, no pueden ser dotados de rango normativo inferior a los demás tratados internacionales. Es lo que resalta Alejandro Saiz Arnaiz, tratando de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos en España:

En principio, ha de notarse que *el art. 10.2 CE no modifica o altera la posición de los acuerdos o convenios a los que se refiere en el sistema interno de las fuentes del Derecho*. Desde este punto de vista se reconoce que los tratados internacionales en materia de derechos no se diferencian de los otros tratados que forman parte del ordenamiento español⁸⁶⁴.

⁸⁶³ En el sentido del rango supralegislativo de los tratados internacionales, sean ellos o no de derechos humanos, cfr. Santiago Ripol Carulla: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, Editorial Atelier, 2007, p. 58.

⁸⁶⁴ Ob. cit., p. 266.

Conforme ya hemos examinado, en muchos Estados del derecho comparado europeo, la Constitución establece un rango superior a los tratados internacionales en general o, en especial, a los tratados de derechos humanos integrados en el sistema jurídico interno. Cuando no lo hace la Constitución nacional, aun así la primacía de la norma internacional puede resultar de la aplicación de los principios de la presunción en favor de la norma internacional y de la especialidad de la norma internacional. Por lo tanto, en casi todos los Estados occidentales, el rango normativo interno de las normas internacionales de derechos humanos debe ser, por lo menos, superior al de todas las leyes nacionales infraconstitucionales. En ese caso, no hay mucha dificultad teórica en resolver un conflicto entre una ley —ordinaria u orgánica— y un tratado internacional de derecho humano (el PIDESC o el PIDCP), pues el tratado, con su rango superior, prevalecerá.

El problema verdaderamente puede surgir cuando tenemos la hipótesis de un conflicto entre una norma constitucional y una norma de un tratado internacional de derechos humanos. En esa hipótesis, presuponiendo que la norma del pacto internacional no es una norma del núcleo básico de derechos humanos y que no es *ius cogens* (pues, si lo es, prevalecerá sobre cualquier otra norma, conforme a lo que expusimos anteriormente), debemos verificar si la norma constitucional en conflicto es una norma de reconocimiento o garantía de derechos constitucionales. En caso positivo, hace falta averiguar cuál es la norma más favorable al ser humano.

Si la norma constitucional en conflicto es una norma de derecho constitucional (fundamental o no), es posible que el conflicto entre esa norma y la norma del pacto internacional sea un conflicto aparente de normas. En primer lugar, en todo tratado internacional de derechos humanos está implícito el principio del «*in dubio pro homine*», o «*pro persona*». De acuerdo con ese principio, una norma de derecho humano es siempre una imposición de un estándar mínimo de protección del ser humano. Así, una norma de derecho humano nunca estará en colisión con una norma que reconoce más pretensiones y facultades de las personas, pues una norma de derecho humano solo puede ser contrariada si la protección de la persona conferida por otra norma es menor que la suya.

Por ejemplo, si una norma internacional de derecho humano reconoce el derecho a la vida y solo permite la pena de muerte en algunas situaciones excepcionales, y,

por otro lado, una norma constitucional de un Estado prohíbe totalmente la pena de muerte, no hay ningún conflicto, ya que la norma internacional de derecho humano en cuestión debe ser comprendida no en el sentido de que determina la pena de muerte en situaciones excepcionales, sino en el sentido que prohíbe toda pena de muerte que no sea en las circunstancias especiales descritas. Siendo hipótesis de una de esas circunstancias especiales, sería lícito al legislador interno decidir si es o no admisible la pena de muerte. Si el legislador decide que no se impone la pena de muerte en tal situación, no hay ningún conflicto con la norma internacional, ya que esta permitiría las dos opciones normativas (autorizar o rechazar la pena de muerte en las situaciones excepcionales). Por eso, siendo la norma de derecho humano una garantía del «mínimo», en un conflicto aparente de garantías de derechos, prevalece la garantía máxima del derecho humano, o sea, la opción más favorable a la persona: *in dubio pro homine*.

Otrosí, si la norma internacional de derecho humano es más favorable a la persona que una norma constitucional que reconoce un derecho fundamental, también es posible que sea esto un conflicto aparente de normas. Una norma de derecho fundamental (parecido a lo que pasa con las normas de derechos humanos) es siempre una norma que establece posiciones jurídicas (poderes, pretensiones, facultades e inmunidades) mínimas a las personas, que no pueden ser disminuidas por actos de la legislación infraconstitucional. Pero si el Poder Legislativo, por medio de una mayoría simple o cualificada que se cristaliza en la ley, decide atribuir posiciones jurídicas más amplias a las personas, esta ley tampoco es contraria a la norma de derecho fundamental, puesto que esta admite «lo más» y no «lo menos». En consecuencia, una norma de derecho internacional, teniendo fuerza jurídica de norma infraconstitucional, es apta para añadir posiciones jurídicas a una norma constitucional de derecho fundamental.

Ese raciocinio desarrollado en el párrafo anterior relativo a los conflictos aparentes entre normas internacionales de derechos humanos y normas constitucionales de derechos fundamentales puede ser aplicado también a los derechos constitucionales en general, o sea, a los derechos constitucionales que no son formalmente reconocidos por el Estado como derechos fundamentales. Cuando la Constitución garantiza derechos a las personas, no lo hace con el fin de limitarlos, sino de establecer un conjunto de derechos que no pueden ser derogados por la legislación infraconstitucional. Por consiguiente, la ley

puede aumentar la totalidad de derechos de las personas. Lo que no puede hacer la ley es disminuirlo.

Pero un conflicto real surgiría si la norma internacional de derecho humano estuviera en conflicto con una norma constitucional que no tuviera el propósito de reconocer directamente derechos, sino de limitarlos para garantizar otros intereses constitucionalmente legítimos (muchas veces, con la finalidad de proteger otros derechos y bienes fundamentales diversos). Así, una norma constitucional que limita el derecho a la intimidad y privacidad, restringiendo en situaciones excepcionales la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, puede estar en conflicto con una norma internacional de derecho humano que reconoce tales derechos sin tales restricciones. En esa conjetura, es posible que se trate de un conflicto normativo real y que debamos elegir qué norma debe prevalecer.

Sin embargo, siempre que sea posible, se debe intentar interpretar la norma internacional de derecho humano y la norma constitucional de manera que sea superada la contradicción, buscándose un sentido en ambas que pueda asegurar la compatibilidad material entre las dos normas. Solamente en los casos excepcionales de contradicción absoluta e indiscutible se debería optar por una de las normas y rechazar totalmente la otra, en una solución normativa del tipo «todo o nada».⁸⁶⁵ En tal circunstancia, si no está afectado el núcleo básico del derecho humano, y si la norma internacional no fue recepcionada por el sistema jurídico nacional con el rango constitucional, prevalecería la norma constitucional, en respeto a la soberanía del Estado y al principio de la supremacía constitucional.⁸⁶⁶

Cuando analizamos esa posibilidad de un conflicto normativo —real o aparente— y el rango de las normas de derechos humanos en un Estado constitucional, estamos examinando el tema de la integración normativa propia de las normas de derechos humanos con el sistema interno nacional. Paralelamente a ese tema, también se debe examinar otra forma de integración: la hermenéutica. Esta es la vía de integración formulada, paradigmáticamente, por el artículo 10.2 de la Constitución española y el

⁸⁶⁵ Cfr. Alejandro Saiz Arnaiz: ob. cit., p. 270.

⁸⁶⁶ En este caso, es posible comprender la aparente «limitación» constitucional del derecho como una «regulación» auténtica del derecho; así, la norma constitucional no estaría restringiendo propiamente el derecho, sino que estaría regulándolo.

artículo 16.2 de la Constitución portuguesa.

Cuando examinamos la integración hermenéutica de las normas, no estamos resolviendo exactamente un problema de conflicto de normas, sino de acomodación normativa. Esta es la perspectiva que se debe adoptar en la aplicación del principio de integración hermenéutica de los derechos humanos. No supone la Constitución (española, portuguesa u otra Constitución democrática, europea o latinoamericana) que una norma internacional de derecho humano esté en contradicción con una norma constitucional de derecho fundamental. Todo lo contrario, la Constitución debe adoptar la premisa de que la norma internacional y la constitucional son compatibles y deben ser interpretadas en un mismo sentido.

Mencionamos anteriormente que casi siempre los textos internacionales de derechos humanos tienen una redacción muy semejante. Por lo tanto, la integración hermenéutica no se resuelve exactamente con la comparación de los textos, sino de los contextos y de los significados de las normas de derechos humanos. Un mismo derecho humano puede estar comprendido de una forma en un Estado y de otra no exactamente igual en el resto del mundo. Cuándo sea este el caso, el principio de la integración hermenéutica de los derechos humanos determina que la norma de derecho fundamental sea interpretada de modo compatible con la interpretación internacional del derecho en cuestión.

En España, por ejemplo, es indiscutible que el centro del estudio de la integración hermenéutica entre los derechos humanos es el artículo 10.2 de su Constitución, así como, en Portugal, el centro de tal estudio de halla en el artículo 16.2 del texto constitucional portugués. Pero todavía hay una gran discusión respecto al alcance de esta norma. Se debate hoy si esta norma se aplica solo a la interpretación de los derechos fundamentales o si también es aplicable a las normas de derechos constitucionales que no son considerados, por la doctrina y jurisprudencia constitucional, derechos propiamente fundamentales.

En el caso español, la causa de la discusión está en la redacción del artículo 10.2. En esta disposición se determina que las «*normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce*» deben ser interpretadas de

conformidad con las normas de la DUDH y de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en España. El texto expresamente se refiere a los «derechos fundamentales» y a las «libertades que la Constitución reconoce». Pero ¿cuáles serían estas libertades? ¿Sería esta expresión un sinónimo de «derechos fundamentales»?

Está claro que el artículo 10.2 del texto constitucional español alude a normas que establecen derechos que son reconocidos en la Constitución. Por supuesto, no sería necesario determinar que las normas de derechos infraconstitucionales fuesen interpretadas de conformidad con las normas internacionales, puesto que estas, en el sistema español (así como en muchos sistemas jurídicos del derecho comparado), ya tienen un rango superior al de las leyes. Si son superiores, las normas internacionales no solo dirigen la interpretación de las normas infraconstitucionales sino que también pueden limitar la propia eficacia jurídica de tales leyes.

En cambio, las normas internacionales, *a priori*, son inferiores en rango a las normas constitucionales en España (salvo la cuestión ya examinada de la posición del *ius cogens* internacional y del núcleo duro de los derechos humanos como normas implícitas pétreas en el sistema constitucional nacional) y por eso es necesario, en el caso de las normas de derechos humanos, buscar una solución normativa de acomodación en vez de considerar el tema como un conflicto de solución del tipo «todo o nada».

También está bastante claro que el artículo 10.2 de la Constitución española es aplicable a la interpretación de derechos subjetivos. Por lo tanto, no están todas las normas de la Constitución española sometidas a esta regla expresa de influencia hermenéutica. Solo las normas constitucionales que establecen derechos subjetivos están, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 10.2. El gran problema, sin embargo, es saber si solamente las normas de derechos fundamentales deben ser interpretadas de acuerdo con tal regla o si también todas las normas constitucionales que reconocen derechos deben recibir este tratamiento normativo.

Respecto a esa cuestión, es posible, teóricamente, formular tres posiciones alternativas: (i) solo las normas de derechos fundamentales deben ser interpretadas en conformidad con la DUDH y los tratados internacionales de derechos humanos; (ii) solo las normas constitucionales que establecen derechos subjetivos individuales (formalmente

fundamentales o no) deben ser interpretadas de esta forma; (iii) todas las normas constitucionales que establecen derechos subjetivos, sean colectivos o individuales, deben ser interpretadas de acuerdo con lo que determina el artículo 10.2.

En una comprensión extensiva, Alejandro Saiz Arnaiz sostiene que la regla hermenéutica del artículo 10.2 del texto constitucional español se proyecta por todos los derechos reconocidos en el título I de aquella Constitución. Lo hace apoyándose en tres constataciones: la ubicación del artículo 10 en el inicio del título I, antes de los cinco capítulos; la inexistencia de norma expresa en la Constitución que impida la proyección del canon hermenéutico internacional por todo el título I; y la inexistencia de cualquier razón lógica para estimar limitada la interpretación internacionalmente adecuada.⁸⁶⁷

La adopción de una de las corrientes doctrinarias puede ser relevante en el momento de verificar la fuerza normativa de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la interpretación de las normas constitucionales (en España y en otros sistemas constitucionales democráticos). Si tomamos el ejemplo del PIDCP, concluiremos que no hay ninguna dificultad teórica. Independientemente del alcance que se pueda atribuir del artículo 10.2 de la Constitución española (o sea, si afecta solamente a los derechos fundamentales o también a otros derechos constitucionales, individuales o colectivos), ese pacto deberá influir en la interpretación de los derechos allí reconocidos y reproducidos en el texto constitucional, pues casi todos los derechos del PIDCP son también derechos fundamentales en las constituciones democráticas.

En cambio, tenemos el problema de saber si las normas del PIDESC deben interaccionar con las normas de derechos económicos, sociales y culturales positivadas en el diploma constitucional español en la forma prevista por el artículo 10.2 de la Constitución española. Otrosí, se debe indagar si las normas de derechos humanos ambientales presentes en otros tratados internacionales deben valer en el Estado de la misma forma que las otras normas internacionales o con el tratamiento especial concedido por el artículo 10.2.

A nuestro juicio, el artículo 10.2 de la Constitución española no puede ser interpretado aisladamente. Tal disposición constitucional no es una norma solitaria y

⁸⁶⁷ Ob. cit. pp. 72-76.

accidental en el sistema español. Esa norma de integración hermenéutica es una consecuencia lógica de la posición especial que los derechos humanos tienen en el orden jurídico español así como en todos los órdenes jurídicos democráticos. El respeto a la dignidad humana y a todos los valores humanos es un elemento de identidad de la propia Constitución española. Sin este elemento, la Constitución no sería la misma.

Si el núcleo primordial de los principios de derechos humanos está en el centro básico de la propia Constitución, por supuesto las normas de derechos humanos deben tener una situación diferenciada en el sistema jurídico. Por ese motivo, un tratado internacional de derecho humano no puede ser considerado como cualquier otro tratado. Un pacto de derechos humanos concretiza en normas jurídicas los valores humanos básicos que deben guiar todos los sistemas jurídicos democráticos. Por eso, sus normas se infiltran en los sistemas jurídicos internos de un modo especial.

Todo tratado internacional de derecho humano es la formalización de un consenso jurídico trasnacional y transcultural. Cuando esos tratados son insertados en el sistema jurídico interno, aquellos consensos son introducidos juntos a remolque. Por lo tanto, un tratado internacional que pasa a valer en el sistema jurídico doméstico no es un texto normativo cualquiera, sino todo un amplio contexto normativo y un consenso que debe ser desarrollado de modo adecuadamente uniforme en todos los Estados que formaron tal consenso.

De esta manera, a nuestro juicio, aunque no existiese la norma hermenéutica explícita del artículo 10.2 de la Constitución española o del artículo 16.2 de la Constitución portuguesa, tal norma sería una derivación lógica e implícita de los sistemas constitucionales español y portugués, así como es norma implícita en todo sistema constitucional que prima por el respeto a los derechos humanos. Si el respeto a los principios fundamentales de derechos humanos tiene una posición normativa especial en el Estado, las normas internacionales de derechos humanos deben interaccionar con las normas constitucionales de derechos subjetivos y estar dotadas de primacía sobre todas las normas de derechos infraconstitucionales. Esa conclusión es válida tanto para España y Portugal como para todos los demás sistemas constitucionales democráticos que fueron contruidos con base en la dignidad humana y el respeto a los derechos básicos de los seres humanos.

Por consiguiente, el artículo 10.2 español y el artículo 16.2 portugués (es decir, la norma explícita o implícita en cualquier sistema jurídico democrático humanista que determina la integración hermenéutica de los derechos humanos) no pueden ser aplicados solamente en los casos de interpretación de las normas constitucionales de derechos fundamentales. Si se adopta esa orientación restrictiva, el resultado será que algunas normas internacionales de derechos humanos tendrán una más intensa fuerza hermenéutica en el Estado y otras (las normas de derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales) no. Si una norma de derecho social no es considerada (como, por ejemplo, de acuerdo con la *communis opinio doctorum* y la jurisprudencia española) una norma de derecho fundamental en un sistema jurídico nacional, entonces una norma de derecho humano social tampoco tendría, conforme a la interpretación restrictiva, cualquier integración hermenéutica con las normas constitucionales nacionales que tratan del mismo tema.

No queremos con eso concluir que la aplicación del principio de integración hermenéutica de los derechos humanos determina la transformación de derechos humanos sociales, culturales y económicos en derechos fundamentales en todos los Estados europeos o latinoamericanos, o que otros derechos fundamentales «fuera de la Constitución» deban ser constitucionalizados en los sistemas jurídicos occidentales. Eso no ocurre necesariamente. Derechos fundamentales, en un sistema constitucional específico, son aquellos mencionados en el propio texto constitucional o que están reconocidos según el texto constitucional. En este punto, estamos de acuerdo con la comprensión de Alejandro Saiz Arnaiz⁸⁶⁸:

A estas alturas de la exposición puede resultar ya bastante claro que, para quien esto escribe, el art. 10.2 CE no consiente la incorporación de derechos fundamentales al catálogo constitucional. Tal y como se recordaba en el anterior epígrafe los derechos fundamentales *son en la Constitución*, por lo que fuera de ésta no puede admitirse su presencia. Semejante afirmación se hace obligada en un ordenamiento como el español en el que no existe una cláusula similar a la que expresa el artículo 16.1 de la Constitución portuguesa para la apertura a derechos que allí se asumen como fundamentales, provenientes de normas internacionales.

⁸⁶⁸ Ob. cit., p. 79. En la misma obra, Arnaiz trata de matizar esa negativa, defendiendo que, a pesar de no poder crear derechos *ex novo*, el Tribunal Constitucional puede, con base en las normas internacionales de derechos humanos, concretar nuevas pretensiones jurídicas, con tal de que estén vinculadas a los derechos ya existentes en la Constitución española. Cfr. ob. cit., p. 82.

En ese mismo sentido también está la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, como lo demuestra el siguiente fragmento del cuarto fundamento jurídico de la Sentencia 64/1991:

La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional⁸⁶⁹.

Con arreglo a la doctrina y jurisprudencia constitucional española, que parece estar más desarrollada en este tema, un tratado internacional de derechos humanos no agrega en España un derecho fundamental nuevo. Sin embargo, tal tratado manifiesta un derecho humano y un conjunto de normas que deberán integrarse con otros derechos subjetivos —y normas— constitucionales, incluso los fundamentales. Por consiguiente, una norma internacional de derecho humano social deberá integrarse hermenéuticamente con una norma constitucional española que garantice un derecho social semejante. También el resultado de esa integración de derechos sociales podrá integrarse con el resultado de la integración de derechos individuales (incluso fundamentales), de suerte que el producto de la integración sea la formación de un sistema jurídico coherente y conforme a los principios fundamentales de los derechos humanos.

También debemos dejar claro —una vez más— que no estamos reconociendo aquí que la incidencia del principio de integración hermenéutica resultará en la adopción absoluta de la orientación hegemónica mundial en perjuicio de las particularidades sociales, culturales y económicas del Estado nacional. De hecho, la interacción entre las normas internacionales de derechos humanos y las normas constitucionales de derechos subjetivos debe obedecer a dos principios de integración: la

⁸⁶⁹ El texto de la STC 64/1991 está disponible en la siguiente página electrónica del Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0064>. Fecha de acceso: 29.8.2011.

máxima protección del ser humano y la acomodación al contexto cultural, social y económico nacional.

El primer principio de integración (el «*in dubio pro homine*») es la base de todo. Así, en un caso concreto, el resultado de la integración hermenéutica deberá prioritariamente adoptar la solución más favorable al ser humano, o sea, el fruto de la deliberación, si es posible, deberá maximizar el derecho humano. Sin embargo, de conformidad con lo que ya argumentamos anteriormente, cuanto más nos alejamos del núcleo del derecho humano, más abierto estará el sistema para acoger soluciones locales sobre cómo se debe hacer efectivo tal derecho. Así, si una cuestión no afecta la esencia del derecho humano, es posible reconocer la validez y eficacia de una interpretación normativa influenciada por el contexto cultural, social y económico local, no debiendo tal interpretación contextualizada ser entendida como una violación del principio de integración hermenéutica.

De esta manera, concluimos que todos los tratados internacionales de derechos humanos (sean sus normas de derechos individuales o no) tienen primacía ante las leyes infraconstitucionales de los sistemas jurídicos democráticos y deben integrarse hermenéuticamente con las normas de derechos constitucionales, aplicándose plenamente el principio de integración hermenéutica, siendo la integración orientada por los principios de la máxima protección del ser humano y la acomodación al contexto cultural, social y económico, de la manera anteriormente expuesta.

Es preciso resaltar también que, aunque el principio de integración hermenéutica, tal y como fue preconizado en el artículo 10.2 de la Constitución española y el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa, sea una regla hermenéutica específica para la interpretación de derechos constitucionales, eso no significa que las otras normas constitucionales sean inmunes a la influencia hermenéutica de las normas de derechos humanos.

Debemos aquí repetir una vez más que el respeto al valor absoluto de todo ser humano y al núcleo de los derechos humanos globalmente reconocidos es un elemento de identidad del sistema constitucional democrático. Por tanto, tomando una vez más el caso de España, aunque el artículo 10.2 no alcance todas las normas constitucionales

españolas, está claro que toda interpretación constitucional (o sea, la interpretación de toda norma constitucional) debe estar orientada por los valores humanistas que se solidifican en los principios de derechos humanos, incluso porque la interpretación constitucional no puede concentrarse, de modo aislado, en un solo artículo de la Constitución. La interpretación constitucional debe necesariamente ser sistemática y, al serlo, debe tener en cuenta siempre los principios de derechos fundamentales —y constitucionales en general— y las normas de derechos humanos que vinculan la interpretación de estos derechos.

Finalmente, destacamos que cuando una norma internacional de derechos humanos se integra con el sistema constitucional nacional, también está interaccionando con las normas nacionales la interpretación que los órganos de garantía de las normas internacionales les atribuyen. Es lo que afirma Alejandro Saiz Arnaiz⁸⁷⁰:

Hasta aquí el repaso a las Declaraciones y Reglas Mínimas emanadas de las Naciones Unidas como instrumento que, con muy variada intensidad, ha empleado *ex art. 10.2 CE* el Tribunal Constitucional superando en consecuencia la estricta referencia a los tratados internacionales en aquél contenida. *La apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos es así más amplia que la constitucionalmente prevista; limitada ésta al Derecho Internacional convencional se prolonga, como estamos viendo, al Derecho Internacional institucional.*

La integración del *derecho internacional institucional* al sistema constitucional español, mencionada en el fragmento de la obra de Arnaiz, corrobora lo que estudiamos en otro epígrafe bajo el nombre de integración hermenéutica institucional de los derechos humanos.

6.8 La experiencia europea en la integración hermenéutica y jurisprudencial de las normas del CEDH en los sistemas jurídicos internos

Todo el raciocinio que expusimos sobre la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, del artículo 16.2 de la Constitución portuguesa y del artículo 20.1 de la Constitución rumana (o sea, sobre el principio de la integración hermenéutica de los derechos humanos) puede ser empleado perfectamente en la integración de las normas del

⁸⁷⁰ Ob. cit., p. 103.

Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros convenios del Consejo Europeo en los sistemas constitucionales europeos. Sin embargo, considerando que tales normas tratan de un consenso más específico, el consenso europeo de los derechos humanos, debemos tener en cuenta otros elementos que influenciarán la integración hermenéutica entre unos y otros derechos.

Ya dijimos que el respeto a las normas de derechos humanos es una forma de integración social, política y jurídica. El fundamento más profundo de los derechos humanos es la percepción mundial común de que todos los seres humanos tienen una identidad común, un valor absoluto común y deben estar dotados de derechos básicos comunes. Esa percepción permite que, a pesar de sus diferencias, todos los seres humanos de diferentes culturas reconozcan que tienen algo en común y que pueden relacionarse, integrarse bajo normas básicas comunes.

Si ubicamos este raciocinio en Europa, percibiremos que la proximidad cultural, social y económica de los pueblos europeos (en comparación con el resto del mundo) permite una integración todavía más profunda entre los ciudadanos europeos. Así, y aceptando que el respeto a los derechos humanos es una causa de integración, podemos concluir que el programa normativo y el ámbito normativo de los derechos humanos son naturalmente más coincidentes entre países europeos que entre un país europeo y otro africano o asiático.

No queremos con eso sustentar que las normas de derechos humanos en un continente son unas y en otros continentes son otras. De hecho, hay un consenso global común respecto a los derechos humanos. Sin embargo, por ejemplo, un mismo derecho humano puede ser interpretado de modo diverso en España y en la India. Entre España y Francia, a su vez, debe haber más afinidad en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, justamente porque las culturas de los dos países son más afines que las culturas española e hindú, por ejemplo.

La semejanza cultural europea, que no se confunde con una hegemonía cultural, puede proporcionar una forma de identidad europea propia⁸⁷¹ que contribuye a una interpretación y aplicación más uniforme de los derechos básicos de las personas. En

⁸⁷¹ Cfr. Peter Häberle: *Europäische Verfassungslehre*, 6ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009, pp. 53-64.

especial, la similitud de la cultura jurídica europea favorece la uniformización en la aplicación e interpretación de los programas normativos.⁸⁷²

Este es precisamente uno de los principales provechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los otros convenios firmados en el ámbito del Consejo de Europa. Muchísimas veces, el texto del CEDH (o sea, el programa normativo europeo) es muy similar al texto de un pacto internacional de derecho humano (como el PIDCP). Sin embargo, el contexto cultural, social y económico europeo es específico en relación a los demás contextos del orbe⁸⁷³. Por eso, tiene sentido la existencia de un convenio propiamente europeo de derechos humanos, que pueda ser objeto de una interpretación propiamente europea y de una aplicación más coincidente entre todos los Estados que componen el Consejo de Europa, y que pueda, otrosí, ser la base de un verdadero *orden público europeo de los derechos humanos*⁸⁷⁴.

Orden público europeo es una noción todavía en construcción, un concepto todavía indeterminado⁸⁷⁵, muy empleado en el derecho comunitario, que simboliza la idea de un conjunto de principios y valores básicos válidos en Europa e inderogables en los sistemas internos y comunitario. Una de sus fuentes es la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que reconoce el CEDH como uno de los elementos del orden público europeo, como lo demuestra el párrafo 93 de la Sentencia del TEDH en el Caso *Loizidou versus Turquía* (1995), que aquí transcribimos:

Tratando de este asunto, la Corte debe llevar en cuenta el carácter especial de la Convención en cuanto un instrumento del orden público europeo (*ordre public*) para la protección de los seres humanos individuales y su misión, como establecido en el artículo 19, de «asegurar la observancia de los compromisos adoptados por la Altas Partes Contratantes».⁸⁷⁶

⁸⁷² Cfr. *idem*, *ibidem*, pp. 104-111.

⁸⁷³ Lo mismo se puede decir de América Latina, como señalaremos oportunamente.

⁸⁷⁴ Cfr. María Díaz Crego: «España ante el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales», en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinado por Javier García Roca y Pablo Santolaya, 2ª ed., Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 979.

⁸⁷⁵ Cfr. Roel de Lange: «The european public order, constitutional principles and fundamental rights», en *Erasmus Law School Review*, v. 1, n. 1, 2007, p. 7.

⁸⁷⁶ El texto completo de la mencionada sentencia está disponible en la siguiente página del TEDH: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=5&portal=hbkm&action=html&highlight=Loizidou&sessionid=58911062&skin=hudoc-en>. Fecha de acceso: 6.9.2011.

Siendo más que un mero tratado, siendo un verdadero marco del orden público europeo, el CEDH debe ser reconocido como un convenio especial de protección de los derechos humanos. Sin embargo, en el sentido formal, el CEDH no deja de ser *un* tratado internacional de derechos humanos con validez y eficacia jurídica en los Estados europeos.

Por lo tanto, todas las consideraciones que aportamos anteriormente respecto a la eficacia e integración normativa de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas constitucionales del derecho comparado europeo son adecuadas para el examen de las normas europeas de derechos humanos. Esas últimas normas (las normas del CEDH), no obstante, son aptas para proporcionar una integración normativa todavía más intensa; son, así, dotadas de un *plus* normativo. Ese «*plus*» se reconoce no solo por la propia noción del orden público europeo, sino también por una circunstancia muy importante: el funcionamiento progresado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, un rasgo fundamental que distingue el CEDH de los otros tratados internacionales de derechos humanos válidos en los Estados europeos —o sea, su «*plus*» normativo— es la existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual no solo decide sobre incumplimientos de las normas europeas de derechos por actos o decisiones judiciales de los Estados europeos sino que también, en sus propias decisiones, firma la interpretación más adecuada del CEDH. Esa interpretación «oficial» del CEDH es incluso más importante que el propio punto resolutivo del fallo del Tribunal de Estrasburgo y la indemnización que se pueda garantizar a la víctima, pues tal interpretación es vinculante para los Estados del Consejo de Europa, y no solo para el Estado que es parte en el proceso concreto, en virtud del principio de la «cosa interpretada». Esto es lo que explica Alejandro Saiz Arnaiz:

La adecuación de las jurisdicciones y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo se concreta en el conocido como principio de la «cosa interpretada», distinto de la «cosa juzgada» y que, al contrario de este último (arts. 42 y 44 CEDH) no aparece explicitado en el Convenio. De acuerdo con el precitado principio, que podría reconducirse al art. 32 CEDH, la interpretación del Convenio efectuada por el Tribunal no tiene un propósito limitado al caso que se encuentre decidiendo, sino que sirve para «clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio», que imponen *obligaciones objetivas a todos* los Estados

parte para la protección de los derechos humanos. Es tanto como decir que los contenidos de cada concreto derecho que el Tribunal extrae de su formulación en el Convenio se proyectan como contenidos del propio Convenio sobre todos los ordenamientos nacionales, *no solo los de las partes implicadas en cada proceso*, y ello pura y simplemente en virtud de «la autoridad propia de la jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones del Convenio».⁸⁷⁷

Los efectos de la cosa juzgada y de la «cosa interpretada» de las sentencias del TEDH todavía son cuestionables.⁸⁷⁸ Así, por ejemplo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁸⁷⁹, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo serían meramente declaratorias y no serían directamente ejecutadas en el sistema doméstico de la misma forma que son ejecutadas las sentencias de las autoridades judiciales nacionales. En principio, las sentencias del TEDH serían solo declaratorias porque simplemente declaran la incompatibilidad entre un acto o decisión judicial de un país que es parte del CEDH y las normas materiales de este convenio. Muchas veces, la estimación del recurso al TEDH resulta en una mera indemnización en favor del titular del derecho violado, pero no le restituye su derecho violado *in totum, in natura*. Por esa razón, la sentencia del TEDH es quizá más importante para las personas que no fueron parte en la controversia que para las propias víctimas concretas. En otros términos, el efecto preventivo (respecto a las aplicaciones futuras de la norma jurídica) es más fuerte que el efecto represivo (respecto a las aplicaciones pretéritas de la norma jurídica). Por lo tanto, los efectos de la cosa interpretada de las sentencias del TEDH resultan ser más importantes que los efectos de la cosa juzgada.⁸⁸⁰

La preponderancia del principio de la cosa interpretada es resultado de la preponderancia del efecto indirecto sobre el efecto directo de las sentencias del TEDH en los sistemas jurídicos internos de los Estados europeos. De hecho, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo no son directamente garantizadas por la jurisdicción constitucional, no correspondiendo a los tribunales constitucionales averiguar si tales sentencias fueron cumplidas o no. Sin embargo, las mismas sentencias son indirectamente

⁸⁷⁷ Ob. cit., pp. 144-145.

⁸⁷⁸ Como bien ha enfatizado Argelia Queralt Jiménez, todavía existe una postura minoritaria en la doctrina constitucionalista europea que niega el efecto de la cosa interpretada o lo considera como siendo de una jurisdicción relativa. Cfr. Argelia Queralt Jiménez: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 71-76.

⁸⁷⁹ Cfr. SSTC 245/1991, 313/2005 y 197/2006.

⁸⁸⁰ Cfr. Santiago Ripol Carulla: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, ob. cit., pp. 58-59.

tuteladas por la jurisdicción constitucional en el sentido de que los tribunales constitucionales interpretarán las normas aplicadas en los casos concretos de conformidad con la interpretación acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo reconoció expresamente el Tribunal Constitucional español en la STC 245/1991, la cual es un *leading case* en esa materia. Está registrado en el fundamento jurídico 3 de aquella sentencia lo siguiente:

En efecto, que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la C.E., sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto ha de valorarse, en el plano de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.E., que sigue siendo actual y por ello no ser reparada por su equivalente económico.

En realidad, en la STC 245/1991, el Tribunal Constitucional español otorgó a una sentencia del Tribunal Europeo un efecto hermenéutico concreto, no meramente abstracto. Admitiendo que la lesión al derecho humano abordado en la sentencia declarativa europea era actual, esto es, que el derecho humano concreto de la parte en el proceso ante el TEDH continuaba siendo violado, y asimismo verificando que el derecho humano en cuestión también es un derecho fundamental en España que es tutelado por el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional español, en aquel entonces, estimó el recurso de la parte a fin de rechazar la violación del derecho humano fundamental. Tenemos aquí un caso muy particular en que el principio de la cosa interpretada fue aplicado *in concreto*, específicamente, vinculando no solo la interpretación futura de las normas de derechos constitucionales sino también la interpretación del caso concreto decidido en Estrasburgo y

todavía sin solución en la jurisdicción estatal.

El caso decidido en la STC 245/1991 es un caso extraordinario; no se trata de una situación frecuentemente reconocida por el Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, en la sentencia 197/2006, el Tribunal Constitucional español, sin rechazar su doctrina anterior, revela que la lesión al derecho en concreto declarado en Estrasburgo no era actual (o sea, el acto ilícito tenía sus efectos circunscritos al pasado) y, por eso, decidió denegar el amparo al recurrente.

En general, lo que se puede hallar en la jurisprudencia constitucional española son aplicaciones del principio de la cosa interpretada abstracta, no concreta. Así, por lo general, la sentencia declaratoria del TEDH produce efectos de integración hermenéutica y jurisdiccional en situaciones futuras que serán decididas no solo en el Estado involucrado directamente, sino en todos los Estados europeos. De hecho, en virtud del efecto de la cosa interpretada abstracta, la interpretación oficial afirmada por el Tribunal Europeo pasa a ser jurídicamente obligatoria no solo para las partes del proceso decidido en concreto, sino para todos los Estados signatarios del Convenio Europeo. Su eficacia, por lo tanto, se amplía *erga omnes*, a toda la Europa. Como consecuencia de tal efecto, la jurisprudencia del TEDH se convierte en parte integrante del CEDH, expresando, juntamente con el convenio, el contenido del orden público europeo⁸⁸¹.

En casi todos los casos paradigmáticos recientes sobre los temas de derechos humanos que han llegado al conocimiento formal del Tribunal Constitucional español, este ha fundamentado sus sentencias en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia 235/2007⁸⁸², el Tribunal Constitucional de España declaró «*que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio*». Para llegar a tal conclusión, el Tribunal español se arrimó en la sentencia «Ergogdu e Ince c. Turquía», de 1999, del TEDH, en que este tribunal aseveró que la libertad de expresión no ofrece cobertura al discurso del odio, así como en las sentencias «Lehideux e Isorni c.

⁸⁸¹ Cfr. Santiago Ripol Carulla: «Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH», en *REDC*, n. 79, 2007, pp. 310-311.

⁸⁸² El texto de la sentencia 235/2007 del Tribunal Constitucional español está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/6202>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

Francia», de 1998, «Garaudy c. Francia», de 2003, y «Chauvy y otros c. Francia», de 2004, en que el TEDH declaró que la libertad de expresión no puede justificar la negación de graves violaciones de derechos humanos, como el holocausto contra el pueblo judío.

Igualmente, en 2011, en la sentencia 51/2011⁸⁸³, el Tribunal Constitucional español estimó el recurso de amparo de una profesora de religión y moral católica que había sufrido un despido discriminatorio debido al matrimonio civil que contrajera con un divorciado; en aquel entonces, la Corte Constitucional española fundamentó su sentencia en la jurisprudencia del TEDH respecto a los derechos humanos al matrimonio, a la vida privada y a la libertad de conciencia.

También mirando los precedentes jurisprudenciales del TEDH, en el tema del ejercicio del derecho humano a la asociación por medio de la institución de partidos políticos, el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 138/2012⁸⁸⁴, que trata del polémico caso del partido político Sortu (posible sucesor del partido Batasuna, ya declarado ilegal anteriormente), declaró vulnerado el derecho a la asociación de los participantes del partido político mencionado y, por lo tanto, declaró la nulidad del auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo que, anteriormente, había declarado la improcedencia de la constitución del partido político Sortu y denegado su inscripción en el registro de partidos políticos. Finalmente, más recientemente, reconociendo la evolución jurisprudencial del TEDH en materia de derechos humanos de los homosexuales, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 198/2012⁸⁸⁵, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 13/2005, que modificó en Código Civil español a fin de garantizar el derecho a contraer matrimonio homosexual.

En Portugal, el Tribunal Constitucional también ha recurrido muchísimas veces a la jurisprudencia del TEDH a fin de legitimar su propia jurisprudencia respecto a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución portuguesa. Así, por ejemplo,

⁸⁸³ El texto de la sentencia 51/2011 del Tribunal Constitucional español está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/6833>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

⁸⁸⁴ El texto de la sentencia 138/2012 del Tribunal Constitucional español está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/22975>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

⁸⁸⁵ El texto de la sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/23106>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

en su sentencia 650 de 1993, el Tribunal Constitucional portugués hizo hincapié en la jurisprudencia de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y del TEDH, en los casos «Iversen» y «Van der Musselle», respectivamente, para declarar la inconstitucionalidad de una ley penal que trataba del crimen de desertión practicado por tripulantes de navíos.⁸⁸⁶ Otrosí, en la sentencia 561 de 1995, el Tribunal Constitucional de Portugal siguió la jurisprudencia del TEDH sobre la protección de la vida privada de las personas con deficiencia mental (incluso respecto a la vida sexual) a fin de rechazar la alegación de un acusado de violencia sexual contra una deficiente mental de que su fallo condenatorio atentaría contra normas constitucionales portuguesas (el especial, el principio de la igualdad).⁸⁸⁷

Por otra parte, en el importante tema de los derechos humanos de los extranjeros (en el caso concreto, el derecho humano a la residencia y la vida familiar), la Corte Constitucional de Lisboa, en su sentencia 232/2004, aprovechando la jurisprudencia del TEDH (en especial, las sentencias de los casos «Moustaquim c. Bélgica» y «Beldjoudi c. Francia»), ha declarado inconstitucionales las normas legales que permitían la expulsión de extranjeros condenados por crímenes, cuando esos extranjeros tienen hijos menores portugueses viviendo en Portugal.⁸⁸⁸

En el tema de la discriminación legal contra los homosexuales, asimismo con el fundamento en la jurisprudencia europea de derechos humanos, el Tribunal Constitucional de Portugal, por medio de la sentencia 247/2005, declaró la inconstitucionalidad de una ley penal que tipificaba el crimen de practicar actos homosexuales consensuales con adolescentes.⁸⁸⁹ Respecto a los derechos humanos vinculados a la orientación sexual, el Tribunal Constitucional portugués, en su sentencia 121/2010, igualmente examinó la ley que permite el casamiento de personas del mismo

⁸⁸⁶ El texto de la sentencia 650/93 del Tribunal Constitucional portugués está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930650.html>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

⁸⁸⁷ El texto de la sentencia 561/95 del Tribunal Constitucional portugués está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950561.html>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

⁸⁸⁸ El texto de la sentencia 232/2004 del Tribunal Constitucional portugués está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040232.html>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

⁸⁸⁹ El texto de la sentencia 247/2005 del Tribunal Constitucional portugués está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

sexo y la declaró conforme a la Constitución, citando en sus fundamentos no solo la jurisprudencia del TEDH sino también la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de otros tribunales constitucionales europeos.⁸⁹⁰

El Tribunal Constitucional portugués (como también, en su propia forma, el Tribunal Constitucional español) es un ejemplo claro en Europa de que es posible la integración hermenéutica y jurisprudencial de los derechos humanos sin que eso signifique un desprestigio de la jurisdicción constitucional. De hecho, la Corte Constitucional portuguesa ha aceptado y promovido no solo la integración jurisprudencial «vertical» de los derechos humanos, sino también la integración «horizontal», ya que, en muchas de sus más importantes sentencias (como la del matrimonio homosexual, por ejemplo), ha recurrido no solamente a la jurisprudencia del TEDH, sino también la de otros tribunales constitucionales (principalmente los europeos) a fin de construir parámetros normativos mínimos de protección a los seres humanos. Esa apertura a la jurisprudencia «externa» de los derechos humanos, lejos de desacreditar a los jueces constitucionales de Portugal, ha elevado aquella corte constitucional a la posición de ser una de las más importantes cortes constitucionales de Europa y del mundo.

A su vez, la Corte Constitucional de Italia, en toda su historia, aunque haya mencionado el CEDH en más de doscientas sentencias⁸⁹¹ (ya sea en la fundamentación jurídica, ya sea en la descripción de los hechos y de los planteamientos procesales), se ha basado en la jurisprudencia del TEDH, como un fundamento decisivo para el fallo, en algunas decenas de veces.⁸⁹² Si examinamos la coincidencia temporal de esas sentencias, podemos observar que hubo un crecimiento en progresión geométrica de la presencia de la jurisprudencia europea de derechos humanos en la construcción de la jurisprudencia constitucional italiana.

De hecho, más de la mitad de todas las sentencias de la Corte Constitucional

⁸⁹⁰ El texto de la sentencia 121/2010 del Tribunal Constitucional portugués está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>. Fecha de acceso: 8.4.2013.

⁸⁹¹ La primera fue la sentencia 1/1961.

⁸⁹² Las excepciones son relativamente recientes: por ejemplo, podemos mencionar las sentencias 399/1998, 134/2002, 120/2004, 154/2004, 61/2006, 348/2007, 39/2008, 129/2008, 239/2009, 317/2009, 93/2010, 138/2010, 187/2010, 196/2010, 1/2011, 80/2011, 82/2011, 113/2011, 164/2011, 181/2011, 236/2011, 245/2011, 257/2011, 293/2011, 303/2011, 329/2011, 78/2012, 230/2012, 264/2012, 143/2013 y 170/2013.

italiana que han mencionado, en sus fundamentos jurídicos, alguna sentencia del TEDH está incluida ya en el segundo decenio del presente siglo XXI. Desde 1961, hubo un crecimiento exponencial, en primer lugar, del recurso argumentativo al CEDH en la jurisprudencia constitucional italiana y, en segundo lugar, del registro de la jurisprudencia del TEDH como un recurso válido para la interpretación de las normas del CEDH y, por integración, también de las normas constitucionales italianas que establecen los derechos fundamentales.

A pesar de eso, la Corte Constitucional italiana siempre hizo hincapié en el dogma de que las normas del CEDH están jerárquicamente en un nivel inferior al plano constitucional y que, por eso, la interpretación oficial firmada por el Tribunal de Estrasburgo no puede sojuzgar la jurisdicción constitucional nacional, que detiene un espacio propio de interpretación de las normas constitucionales internas.⁸⁹³ Sin embargo, la misma corte italiana (de acuerdo con los *leading cases* de las sentencias 347/2007 y 348/2007, reafirmados en las sentencias 311/2009 y 93/2010) entiende que las normas del CEDH, con los significados atribuidos por el TEDH, integran el conjunto de «normas interpuestas» mencionadas en el art. 117.1 de la Constitución italiana, en la parte que impone la conformación de la legislación interna a los vínculos derivados de las «obligaciones internacionales» y que, en este sentido y para tal finalidad, la armonización jurisprudencial —constitucional y europea— debe ser desarrollada a fin de garantizar una adecuada protección jurídica de los seres humanos y el respeto a las normas —y la jurisprudencia internacional— de los derechos humanos.

De esta manera, en la práctica, la Corte Constitucional italiana ha garantizado a la jurisprudencia del TEDH casi una fuerza constitucional, en la medida en que ha orientado a los jueces constitucionales italianos sobre cómo deben ser interpretadas y aplicadas las normas de derechos humanos y de derechos fundamentales que están presentes en el CEDH y también en la Constitución de Italia.⁸⁹⁴ Así siendo, es posible

⁸⁹³ Esa perspectiva relativamente «cerrada» quedó claramente descrita en la sentencia 348/2007, en que la se cuestionaba la constitucionalidad de un decreto-ley transformado en ley con el parámetro en normas del CEDH y en la jurisprudencia del TEDH.

⁸⁹⁴ Esos precedentes de la Corte Constitucional italiana representarían, según Giuseppe Cataldi, una «tímida» apertura del sistema constitucional italiano al sistema europeo de derechos humanos. Cfr. Giuseppe Cataldi: «La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte Europea negli ordinamenti nazionali» en *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, editado por Andrea Caligiuri, Giuseppe Cataldi y Nicola Napolitano,

vislumbrar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana una «evolución integrativa» hacia el sistema europeo de derechos humanos; se trata de una tendencia que ya parece surgir —o consolidarse— en otros diversos Estados de la Europa.

En un sentido muy similar, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha reafirmado muchas veces que, pese a que las normas del CEDH estén formalmente en un nivel infraconstitucional, las normas constitucionales alemanas deben ser interpretadas de una forma abierta al derecho internacional («*völkerrechtsfreundlich*») y al sistema europeo, y asimismo deben las sentencias del TEDH servir como un instrumento hermenéutico, un apoyo jurisprudencial, para la determinación de los contenidos, significados y propósitos de las reglas y los principios de derechos fundamentales establecidos en la Ley Constitucional.⁸⁹⁵

En el Reino Unido, aunque no tengamos allí un tribunal constitucional en sentido estricto, también existe, hoy, una norma de apertura jurisprudencial que impone a los jueces británicos considerar la jurisprudencia del TEDH cuando aplican las normas del *Human Rights Act* que tienen conexión con el CEDH. De hecho, de acuerdo con la sección 2(1) del *Human Rights Act*, «*un juzgado o tribunal cuando deciden una cuestión que surge en conexión con una Convención de derecho debe tener en cuenta cualquier sentencia, decisión, declaración u opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*».⁸⁹⁶ No obstante, esa jurisprudencia europea de los derechos humanos no es considerada por los británicos como directamente vinculante, aunque los jueces del Reino Unido aprovechen de buen grado tales fuentes jurisprudenciales, aplicando el antiguo principio de la «*judicial comity*», que faculta a los tribunales británicos a valerse de los precedentes judiciales de otros tribunales de «igual jurisdicción».⁸⁹⁷

A su vez, en Francia, en el nivel infraconstitucional, la Corte de Casación — así como los jueces y tribunales administrativos— ha reiteradamente fundamentado sus sentencias en la jurisprudencia del TEDH, reconociendo en los precedentes europeos

Milano, CEDAM, 2010, pp. 574-582; Marco Pedrazzi: ob. cit., pp. 598-599.

⁸⁹⁵ En ese sentido, cfr. las sentencias BvR 2365/09, BvR 740/10, BvR 2333/08, BvR 1152/10 y BvR 571/10, que tratan de la constitucionalidad (y conformidad con las normas de derechos humanos) de las detenciones preventivas.

⁸⁹⁶ Traducción libre. El texto integral del *Human Rights Act* del Reino Unido está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Fecha de acceso: 8.11.2013.

⁸⁹⁷ Cfr. Merris Amos: ob. cit., pp. 504-513.

(aunque en casos en que Francia no fue parte procesal) la «*autorité de la chose interprétée*». ⁸⁹⁸ Ya en el nivel constitucional, aunque se pueda notar alguna evolución ⁸⁹⁹, no está claro que el Consejo Constitucional francés esté adoptando, de forma absoluta, los *leading cases* del TEDH con la autoridad de la «cosa interpretada», a fin de armonizar sus decisiones con los parámetros europeos, aunque esa integración jurisprudencial sea defendida por la doctrina francesa. ⁹⁰⁰

La interpretación aplicada a los casos sometidos al TEDH también ha sido aplicada en la formación de la jurisprudencia belga. La propia Corte Constitucional de Bélgica ha, en algunas ocasiones, invocado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a fin de decidir los casos concretos sometidos a su jurisdicción ⁹⁰¹, aunque esa adopción de la perspectiva internacional no sea absoluta. ⁹⁰²

Muchos otros Estados europeos que están necesariamente orientados por la tradición jurídica latina asimismo parecen estar siguiendo el mismo camino de la armonización jurisprudencial con el TEDH. En Ucrania, por ejemplo, entre otros casos, la jurisprudencia del TEDH fue invocada en la sentencia 03-rp/2009, que trata de los derechos humanos de los niños en la adopción, acogiendo, así, la doctrina de la cosa interpretada.

En Estonia, igualmente, los *leading cases* de Estrasburgo fueron recordados de forma intensa en la sentencia 3-4-1-16-10, de 21 de junio de 2011, de la Suprema Corte de aquel Estado, en la que se cuestionaba la constitucionalidad de normas del Código Penal

⁸⁹⁸ Cfr. Marie-Luce Paris: ob. cit., p. 33; Jean-François Lachaume: «Les incidences des jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg sur le droit administratif français», en *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les droits de l'homme*, editado por la *Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 88-91; Dominique Breillat: «L'Incidence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la protection des libertés en France», en *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les droits de l'homme*, editado por la *Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 150-159.

⁸⁹⁹ El Consejo Constitucional mencionó la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, cuando trató el tema de la necesidad de reforma de la Constitución francesa antes de la ratificación del Tratado que establece una Constitución para Europa, en la decisión 505/2004, de 19 de noviembre de 2004.

⁹⁰⁰ Cfr. Dominique Rousseau: ob. cit. pp. 128-130.

⁹⁰¹ Por ejemplo, podemos citar la decisión 9/1989 (<<http://www.const-court.be/public/f/1989/1989-009f.pdf>>) y la decisión 97/2012 (<<http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-097f.pdf>>). Fecha de acceso: 13.11.2013.

⁹⁰² Cfr. Patricia Popelier: ob. cit., pp. 89-90.

estonio.

También en Irlanda muy a menudo se recurre a las sentencias del TEDH en las fundamentaciones de los fallos de la Suprema Corte; uno de los ejemplos recientes es el caso DPP v. Judge Mary Devins y M.O'M., de 8 de febrero de 2012, en que se trataba de un caso de delito sexual.

Algunas veces, debido a las consecuencias prácticas del principio de la cosa interpretada, el papel de intérprete final de los derechos fundamentales (que coinciden muchísimo con los derechos humanos reconocidos internacionalmente) ejercido por los tribunales constitucionales europeos se encuentra amenazado, sobre todo si la decisión del Tribunal de Estrasburgo es posterior y contraria a una sentencia del tribunal constitucional⁹⁰³. En tales situaciones, la interpretación firmada del TEDH funciona como una corrección de la interpretación preferida por el tribunal constitucional nacional.

Es controvertible la eficacia absoluta del principio de la «cosa interpretada» en la jurisdicción constitucional europea. En la opinión de Alejandro Saiz Arnaiz, el tribunal constitucional de un Estado europeo (en el caso comentado por Arnaiz, el Estado español) no se encuentra absolutamente vinculado a la interpretación del TEDH. Son sus argumentos:

Además, sostener que el Tribunal Constitucional se encuentra sometido *inexcusablemente* a los contenidos que para los derechos fundamentales se derivan del *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (conformidad en sentido fuerte o identidad) implicaría tanto como subvertir la condición de aquel órgano, que dejaría de ser el supremo intérprete de la Norma fundamental para pasar a ser una instancia jerárquicamente sometida al máximo intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En puridad, podría de este modo prescindirse pura y simplemente de todo el Título I CE. En fin, y por reducción al absurdo, el Tribunal Constitucional no podría declarar la contradicción con la Constitución de ningún acuerdo internacional en materia de derechos ya que toda oposición, *incluso flagrante*, entre ambos habría de salvarse en beneficio de este último, del que deberían «deducir lógicamente» los contenidos de los derechos fundamentales presentes en la Norma básica que de este modo, en la práctica, dejaría de ocupar la cabecera del ordenamiento⁹⁰⁴.

Discutir la eficacia absoluta de la vinculación de los tribunales constitucionales a la interpretación adoptada por el Tribunal de Estrasburgo en materia de

⁹⁰³ Cfr. Santiago Ripol Carulla: ob. cit., p. 163.

⁹⁰⁴ Ob. cit., pp. 224-225.

los derechos humanos, los cuáles son derechos constitucionales en los Estados europeos, es una forma de plantear una cuestión del tipo «todo o nada», o sea, tiene como consecuencia la opción por la autoridad hermenéutica de un tribunal y por el rechazo del otro. Esa solución, no obstante, no es la más adecuada tratándose de los derechos humanos. También en el tema del conflicto entre doctrinas jurisprudenciales, hay dos principios —o métodos— que deben orientar la solución jurídica: el principio de la armonización y el principio *pro homine*.

De acuerdo con el principio de la armonización, la interpretación de las normas de derechos humanos y de las normas de derechos constitucionales debe buscar la armonía. Así, en virtud de este principio, la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional debe tratar de ser compatible con la interpretación adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otros términos, debe haber un intento argumentativo a fin de evitar contradicciones entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia europea de derechos humanos. No se debe restringir totalmente la libertad hermenéutica del órgano constitucional, pero tampoco se puede ignorar la jurisprudencia acogida por el Tribunal de Estrasburgo, ya que su jurisprudencia no es simplemente la orientación de un órgano internacional cualquiera, sino que representa la perspectiva compartida por todos los Estados europeos en el tema de los derechos humanos.

La concepción del principio de la armonización parte de la premisa de que hay un margen de apreciación para los Estados (en el nivel constitucional o infraconstitucional) en la interpretación y aplicación del CEDH⁹⁰⁵. Así, no hay una única forma posible de interpretar y aplicar el Convenio Europeo. Cada Estado tiene sus contextos sociales, políticos, culturales y económicos propios, sus valores locales y nacionales⁹⁰⁶, que pueden influir legítimamente en la implementación del Convenio de Roma. Esto es lo que reconoce la doctrina del margen de apreciación nacional, que fue adoptada por el TEDH en el caso *Handyside c. Reino Unido*, de 1976⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Cfr. Juan Antonio Carrillo Salcedo: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 91. Según Santiago Ripol Carulla, la doctrina del margen de apreciación es una expresión del principio de la subsidiariedad del CEDH. Cfr. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, ob. cit., p. 44.

⁹⁰⁶ Cfr. Roel de Lange, ob. cit., p. 3.

⁹⁰⁷ El texto completo de esta sentencia está disponible en la siguiente página electrónica del TEDH: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Handyside&>

Por otro lado, debido al principio *pro homine*, en el tema de los derechos humanos, si dos normas son contrarias, debe adoptarse la que más extiende el derecho. Asimismo, es una consecuencia de este principio que, si dos interpretaciones de tribunales diferentes se contraponen, debe optarse por la más favorable al ser humano. Esto es un efecto lógico de lo que está expresado en el artículo 53 del CEDH:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

Observamos que en virtud del artículo 53 del CEDH, si una norma nacional —constitucional o infraconstitucional— es más favorable que la norma convencional, debe la primera norma prevalecer, no planteándose ningún conflicto. Por el mismo razonamiento, si una interpretación del Tribunal Europeo es menos favorable al ser humano que la interpretación amparada por el Tribunal Constitucional, debe esta última interpretación prevalecer, no suscitando ningún problema.

El dilema surge cuando la situación es inversa, o sea, cuando la jurisprudencia del TEDH es más benévola para la persona que la jurisprudencia del tribunal máximo nacional. En ese supuesto, debemos sobre todo reparar que el CEDH significa un nivel básico de protección de los derechos humanos en Europa, un nivel que debe ser incrementado por los Estados europeos. Por consiguiente, la interpretación del TEDH representa un nivel hermenéutico mínimo en el tema del amparo a los derechos humanos, un nivel que también debe ser aumentado por los tribunales nacionales, y no decrecido.

De esta manera, si un tribunal constitucional presenta una solución jurisprudencial de protección menos favorable al titular del derecho humano en comparación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se puede concluir que el nivel de protección de los derechos humanos en el tal Estado está por debajo del nivel mínimo europeo, lo cual es inaceptable y ofensivo al principio de la integración hermenéutica.

De hecho, el propósito de tal principio es garantizar que el nivel nacional de

garantía de los derechos humanos no sea inferior al nivel global y regional. Así, si un sistema jurídico nacional europeo no puede bajar el nivel de protección global y europeo, tampoco debe un tribunal constitucional de un Estado europeo bajar, por vía hermenéutica, este mismo nivel de tutela de los derechos humanos.

Aparentemente, los principios de la cosa interpretada, de la armonización y *pro homine* chocan entre sí. El primero impone la interpretación del TEDH como la mejor interpretación posible; el segundo acepta un margen de apreciación de los órganos nacionales y aconseja la armonización de las jurisprudencias; el tercero determina que se adopte la interpretación más favorable al ser humano. ¿Cómo sería posible hacer compatibles esos tres principios de integración hermenéutica del CEDH?

En principio, hace falta destacar que el principio de la cosa interpretada no es incompatible con el principio de la armonización, una vez que el propio proceso de interpretación llevado a cabo por el Tribunal Europeo adopta la doctrina del margen de apreciación nacional y solo consolida un planteamiento jurisprudencial cuando los contextos nacionales y locales no justifican una protección del derecho humano en nivel inferior al estándar mínimo europeo.

En realidad, el propio conjunto europeo de normas de derechos humanos es un patrón jurídico mínimo. Por eso, si el CEDH es un límite jurídico mínimo, la jurisprudencia del TEDH, agregándose al conjunto normativo del CEDH, también integra ese límite mínimo de protección del ser humano y de sus derechos. Por lo tanto, se puede suponer que la jurisprudencia del TEDH respeta los valores nacionales de los Estados parte, lo que hace posible la integración armónica entre ella y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Tampoco el principio de la cosa interpretada es antagónico al principio *pro homine*, visto que la interpretación vinculante del TEDH no impone un enfoque único y específico, sino que establece un límite mínimo hermenéutico de reconocimiento del derecho humano, de suerte que una interpretación más favorable a la persona titular del derecho humano siempre es aceptable desde la perspectiva de Estrasburgo.

Finalmente, los principios *pro homine* y de la armonización pueden

colisionar si la armonización significa la adopción de la interpretación menos favorable a la persona, pero esa situación no es real porque la condición básica de la armonización es la posibilidad de que un mismo derecho sea tutelado igualmente de dos o más formas diferentes. Así, cuando son armonizados las interpretaciones del TEDH y un tribunal constitucional (así como otro tribunal nacional), este último halla una solución normativa que no es menos favorable al ser humano, aunque no absolutamente coincidente con la doctrina jurisprudencial acogida por el Tribunal Europeo. Así, la armonización no debe y no puede acarrear una protección menos profunda del derecho humano.

Con esos matices, creemos que un tribunal constitucional europeo, en su tarea fundamental de interpretar las normas de derechos constitucionales de modo integrado con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe buscar una compatibilidad —armonía— entre su propia jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial del TEDH, respetando siempre los límites de esta última y decidiendo, si es posible, en favor de la máxima extensión del derecho humano, superando incluso el nivel europeo de protección.

Debemos, por otro lado, señalar también que el proceso de interacción o integración hermenéutica y jurisdiccional no afecta, en Europa, solamente a los jueces constitucionales, sino también al propio TEDH. Como bien resalta Lothar Michael, cuando trata de este problema desde la perspectiva del sistema constitucional alemán, el proceso de protección de los derechos humanos en múltiples niveles no es un desarrollo de dirección única, pues debe ser realizado de forma dinámica, por medio de una integración interactiva.⁹⁰⁸

De esta manera, los parámetros de protección de los derechos humanos— tomados estos en su sentido material— que están ofrecidos por las jurisprudencias de los tribunales constitucionales europeos también deben inspirar e influir en el desarrollo y la evolución de la jurisprudencia del TEDH, propiciando, incluso, el incremento del nivel de protección europeo de los derechos humanos. En realidad, esa «fertilización cruzada» (o «*cross-fertilization*»⁹⁰⁹) entre la jurisprudencia europea y la jurisprudencia constitucional de los Estados europeos no solo ocurre —o puede ocurrir— en la dirección vertical sino

⁹⁰⁸ Cfr. Lothar Michael: ob. cit., p. 314.

⁹⁰⁹ Cfr. David. Szymczak: ob. cit, p. 299.

también en la dirección horizontal, representada por el diálogo entre los jueces constitucionales de los diferentes Estados, y por medio de trazados triangulados, que involucran a las cortes constitucionales, al TEDH y también al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁹¹⁰

En el futuro, lo que se proyecta es algo todavía más osado: la interacción jurisprudencial en el ámbito mundial. Aunque los sistemas constitucionales y regionales de derechos humanos (europeo, americano y africano, principalmente) estén basados en contextos culturales y socioeconómicos distintos, con el tiempo, la propia globalización forzaría que un nivel jurisprudencial mínimo de protección de los derechos humanos sea construido y desarrollado, a fin de que alguna forma de cosmopolitismo (en la forma concebida por Ulrich Beck) pueda favorecer a toda la humanidad, sin desconsiderar las circunstancias regionales y locales que siempre deben ser llevadas en cuenta en las decisiones sobre los casos concretos.⁹¹¹

6.9 La integración de las normas de derechos humanos en la experiencia integradora del sistema comunitario europeo

El derecho —o sistema— comunitario europeo es un conjunto de normas establecidas en los tratados constitutivos de la Unión Europea (el derecho comunitario originario, que también comprende los principios generales del derecho comunitario), de normas emanadas de las instituciones propias de la Unión Europea debidamente legitimadas para la producción normativa por los tratados constitutivos y sus reformas (el derecho comunitario derivado) y de normas de desarrollo de las normas del derecho comunitario derivado (el derecho comunitario terciario o complementario)⁹¹².

Tales normas comunitarias europeas ni son consideradas estrictamente

⁹¹⁰ Cfr. Fernando Silva García: *Derechos humanos: efectos de las sentencias internacionales*, Ciudad del México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 278-282.

⁹¹¹ Cfr. Julie Allard: «Le dialogue des juges dans la mondialisation», en *Le dialogue des juges: actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 90-91.

⁹¹² Cfr. Yolanda Gómez Sánchez: *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades*, Madrid, Editorial Sanz y Torres, 2005, pp. 17-20.

normas internacionales, ni son consideradas normas nacionales en sentido estricto. No son normas internacionales porque son elementos de un sistema jurídico que estructura una entidad *sui generis*, la Unión Europea, que es una entidad-producto de la integración europea y que está dotada de parcelas de competencias propias de los poderes soberanos estatales, las cuáles fueron legítimamente delegadas por los Estados que componen la mencionada entidad. Tampoco son normas nacionales, o mejor dicho, no son normas *solo* nacionales, puesto que son compartidas por todos los Estados que integran la Unión Europea.

En principio, el sistema comunitario europeo no se integra formalmente con el sistema interno de un Estado europeo; no forman los dos un solo sistema jurídico (o sea, no se trata aquí de una integración monista pura o mismo monista híbrida, sino de un dualismo *sui generis*). El sistema comunitario europeo, cuando es aplicado según un principio de competencia, impide la aplicación del sistema jurídico nacional propio, en virtud del principio de la primacía.

Según Jean-Paul Jacqué, el principio de la primacía no es un principio exclusivo y característico del orden comunitario, pero es un principio que traduce la relación entre el orden comunitario y los órdenes internos.⁹¹³ Tal principio fue reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en las famosas sentencias *Costa v. ENEL*, *Van Gend en Loos* y *Simmenthal*. Según Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Noguera, es posible extraer los siguientes efectos de la jurisprudencia del TJCE respecto al principio de la primacía:

— El primero, si la norma interna incompatible es anterior a la norma comunitaria, la norma comunitaria hace «inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional». Es decir, se excluye la aplicación de la ley interna anterior y prevalecerá la norma comunitaria posterior.

— El segundo efecto, si la norma interna incompatible es posterior a la norma comunitaria, la vigencia de la norma comunitaria «impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias». Esta concreta afirmación de la sentencia *Simmenthal* ha sido muy criticada: probablemente el TJCE se excedió al

⁹¹³ Cfr. Jean-Paul Jacqué: «Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unis: l'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 69, 2007, p. 9.

entrar a juzga las competencia del poder legislativo interno y al declarar en abstracto la invalidez de las normas nacionales contrarias. El TJCE no está facultado para declarar la inexistencia ni la invalidez de las normas nacionales; en una sentencia posterior, IN.GO.GE'90 de 1998, el TJCE ha matizado reconociendo que «no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho Comunitario de una norma de Derecho Nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta».

— El tercero es que ya sea la norma interna anterior o posterior, el órgano judicial no debe esperar a que la norma interna incompatible sea derogada ni debe plantear la cuestión de constitucionalidad.

— El cuarto es que el juez del litigio concreto puede y debe excluir la norma interna y aplicar la norma comunitaria⁹¹⁴.

La eficacia jurídica de las normas comunitarias tampoco depende de una recepción por los sistemas internos de los Estados europeos pues tienen ellas aplicabilidad directa, como resultado del principio comunitario europeo del efecto directo⁹¹⁵. Siendo el caso de su incidencia, el derecho comunitario europeo es aplicado en los territorios de los Estados de la Unión, pero no como norma nacional. Esta es una situación en la que normas de una entidad política no nacional son aplicadas directamente en el territorio del Estado nacional.

La recepción e incidencia automática de las normas jurídicas de la Unión Europea está favorecida por las normas constitucionales de integración establecidas en las propias constituciones de muchos Estados europeos, las así conocidas «clausulas europeas».⁹¹⁶

En el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn (con el texto atribuido por la reforma constitucional de 1992), por ejemplo, está expresado que la Constitución alemana reconoce la legitimidad de la transferencia de una parcela de poderes soberanos a la Unión Europea, con la condición de que sean respetados «*los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad*» y garantizada «*una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada*».

⁹¹⁴ *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2008, p. 428.

⁹¹⁵ Cfr. *idem*, *ibidem*, pp. 20-22.

⁹¹⁶ Cfr. Christian Tomuschat: «¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, ob. cit., p. 35; Monica Claes: «Constitutionalizing Europe at its source: the “european clauses” in national constitutions: evolution and typology», en *Yearbook of European Law*, n. 24, 2005, pp. 85-89.

por la presente Ley Fundamental». Ese precepto es hoy considerado por la jurisprudencia alemana como el fundamento constitucional para la recepción automática —y también la primacía— de las normas comunitarias europeas.⁹¹⁷

A su vez, en la Constitución francesa (artículo 88), existe una regla que legitima expresamente los tratados constitutivos de la Unión Europea y, de este modo, todo el derecho creado con el fundamento en esos tratados.

También en la Constitución portuguesa (artículo 7.6) quedó expresamente autorizado el traspaso de los poderes estatales (incluso el poder político-normativo) a la Unión Europea, con la condición de que sean respetados el núcleo de identidad constitucional de Portugal y el principio de la subsidiariedad.

Igualmente, en la Constitución de la Eslovaquia⁹¹⁸, debido a la reforma constitucional de 2001, hay una norma expresa (artículo 7.2) en el sentido de que ese Estado debe transferir, por tratado internacional, el ejercicio de parte de sus poderes a la Unión Europea, pasando a estar el sistema eslovaco sometido a las normas europeas, las cuáles deben ser aplicadas con primacía sobre la legislación doméstica.

En la Constitución del Estado italiano (artículo 11), está establecido que este accede «a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones»; esta regla es aplicable a las organizaciones internacionales en general, en las cuáles el Estado italiano participa, pero, *a fortiori*, por una interpretación histórica, la regla de competencia puede ser aplicada con todavía más fuerza a fin de legitimar la aplicación directa y con primacía del derecho comunitario europeo.

Igualmente, en la Constitución de Bélgica⁹¹⁹, existe una norma (artículo 34) que posibilita que poderes sean atribuidos por medio de tratados internacionales o de leyes a «instituciones de derecho internacional público»; tal norma es mencionada por la doctrina belga a fin de legitimar los poderes normativos de la Unión Europea, aunque la

⁹¹⁷ Cfr. Philipp Cede: ob. cit., pp. 57-58.

⁹¹⁸ El texto integral de la Constitución eslovaca está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.concourt.sk/en/A_ustava/ustava_a.pdf>. Fecha de acceso: 13.11.2013.

⁹¹⁹ El texto integral de la Constitución de Bélgica está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.senate.be/doc/const_fr.html>. Fecha de acceso: 13.11.2013.

Corte Constitucional belga siga teniendo el poder de controlar la constitucionalidad de tales actos.⁹²⁰

Idéntica norma está expresada en la Constitución de la República Checa (artículo 10.2), la cual establece que se posible transferir, por medio de los tratados internacionales, «ciertos poderes» del Estado a organizaciones o instituciones internacionales, lo que incluye, obviamente, a la Unión Europea.

En España, el texto constitucional (artículo 93) señala que, por medio de una ley orgánica, «*se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*». Aunque esa norma constitucional de competencia sea bastante amplia, su aplicación es perfectamente admisible a fin de legitimar la aplicación de la legislación europea.

La Constitución búlgara, aunque lo haga de forma bastante concisa, hace referencia a la participación de Bulgaria en la Unión Europea en su artículo 4.3 (con la redacción atribuido por la reforma constitucional de 2005), afirmando que la «*República de Bulgaria debe participar de la construcción y del desarrollo de la Unión Europea*», lo que también está siendo interpretado como una apertura constitucional para la aplicación inmediata y prioritaria del derecho comunitario europeo.⁹²¹

Pese a que sean normas de un sistema jurídico propio y autónomo, legitimado no solamente por los tratados constitutivos de la Unión Europea sino también por muchas normas constitucionales de las naciones europeas, las normas comunitarias europeas son interpretadas y ejecutadas por las autoridades domésticas de los países, sean administrativas o judiciales. De este modo, aunque, formalmente, no haya una integración jurídica *stricto sensu* entre las normas nacionales y las normas europeas, la realidad nos demuestra que las autoridades nacionales aplican simultáneamente normas domésticas y europeas, dependiendo de la regla de competencia.

De esta manera, a fin de evitar una doble lógica o una doble ética jurídica,

⁹²⁰ Cfr. Patricia Popelier: ob. cit., pp. 83-84.

⁹²¹ Cfr. Maria Fartunova: «Report on Bulgaria», en *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, editado por Giuseppe Martinico y Oreste Pollicino, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010, p. 105.

las autoridades nacionales propenden a armonizar las normas domésticas y comunitarias europeas, propiciando una forma de integración práctica —no formal— de los sistemas jurídicos (por eso designamos a ese fenómeno político-jurídico con la expresión «dualismo *sui generis*»). Igualmente, según Jean-Paul Jacqué, se puede presenciar el mismo esfuerzo conciliatorio por la parte del TJUE y de las autoridades comunitarias.⁹²²

Esa integración práctica entre los sistemas nacionales y europeo también suscita la cuestión de saber si las normas comunitarias europeas que materialmente sean consideradas normas de derechos humanos deben influenciar la interpretación de las normas de derechos constitucionales en Europa, o viceversa.

De acuerdo con la ya examinada norma de integración hermenéutica (expresada, por ejemplo, en el artículo 10.2 de la Constitución española y en el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa), los tratados internacionales de derechos humanos deben pautar la interpretación de *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce*. Formalmente, los tratados constitutivos de la Unión Europea (o sea, los programas normativos del derecho comunitario europeo originario) son tratados internacionales, aunque *sui generis*. Así, es natural que se indague si esos tratados comunitarios, cuando establecen normas de derechos humanos, proporcionan la aplicación de la integración hermenéutica de los derechos humanos.

En los primeros años de la historia de la Comunidad Europea, no se admitía la existencia de este problema. Hasta 1969, o sea, hasta la sentencia *Stauder* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), no se reconocía ni siquiera implícitamente la existencia de normas de protección de derechos humanos en el derecho comunitario europeo originario.⁹²³ Así, por ejemplo, de acuerdo con la sentencia en el caso *Friedrich Stork & Cie v. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (de 4 de febrero de 1959) del TJCE⁹²⁴, no correspondería a este tribunal examinar violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que el TJCE solo podría

⁹²² Cfr. Jean-Paul Jacqué: ob. cit., p. 16.

⁹²³ Cfr. Ángel G. Chueca Sancho: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pp. 88-94.

⁹²⁴ El texto de la sentencia del TJCE en el caso *Friedrich Stork & Cie v. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61958CJ0001:ES:PDF>>. Fecha de acceso: 11.3.2014.

examinar, como parámetro normativo, los tratados constitutivos de la Comunidad Europea y las demás normas de ejecución de esos tratados, lo que excluiría las normas constitucionales de derechos fundamentales⁹²⁵ (o aún las normas internacionales de derechos humanos, lo que se puede deducir implícitamente desde el raciocinio del tribunal) del parámetro normativo europeo. Así, según André de Carvalho Ramos, la sentencia *Stork* sería un marco jurisprudencial de la etapa «negacionista» del TJCE.⁹²⁶

Un segundo conocido *leading case* de la primera etapa negacionista del TJCE fue la sentencia en el caso *Comptoirs de Vente*, de 15 de julio de 1960, en que el tribunal europeo confirmó su doctrina de que cuestiones «constitucionales» de los Estados no podrían ser resueltas en el ámbito europeo.⁹²⁷ En esa sentencia, pese al voto de la mayoría de los jueces en favor de la teoría negacionista, se registró también el famoso dictamen del Abogado General Maurice Lagrange, que, según André de Carvalho Ramos y Araceli Mangas Martín, defendió que el TJCE podría, eventualmente, inspirarse en los órdenes jurídicos de los Estados europeos a fin de concretizar un principio general del derecho comunitario.⁹²⁸

La jurisprudencia de negación de los derechos humanos (o de los derechos fundamentales) en el sistema comunitario europeo también estuvo reafirmada por el TJCE en el caso de *Marcello Sgargata* (caso 40/64), decidido el 1º de abril de 1965.⁹²⁹ En ese caso, pese a que el solicitante hubiera invocado los «principios generales que gobiernan los

⁹²⁵ En el ítem 4.a de la fundamentación de la sentencia *Stork*, el TJCE así se manifestó: «*Considerando, en efecto que, de conformidad con el artículo 8 del Tratado, la Alta Autoridad únicamente ha de aplicar el Derecho comunitario, que carece de competencia para aplicar el Derecho interno de los Estados miembros; que, de igual manera, y a tenor de lo previsto en el artículo 31 del Tratado, este Tribunal debe garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y de los Reglamentos de ejecución; que, por regla general no debe pronunciarse sobre las normas nacionales, que, por consiguiente, no puede entrar en el examen del motivo basado en que, el adoptar su Decisión, la Alta Autoridad ha vulnerado ciertos principios de Derecho constitucional alemán (en concreto, los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental)*».

⁹²⁶ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 63-66.

⁹²⁷ En ese sentido, cfr. Jean-Victor Louis: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5ª ed., Bruselas, Comisión Europea, 1995, p. 131.

⁹²⁸ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Direitos humanos na integração econômica*, ob. cit., p. 65; y Araceli Mangas Martín: «El compromiso de los derechos fundamentales», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, editado por Araceli Mangas Martín, Madris, Fundación BBVA, 2008, p. 34.

⁹²⁹ El texto de la sentencia del TJCE en el caso 40/64 (caso *Sgargata*) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0040:EN:PDF>>. Fecha de acceso: 12.3.2014.

Estados Miembros» (que incluyen los derechos garantizados en el ámbito nacional), el TJCE decidió que solo podría decidir sobre la aplicación del derecho comunitario *stricto sensu*.

La doctrina negacionista del Tribunal de Luxemburgo perduró al final de la década de los 60, solamente siendo superada con la sentencia *Erich Stauder* (caso 29/69, decidido el 12 de noviembre de 1969)⁹³⁰, cuando el TJCE pasó a admitir que «los derechos fundamentales de la persona» están comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, o sea, en el derecho comunitario originario.⁹³¹ En el séptimo considerando de su fundamentación jurídica, la sentencia *Stauder* registra que «*la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia*». Así, aunque el tribunal haya considerado que los derechos fundamentales no fueron violados por la disposición controvertida en el caso concreto, también declaró que tales derechos fundamentales (o los derechos humanos reconocidos en el ámbito nacional) están «*subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario*» y su respeto está garantizado por ese mismo Tribunal de Justicia.

Esa posición jurisprudencial del Tribunal de Justicia fue reforzada posteriormente en la sentencia del caso *Internationale Handelsgesellschaft* (asunto 11/70), de 17 de diciembre de 1970.⁹³² En ese famoso caso, el TJCE declaró que los derechos fundamentales forman parte del orden jurídico comunitario, que los recepcionó desde las «*tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*».⁹³³

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo sostuvo en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* que «*la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia*» y que «*la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las*

⁹³⁰ El texto de la sentencia del TJCE en el caso *Erich Stauder* (caso 29/69) está disponible en la siguiente página: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969CJ0029:ES:PDF>>. Fecha de acceso: 12.3.2014.

⁹³¹ Cfr. Ángel G. Chueca Sancho: ob. cit., pp. 95-96.

⁹³² El texto de la sentencia del TJCE en el caso *Internationale Handelsgesellschaft* (asunto 11/70) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:ES:PDF>>. Fecha de acceso: 12.3.2014.

⁹³³ Cfr. Ángel G. Chueca Sancho: ob. cit., pp. 96-100.

*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad».*⁹³⁴ Así, sin reconocer la primacía de las normas constitucionales de derechos fundamentales, el TJCE trató de «incorporar», informalmente, las normas de derechos fundamentales que representan las «*tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*» en el derecho comunitario europeo, a fin de que el respeto a los derechos fundamentales sean garantizados con el mismo nivel de protección de los órdenes internos de los Estados europeos y, a la vez, las mismas normas de derechos fundamentales no sean un pretexto para invalidar la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados; en ese último sentido, en la sentencia del caso *Internationale Handelsgesellschaft*, el TJCE, como bien notó Araceli Mangas Martín, propone la recepción comunitaria de los derechos fundamentales como instrumento de reafirmación de la primacía absoluta del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluso constitucional.⁹³⁵

Además de reafirmar la primacía del derecho comunitario, también se puede percibir en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* que, en aquel entonces, por primera vez, el TJCE innovó la jurisprudencia internacional invirtiendo el sentido de la recepción normativa entre sistemas jurídicos. De acuerdo con el espíritu de su fundamentación, no solo los Estados incorporan (o aplican, en el caso comunitario europeo) las normas supranacionales de derechos humanos, sino que también los sistemas jurídicos supranacionales (como el sistema comunitario europeo) pueden captar normas de derechos humanos de los sistemas jurídicos internos. Tal flujo invertido de la comunicación normativa entre sistemas fue reconocido a fin de que el propio Tribunal de Justicia pueda integrar las normas de protección de los derechos humanos en el sistema comunitario y, así, legitimar su actividad jurisdiccional y la primacía de tal sistema, atendiendo, conforme ya hemos mencionado, a las justas pretensiones de garantía de los derechos humanos y fundamentales en el ámbito de la Comunidad Europea.

Finalmente, en 1974, con la sentencia *Nold*, el TJCE consolidó la jurisprudencia inaugurada en el caso *Internationale Handelsgesellschaft* y asentó definitivamente que los estándares nacionales constitucionales de derechos fundamentales

⁹³⁴ Cfr. el cuarto considerando de la sentencia del TJCE en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁹³⁵ Cfr. Araceli Mangas Martín: «El compromiso con los derechos fundamentales», ob. cit., pp. 35-36.

forman parte del derecho comunitario europeo, pero también avanzó en el tema y trató de reconocer la integración, en el bloque de normas de derechos humanos fundamentales del sistema europeo, de las normas internacionales de derechos humanos que son válidas para los Estados europeos.⁹³⁶ Ciertamente, en su famosa sentencia de 14 de mayo de 1974⁹³⁷, el TJCE promovió la tríplice integración europea de las normas de derechos humanos, reconociendo la recepción informal de las normas internacionales y constitucionales de derechos humanos y derechos fundamentales en el sistema normativo de la Comunidad Europea.

Veamos el considerando 13 de la sentencia en el caso *Nold*, en que se puede observar la expansión del parámetro normativo comunitario determinada por el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo:

Considerando que, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal; que, al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados; que los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario; que los motivos formulados por la demandante deben ser apreciados a la luz de estos principios.

Las conclusiones extraídas de la sentencia del TJCE en el asunto *Nold* fueron así resumidas por Jean-Victor Louis:⁹³⁸

De esta sentencia se pueden extraer dos conclusiones: en primer lugar, el Tribunal afirma formalmente que anulará o declarará no válida, en su caso, toda disposición de Derecho derivado contraria a los derechos fundamentales enunciados en las constituciones, o incluso en una sola Constitución; en segundo lugar, los convenios internacionales en materia de derechos humanos (Declaración universal, Convenio europeo, pactos de las Naciones Unidas, Carta social, etc.) serán fuentes en las que el Tribunal se inspirará, es decir, que el Tribunal, por una parte, no se considera vinculado por estos actos como por las obligaciones internacionales convencionales y que, por otra, no es necesario que el instrumento

⁹³⁶ Cfr. Ángel G. Chueca Sancho: ob. cit., pp. 101-104; y Araceli Mangas Martín: «El compromiso con los derechos fundamentales», ob. cit., p. 38.

⁹³⁷ El texto de la sentencia del TJCE en el asunto *Nold* está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0004:ES:PDF>>. Fecha de acceso: 14.3.2014.

⁹³⁸ Cfr. Jean-Victor Louis: ob. cit., p. 132.

en cuestión haya sido ratificado por todos los Estados miembros para que el Tribunal se inspire en él: basta que hayan «participado en él».

La jurisprudencia consolidada por el TJCE en el caso *Nold* correspondió a una demanda de los tribunales locales (y también tribunales constitucionales) que se resistían a la transferencia absoluta de poderes normativos de los Estados europeos a la Comunidad Europea (y, por consecuencia, al TJCE), sin la garantía de que los derechos fundamentales tutelados por las constituciones nacionales fueran igualmente protegidos en el sistema europeo.

Una demostración clara de esa confrontación judicial (y de lo que demandó la construcción por el TJCE de la doctrina respecto a incorporación de las normas de derechos humanos fundamentales en el sistema comunitario) fue el hecho de que, contra la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal Administrativo de Frankfurt provocó un fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuestionando la constitucionalidad de un acto comunitario.

En respuesta al mencionado cuestionamiento, pocos días después de la sentencia *Nold* del TJCE, el Tribunal Constitucional Federal Alemán pronunció su primera sentencia «Solange», en la que declaró que la transferencia de competencias del Estado alemán a la Comunidad Europea, legitimada por el artículo 24.1 de la Ley Fundamental de Bonn, solo podría excluir el control de constitucionalidad de las normas comunitarias por el Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando el orden jurídico comunitario alcanzase el mismo grado de protección de los derechos humanos fundamentales del sistema constitucional alemán.⁹³⁹

Tal posición jurisprudencial fue modificada en la así llamada sentencia «Solange II», de 22 de octubre de 1986, en la que el Tribunal Constitucional Federal alemán decidió que el TJCE y el sistema comunitario europeo aseguraban una efectiva protección de los derechos fundamentales. Por eso, el Tribunal Constitucional solo podría intervenir contra la validez de los actos comunitarios si el núcleo esencial de un derecho fundamental está siendo violado.⁹⁴⁰

⁹³⁹ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Direitos humanos na integração econômica*, ob. cit. p. 115.

⁹⁴⁰ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Direitos humanos na integração econômica*, ob. cit. pp. 120-121.

Paralelamente a la presión impuesta por los tribunales locales y constitucionales, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, firmada en los años 70, respecto a la incorporación informal de normas de derechos fundamentales en el derecho comunitario europeo, con la aceptación de los estándares nacionales constitucionales (o incluso de los parámetros normativos del derecho internacional de los derechos humanos), también estuvo justificada —o explicada— por la ausencia de normas expresas sobre los derechos humanos ya sea en el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ya sea en las demás normas primarias y secundarias del sistema jurídico comunitario. Al final de la misma década, cuando las normas de derechos humanos empezaron a ser formalmente integradas al orden comunitario, el recurso argumentativo a las tradiciones constitucionales comunes pasó a ser progresivamente secundario.

En abril de 1977, los órganos políticos de la Comunidad Europea (Consejo, Comisión y Parlamento) firmaron una declaración común en la que reconocen la importancia de las normas de derechos humanos (en especial, las normas del CEDH) en el sistema comunitario. Sin embargo, hasta el año 1986, la presencia de las normas de derechos humanos en los tratados constitutivos de la Unión Europea era meramente implícita. Solo en aquél año, con el Acta Única Europea, se introdujo en un tratado que compone el derecho comunitario originario una referencia expresa a los derechos humanos, aunque solamente en el preámbulo del tratado. He aquí el tercer considerando del preámbulo del Acta Única Europea de 1986:

DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social⁹⁴¹;

En el Tratado de Maastricht de 1992 (el Tratado de la Unión Europea), el respeto a las normas de derechos humanos, en particular las normas del CEDH, está determinado como norma expresa del derecho comunitario europeo originario. Esto es que lo que impone el artículo F.2 del mencionado tratado:

⁹⁴¹ Los textos completos del Acta Única Europea y de los demás tratados constitutivos de la Unión Europea están disponibles en la siguiente página electrónica: <<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>>. Fecha de acceso: 8.9.2011.

Artículo F

...

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

En el Tratado de Amsterdam, de 1997, el apartado primero del artículo F es modificado a fin de hacer también mención al respeto absoluto a los derechos humanos en cuanto principio fundamental de la Unión Europea. He aquí el texto posterior a la modificación:

Artículo F

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

A su vez, por medio del Tratado de Niza, de 2000, fue añadido el artículo 181-A al Tratado de la Unión Europea, con la siguiente redacción:

Artículo 181 A

1. Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, y en particular de las del título XX, la Comunidad llevará a cabo, en el marco de sus competencias, acciones de cooperación económica, financiera y técnica con terceros países. Estas acciones serán complementarias de las que lleven a cabo los Estados miembros y coherentes con la política de desarrollo de la Comunidad.

La política de la Comunidad en este ámbito contribuirá al objetivo general del desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo del respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

También con ocasión de la suscripción del Tratado de Niza se elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que contiene diversos derechos humanos reconocidos en el CEDH y en textos normativos constitucionales de los Estados miembros. No obstante, en aquel entonces, la Carta de Derechos Fundamentales no era parte de un tratado de la Unión Europea. Por lo tanto, formalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no era, en su principio, un texto del derecho comunitario originario, aunque, materialmente, sus normas ya fuesen incluso anteriormente reconocidas como parte integrante del sistema normativo comunitario.

En el año 2004, se intentó transformar la CDFUE en documento formal del derecho comunitario originario. En la Parte II del Tratado por el cual se establecía una Constitución para la Unión Europea, se acogía la CDFUE como parte oficial de la propia Constitución europea.⁹⁴² Considerando que tal tratado no produjo efectos jurídicos en virtud del rechazo de Francia y Holanda, correspondió al Tratado de Lisboa, que fue firmado el 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1º de diciembre de 2009, cambiar la naturaleza formal de la CDFUE y atribuirle la condición de parte de un tratado constitutivo de la Unión Europea.

Es fácil deducir que, antes de diciembre de 2009, aunque hubiese un sistema de normas de derechos humanos en el derecho comunitario europeo, no había formalmente un programa normativo —un texto normativo— propio de los derechos humanos en la Unión Europea. Las normas de derechos humanos que integraban el sistema jurídico comunitario eran las normas del CEDH y de los principios constitucionales comunes de los Estados miembros. A esas normas de derechos humanos se agregaban las normas del CDFUE, pero considerando estas meramente como derivaciones de aquellos principios comunes. Así, formalmente, no había un sistema autónomo y especial de derechos humanos «comunitarios» (o sea, independiente del sistema de Estrasburgo) que fuese capaz de influenciar la interpretación de los derechos constitucionales en los Estados europeos.

Por ese motivo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (el TJCE, que se transformó en el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TJUE), en materia de derechos humanos, no tenía la misma autoridad para influenciar la jurisdicción constitucional europea en comparación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En efecto, si las normas de derechos humanos de la Unión Europea eran las normas del CEDH, la autoridad jurisdiccional más importante en el tema de los derechos humanos era el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que el Tribunal Constitucional español, entre los años 2000 y 2009, hizo referencia a la jurisprudencia del TJCE en la justificación jurídica de

⁹⁴² Debido a ese hecho, en aquel entonces, Laurence Burgorgue-Larsen consideró que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasaba a formar parte del «derecho constitucional de la Unión». Cfr. Laurence Burgorgue-Larsen: «Sombras e Luzes na Constitucionalização da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», traducido al portugués por Yara Maria Martins Nicolau Milan, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, 2005, p. 65.

menos de veinte sentencias, al tiempo que fundamentó sus sentencias en fallos del TEDH en cientos de sentencias. La misma tendencia es posible identificar en la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales europeos.

Además de eso, tal como expresó el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, el TEDH puede controlar los actos de los Estados (de las autoridades nacionales) que aplican las normas de la Unión Europea, pudiendo incluso declarar incidentalmente la invalidez de tales normas comunitarias, cuando estas violan el CEDH y las demás normas europeas de derechos humanos.⁹⁴³ De esta manera, como bien señala Carmen Antón Guardiola, el TEDH, indirectamente, afirmó, en tal precedente jurisprudencial, la superioridad jerárquica del sistema europeo de derechos humanos sobre el derecho comunitario europeo, pese a que la Unión Europea no haya, todavía, adherido formalmente al CEDH.⁹⁴⁴ También implícitamente, con la misma *ratio decidendi*, creemos que el Tribunal de Estrasburgo se firma en una posición materialmente superior al Tribunal de Luxemburgo.

Tal contexto normativo cambia parcialmente después de diciembre de 2009, con la vigencia de la CDFUE como texto del derecho comunitario originario. En efecto, la CDFUE se convirtió, formalmente, en un texto normativo con rango de tratado internacional. Así, teóricamente, es hoy todavía más factible justificar la integración hermenéutica a fin de determinar que la interpretación de los derechos constitucionales en los Estados europeos sea influenciada por la CDFUE.

Respecto de las funciones jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza, no se puede olvidar que su función primera es servir de parámetro de validez e interpretación de las normas del sistema jurídico comunitario europeo. Ante todo, la CDFUE es hoy parte del derecho comunitario originario y, en cuanto tal, su eficacia inmediata incide sobre el propio derecho comunitario europeo. Sin embargo, la CDFUE también puede asumir una segunda función —de eficacia mediata— de integración con las normas constitucionales de derechos fundamentales (o de derechos que materialmente son

⁹⁴³ El texto de la sentencia *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Irlanda* del TEDH está disponible en la siguiente página electrónica: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69564#{"itemid":\["001-69564"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69564#{)> . Fecha de acceso: 26.3.2014.

⁹⁴⁴ Cfr. Carmen Antón Guardiola: «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, *Bosphorus Airlines*, 45036/98: derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 28, 2007, p. 947.

derechos humanos) positivadas por las constituciones de los Estados europeos, pero no en cuanto forma de integración del sistema comunitario con el sistema interno (lo que colisiona con el principio del dualismo entre sistema interno y comunitario), sino en cuanto tratado de derecho humano que consolida el consenso regional europeo de protección de los derechos humanos.

Esa segunda función integradora resulta directamente del principio de integración hermenéutica de los derechos humanos y es independiente de la función que desempeña la CDFUE en el sistema jurídico comunitario. O sea, independientemente de cómo va a ser aplicada la CDFUE en el sistema propio comunitario, la CDFUE, en los Estados europeos, hoy tiene también la función de influenciar la hermenéutica constitucional en el tema de los derechos fundamentales (o constitucionales que materialmente son derechos humanos).

Conforme ya lo dijimos en otro ítem, la integración jurídica proporcionada, por ejemplo, por el artículo 10.2 de la Constitución española y por el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa alcanza asimismo la integración hermenéutica jurisprudencial, o sea, legitima la influencia ejercida por la jurisprudencia de los tribunales supranacionales sobre la jurisdicción constitucional en el tema de derechos constitucionales básicos de las personas. Así, en la práctica, la consideración formal de la CDFUE (que es un documento normativo propio de la Unión Europea) en cuanto tratado internacional de derechos humanos puede significar la influencia legitimada constitucionalmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la jurisdicción constitucional europea. En otros términos, si la CDFUE debe influenciar en la interpretación constitucional en los Estados europeos, también la jurisprudencia del TJUE respecto a la CDFUE (y otras normas europeas de derechos humanos) debe influir en la jurisdicción constitucional europea.

Este problema jurídico se hace todavía más interesante si se tiene en cuenta que muchos de los derechos reconocidos en la CDFUE son reproducción del CEDH, lo que puede, teóricamente, generar un conflicto jurisprudencial entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Asimismo hace falta observar que, de acuerdo con el artículo 52.3 de la CDFUE, sus normas deben ser interpretadas de conformidad con las normas del CEDH y, por lo tanto, con la jurisprudencia del TEDH.

Aquí trasladamos la disposición de la CDFUE:

Artículo 52

Alcance e interpretación de los derechos y principios

(...)

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

El mismo efecto también podrá resultar de la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma, expresamente admitida por un Protocolo del Tratado de Lisboa, pasando la Unión Europea a estar, en ese supuesto, sujeta a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo. De esta manera, en el supuesto de adherirse la Unión Europea al CEDH, también estarían inequívocamente los actos y decisiones de las instituciones de la Unión Europea sujetos al control del Tribunal de Estrasburgo, lo que plantea los mismos problemas de integración entre la jurisprudencia constitucional de los Estados europeos y la jurisprudencia del TEDH.⁹⁴⁵

Los hechos que aquí resaltamos sugieren que también será necesario, en el futuro, desarrollar el diálogo jurisdiccional más intenso entre la Corte de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, ya que la interpretación de los derechos humanos en un ámbito puede justificar la protección en un nivel superior en el otro. Según Xavier Groussot, ese diálogo ya ocurre hoy y tendríamos demostraciones de tal «*cross-fertilization*» en los casos *Attila Vajnai*, *Vilho Eskelinen*, *Johnston*, *Hatton* y *Max-Mobil*.⁹⁴⁶ De todas formas, aunque la fertilización cruzada de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE pueda ser productiva y sinérgica, no se puede excluir la posibilidad de que conflictos hermenéuticos —y quizá institucionales— resulten en la aplicación de las normas de derechos humanos por los dos tribunales.

⁹⁴⁵ Cfr. José Rafael Marín Aís: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma: el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 44, 2013, pp. 233-276.

⁹⁴⁶ Cfr. Xavier Groussot: «“European rights” and dialogues in the context of constitutional pluralism», en *Human rights: their limitations and proliferation*, editado por Peter Wahlgren, Estocolmo, Stockholm Institution for Scandinavian Law, 2010, pp. 60-61.

A nuestro juicio, un posible conflicto jurisprudencial entre los tribunales constitucionales europeos, el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, debe ser arreglado de acuerdo con los principios ya examinados que deben proporcionar la solución de conflictos entre la jurisprudencia del TEDH y de los tribunales constitucionales europeos.

En primer lugar, la jurisprudencia del TEDH, que es principal portavoz del consenso europeo de derechos humanos, debe ser respetada como el parámetro mínimo de protección de los derechos humanos en toda la Europa.

En segundo lugar, siendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo o del tribunal constitucional más favorable al ser humano, debe prevalecer esa interpretación de los derechos humanos.

En tercer lugar, la existencia de doctrinas jurisprudenciales europeas no debe desembocar en una eliminación del espacio de acomodación hermenéutica, debiendo quedar al tribunal constitucional nacional (y asimismo del Tribunal de la Unión Europea) la posibilidad de acomodar la jurisprudencia europea con el contexto jurídico, cultural, social y económico propio, respetando, en todo caso, el parámetro mínimo fijado por el Tribunal de Estrasburgo.

Hace falta asimismo resaltar que la integración hermenéutica jurisprudencial en el ámbito europeo no es una vía de sentido único. Así como las jurisprudencias del TEDH y del TJUE influyen la jurisprudencia constitucional, esta también influye en la formación de aquéllas. La propia existencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo es una prueba de la existencia de una cultura jurídica común europea.

Si existe una cultura —parcialmente— común, existe también un ámbito normativo —un contexto normativo— común entre los países europeos. Por lo tanto, la interpretación jurisprudencial en España, Francia, Alemania, Portugal, Italia etc. respecto a un derecho humano fundamental debe ser tenida en cuenta por el TEDH y el TJUE, los cuales deben buscar inspiración en todos los Estados europeos antes de definir el exacto parámetro hermenéutico europeo de protección de los derechos de las personas.

De esta manera, la integración hermenéutica jurisprudencial europea es una

integración entrecruzada, que tiene varias direcciones: hacia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hacia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y hacia los Tribunales Constitucionales de los Estados europeos.

Finalmente, también podemos añadir una tercera función de la CDFUE que está sugerida por Armin von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei y Maja Smrkolj⁹⁴⁷: la imposición de un estándar mínimo de protección de los derechos humanos a todas las autoridades públicas que están alcanzadas por el espacio jurídico europeo.

Los mencionados autores proponen esa función como una consecuencia de los artículos 2º y 5º del Tratado de la Unión Europea (el TUE consolidado) y del art. 51.1 de la CDFUE⁹⁴⁸. La combinación de esas normas resultaría en una «doctrina Solange» a la inversa⁹⁴⁹, según la cual, fuera del ámbito propio del orden jurídico comunitario (o sea, respetando los principios de la atribución y de la subsidiariedad, previstos en el art. 5º del TUE), la protección directa de los derechos humanos por la Unión Europea solo se legitimaría cuando sea necesario garantizar el núcleo fundamental de derechos humanos y fundamentales establecidos en la CDFUE.

De hecho, si el respeto a los derechos humanos es uno de los fundamentos de la Unión Europea (art. 2º del TUE), los Estados europeos agregados en la Unión no pueden, ni siquiera en sus órdenes nacionales y locales, violar el núcleo mínimo de derechos humanos garantizados en la CDFUE (y, por integración, también del CEDH), so pena de que se hagan efectivas sanciones de los órganos de la Unión.

⁹⁴⁷ «Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos», traducción de Ximena Soley Echeverría, en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*, ob. cit., pp. 3-28.

⁹⁴⁸ El artículo 51.1 de la CDFUE tiene el siguiente contenido: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.»

⁹⁴⁹ Conforme ya hemos mencionado anteriormente, la doctrina «Solange» II, que presenta diversas variaciones históricas, fue desarrollada por el Tribunal Federal Constitucional alemán y defiende, *grosso modo*, que las normas jurídicas de los tratados de la Unión Europea y los actos comunitarios no sean declarados contrarios a la Constitución alemana, con la condición de que el estándar mínimo de protección constitucional alemán de los derechos humanos y fundamentales sea preservado y efectivamente garantizado, y también «en tanto que» sean respetados los elementos de la identidad constitucional alemán.

Finalmente, debemos reafirmar que las soluciones aquí examinadas de integración normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional en Europa no deben ser necesariamente e *in totum* trasplantadas a América Latina, sin ningún filtraje. De hecho, los contextos culturales, sociales, políticos y económicos de los dos continentes son distintos. Sin embargo, creemos que el modelo europeo de integración, siendo más desarrollado hoy (por motivos históricos) que la realidad latinoamericana de integración, puede inspirar buenas soluciones normativas para la integración de las normas de derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos.

7. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

7.1 La identidad latinoamericana y los fundamentos históricos, lingüísticos, sociales, culturales y económicos de la integración latinoamericana

La propia existencia de la identidad latinoamericana es motivo de controversia entre los intelectuales latinoamericanos. El antropólogo Darcy Ribeiro (uno de los más importantes de la historia brasileña) cuestiona: ¿la América Latina existe? Su respuesta es aparentemente positiva; sin embargo, los fundamentos de su conclusión demuestran un trasfondo de duda respecto a la existencia latinoamericana. Veamos sus consideraciones:⁹⁵⁰

En el plano geográfico, es notoria la unidad de América Latina como el fruto de su continuidad continental. A esta base física, no obstante, no corresponde una estructura sociopolítica unificada y tampoco una coexistencia activa e interactuante. Toda la extensión continental se rompe en nacionalidades singulares, algunas de ellas muy poco viables como un cuadro en el cual el pueblo pueda realizar sus potencialidades. Efectivamente, la unidad geográfica jamás funcionó aquí como un factor de unificación porque las distintas implantaciones coloniales de las cuales nacieron las sociedades latinoamericanas coexistieron sin convivir, a través de los siglos. Cada una de ellas se relacionaba directamente con la metrópolis colonial. Todavía hoy, nosotros, latinoamericanos, vivimos como si fuésemos un archipiélago de islas que se comunican por el mar y por el aire y que con más frecuencia se vuelven hacia fuera, hacia los grandes centros económicos mundiales, que hacia dentro. Las propias fronteras latinoamericanas, corriendo a través de la cordillera desértica, o de la selva impenetrable, aíslan más que comunican y raramente posibilitan una convivencia intensa.

No negamos, desde luego, que existan muchas distinciones entre las naciones latinoamericanas, como existen también entre las naciones europeas, por ejemplo, o entre las naciones africanas, lo cual no desfigura, respectivamente, las identidades latinoamericana, europea o africana. La existencia de una identidad colectiva no presupone una homogeneidad cultural, social, económica, política y ni siquiera lingüística; presupone, eso sí, y solamente eso, la existencia de rasgos y orígenes comunes que favorecen una integración (cultural, política, jurídica, social, económica y lingüística) entre las personas

⁹⁵⁰ *A América Latina existe?*, Brasília, Editora UnB, 2010, pp. 23-24. Traducción libre.

que pertenecen a dicha colectividad abstracta. La América Latina es un espacio de diversidad, así como los propios Estados latinoamericanos también están abiertos a la diversidad. Tales diversidades deben ser consideradas, pero también deben ser especialmente examinados los rasgos que construyeron, construyen y aún construirán la identidad latinoamericana.

El origen más remoto de la identidad latinoamericana se ubica en la propia identidad ibérica, en el origen común de España y Portugal.⁹⁵¹ Así, el «nacimiento» de la América Latina está relacionado con el surgimiento de la identidad ibérica (o de las identidades portuguesa e hispánica), propiciada, entre otras cosas, por la unificación política española llevada a cabo por los reyes católicos en 1492 (mismo año del «descubrimiento» español de la América).⁹⁵² Igualmente marca la perspectiva política iberoamericana la subscripción del Tratado de Tordesillas, en 1494, por el Reino de Portugal y el Reino de Castilla y Aragón, por medio del cual los españoles y portugueses, pretenciosamente, dividieron entre sí el mundo conocido en aquel entonces.

Tales hechos históricos y políticos, aunque no hayan unido formalmente a los Estados español y portugués, consolidaron la formación de la identidad nacional de esos dos países, que presentan grandes similitudes culturales. Además de la identidad lingüística, Portugal y España también exhiben, históricamente, semejanzas literarias y culturales. Eso lo relata el escritor y filólogo dominicano Pedro Henríquez Ureña:⁹⁵³

La historia de la cultura portuguesa está ligada a la de la cultura española; en la literatura ha habido influencias mutuas; y así, mientras en los siglos XII y XIII era común que los castellanos compusiesen cantares en portugués, en el XVI y XVII los portugueses escribieron mucho en castellano, tanto verso como prosa. Su gran poeta nacional, Camões, cantó en *Los Lusíadas* (1572) las proezas de Vasco da Gama.

El origen histórico y cultural compartido, así como la proximidad lingüística, histórica, y cultural de los dos Estados ibéricos, favorecieron también el surgimiento de la afinidad y solidaridad entre los pueblos iberoamericanos, que construyeron la noción de la América Latina. Tal noción, originalmente, surgió de la fusión

⁹⁵¹ Cfr. Gustavo E. Pinard: *Los derechos humanos en las constituciones del Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 79-80.

⁹⁵² Cfr. Pedro Henríquez Ureña: *Historia de la cultura en la América Hispánica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 23.

⁹⁵³ Cfr. Pedro Henríquez Ureña: ob. cit., p. 26.

entre el elemento humano ibérico (español y portugués) y el elemento humano indígena, de los pueblos tradicionales autóctonos, enriquecida posteriormente por otros elementos oriundos de la migración extranjera; así nació la «cultura latinoamericana». Por eso, como bien anotó Mercedes Serna (tratando de la Hispanoamérica, pero en un raciocinio que se aplica a todos los pueblos latinoamericanos), la América Latina ya nació mestiza y su mestizaje no es solo racial, sino sobre todo cultural.⁹⁵⁴

La solidaridad latinoamericana, que está conectada con la noción de su identidad regional, también está apoyada en la proximidad y rasgos demográficos y geográficos.

Geográficamente, como bien advierte Renato Seixas, no existe una uniformidad en América Latina. Según Seixas, admitiendo una generalización, sería posible identificar cuatro subregiones latinoamericanas y, por lo tanto, cuatro identidades latinoamericanas: la amazónica, la andina, la platina y la caribeña (que podría incluir la centroamericana).⁹⁵⁵

Dentro de esos cuatro subsistemas geográficos, existen una multitud de diferentes biomas que, conforme notó Seixas, influenciaron las formaciones y relaciones sociales locales. A pesar de tales especificidades, y también de la gran dimensión de la región (una extensión superior a 20 000 000 km²), la relativa proximidad geográfica de los países latinoamericanos favorece el establecimiento de los vínculos (personales, políticos, económicos, culturales, comunicativos etc.) que son necesarios para la formación de la identidad y la integración latinoamericana. Tal «proximidad», por sí sola, no sería responsable de la formación de la identidad y de la integración, pero los demás aspectos que estamos examinando (históricos, lingüísticos, sociales, culturales, demográficos, económicos, psicosociales etc.) favorecen que esa «proximidad» geográfica sea sentida más fuertemente.⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ Cfr. Mercedes Serna: *Poesía colonial hispanoamericana (siglos XVI y XVII)*, Madrid, ediciones Cátedra, 2004, pp. 11-12.

⁹⁵⁵ Cfr. Renato Seixas: «Identidade cultural da América Latina: conflitos culturais globais e mediação simbólica», en *Cadernos PROLAM/USP*, ano 8, v. 1, 2008, p. 96.

⁹⁵⁶ Probablemente, la «proximidad» de los países latinoamericanos sea más sentimental y cultural que «geográfica», considerando, principalmente, los obstáculos de infraestructura que se presentan ante la pretensión colectiva de integración regional.

Demográficamente, la América Latina está caracterizada por una población mestiza, que cuenta con la participación étnica de grupos europeos, indígenas, negros y también asiáticos, y por el predominio de jóvenes (la media de edad de la región es inferior a 30 años), pese a la estabilización y el descenso del número de nacimientos después de la década de los 70.⁹⁵⁷

El mestizaje racial latinoamericano, aunque no haya suprimido el racismo en la región, proporcionó el sincretismo cultural y religioso que marca la América Latina. Por su parte, la baja media de edad conlleva muchos desafíos para América Latina. La demanda (y los problemas) de buenos servicios de educación y de inserción laboral es alta en sus países.⁹⁵⁸

Por otro lado, la abundancia de jóvenes latinoamericanos unida al aumento de la concentración poblacional urbana, con la ausencia de amparo familiar y de políticas públicas adecuadas y eficientes, y con la carencia de oportunidades y esperanza para la juventud también acarrear graves problemas de violencia urbana y de delincuencia infanto-juvenil, lo que resulta en una creciente preocupación por la seguridad pública en la región.⁹⁵⁹

Junto con la ubicación geográfica y de las similitudes demográficas, también los orígenes de la colonización de la América «Ibérica» forjaron lazos socioeconómicos y culturales comunes entre los pueblos que habitan y habitaron ese

⁹⁵⁷ Cfr. Mario Marcel y Elizabeth Rivera: «Economía política das receitas fiscais e políticas sociais na América Latina», en *América Latina, desafios da democracia e desenvolvimento: governabilidade, globalização e políticas econômicas para além da crise*, v. 1, editado por Fernando Henrique Cardoso y Alejandro Foxley, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, pp. 305-308.

⁹⁵⁸ De acuerdo con un informe de la Organización Internacional de Trabajo del final de 2013, existen, aproximadamente, 106 millones de jóvenes en América Latina, de los cuales alrededor de 56 millones forman parte de la fuerza laboral. Entre los años de 2005 y 2011, el desempleo entre los jóvenes de 15 a 24 años se redujo de 16.4% a 13.9%; sin embargo, esa tasa sigue siendo el triple de la verificada entre los adultos. Otrosí, la mayoría de los jóvenes trabajan en el mercado informal, en condiciones muchas veces precarias. Aún de acuerdo con el informe de la OIT, en el año 2011, la inactividad alcanzó cerca de una quinta parte de los jóvenes latinoamericanos, es decir, «cerca de 21.8 millones de jóvenes no estudian ni trabajan, esto representa el 20.3% de jóvenes en edad de trabajar, conformado por 30% de hombres y 70% por mujeres». Cfr. OIT: «Trabajo decente y juventud en la América Latina: políticas para la acción», Lima, 2013, pp. 9-46, disponible en: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_235577.pdf>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

⁹⁵⁹ Cfr. Luiz Henrique Nunes Bahia y Maria Cristina Leal: «Globalização, integração regional e entraves na política social: uma visão comparada», en *América Latina em construção: sociedade e cultura: sec. XXI*, editado por Maria Teresa Toríbio Brittes Lemos, Alexis T. Dantas y Luis Henrique Nunes Bahia, Rio de Janeiro, 7Letras, 2006, pp. 38-40.

espacio continental. Eso no significa que la forma de colonización en Brasil (que representa la colonización portuguesa en las Américas) haya sido la misma de las colonias españolas; quizá entre las excolonias españolas no hubiera esta unicidad y uniformidad colonizadora, pero la semejanza de las estructuras de invasión, explotación y colonización también favoreció la aproximación social, económica y cultural de los pueblos latinoamericanos.

Socioeconómicamente, a pesar de los avances particulares que cada país latinoamericano alcanzó en los casi doscientos años posteriores al final de la colonización europea *stricto sensu*, todavía podemos encontrar aspectos y problemas comunes a los países de la región. Aunque no sea la región más pobre del mundo, quizá sea la región en que más se siente la desigualdad económica y social, ya que la convivencia entre la extrema riqueza y la extrema pobreza es pública y evidente.⁹⁶⁰ Dicha desigualdad socioeconómica tiene como consecuencia también la desigualdad en el disfrute de los derechos básicos, como los derechos a la alimentación, la educación, la salud y la vivienda adecuada.

Entre los rasgos económicos comunes de América Latina, podemos citar (i) las inestabilidades económicas y monetarias cíclicas (muchas veces relacionadas con aspectos de la interferencia política); (ii) la relativa dependencia del mercado norteamericano y —hodiernamente— chino; (iii) la dependencia de las inversiones financieras extranjeras; (iv) la concentración de la producción de *commodities* en grandes propiedades rurales; (v) la necesidad de importación de tecnologías extranjeras y de transferencias de *royalties*; (vi) la tendencia a la adopción de modelos económicos «desenvolvimentistas» (o «desarrollistas»); (vii) la persistencia de numerosas clases populares pobres que, desde los años 90, tienden a acceder al estrato económico de consumo básico; (viii) el proteccionismo económico cíclico; y (ix) la gran intervención estatal en la economía; esos son algunos rasgos económicos encontrados —de forma heterogénea— en muchos Estados latinoamericanos.⁹⁶¹

⁹⁶⁰ Cfr. Renato Zerbini Ribeiro Leão: *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 89.

⁹⁶¹ Para una observación resumida respecto a la construcción histórica de los modelos socioeconómicos latinoamericanos, cfr. Vinícius C. Pinheiro: «Modelos de Desenvolvimento e Políticas Sociais na América Latina em uma Perspectiva Histórica», en *Planejamento e políticas públicas*, n. 12, 1995, pp. 63-90.

En el campo lingüístico, queda todavía más evidente la proximidad latinoamericana. Con pocas excepciones, casi la totalidad de Estados que integran la América Latina están formados, mayoritariamente, por personas que se comunican mediante la lengua castellana y el portugués, pese a la existencia de incontables pueblos tradicionales que mantienen sus lenguas propias. Los dos idiomas ibéricos, además de ser derivaciones del latín popular, presentan muchas semejanzas en sus ortografías y gramáticas. Tal circunstancia (la identidad o similitud lingüística) favorece la comunicación entre los pueblos latinoamericanos y, por consiguiente, la integración entre los mismos⁹⁶², aunque persistan pueblos minoritarios en América Latina que todavía continúan comunicándose exclusivamente por medio de sus idiomas indígenas tradicionales (que enriquecen la cultura lingüística latinoamericana).⁹⁶³

En el campo cultural y sociopsicológico, también encontramos unos rasgos comunes entre los pueblos latinoamericanos, o, como definen Jorge Gissi, Elena Zubieta y Darío Páez, unos «rasgos predominantes». La identificación de esos rasgos, como bien advierten los mencionados autores, no significa afirmar la existencia de una «homogeneidad al cien por cien», sino que quiere decir que, *«a pesar de la heterogeneidad (o diferencia inter-país), hay también una homogeneidad relativa importante, o elementos comunes compartidos, en mayor y menor medida, por los diferentes países que componen la región»*.⁹⁶⁴

Según Gissi, Zubieta y Páez, serían cinco los rasgos y orígenes culturales y sociopsicológicos predominantes, clásicamente, en América Latina: (i) la historia

⁹⁶² El elemento lingüístico es fundamental para la integración latinoamericana. Por eso, la integración cultural de la América Latina es más sentida en los países hispanohablantes que en Brasil. Aunque las lenguas portuguesa y española presentan raíces comunes y que haya variaciones en el castellano hablado en cada localidad del continente americano (o sea, los hispanoamericanos tampoco hablan exactamente la misma «lengua»), la posibilidad de comunicación en una única lengua oficial (el español) es una importante ventaja para la integración hispanoamericana, en comparación con la integración con Brasil.

⁹⁶³ La diversidad de lenguas en América Latina debe ser respetada como consecuencia del derecho humano a la identidad cultural. Desgraciadamente, los Estados latinoamericanos no están preparados para el respeto integral de tal derecho humano y todavía no han implementado políticas públicas adecuadas y efectivas a fin de garantizar no solo los medios aptos para la supervivencia de las lenguas indígenas tradicionales, sino también la inclusión de las minorías lingüísticas en el goce de otros derechos humanos básicos, tales como los derechos a la educación, a la salud y al trabajo. En ese sentido, vid. Júlio César Casma: «Discriminados por hablar su idioma natal», en *El País*, edición de 16 de abril de 2014, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/04/16/actualidad/1397683862_926411.html. Fecha de acceso: 18.4.2014.

⁹⁶⁴ Cfr. Jorge Gissi, Elena Zubieta y Darío Páez: «La identidad social y cultural de América Latina», en *Psicología social*, editado por J. Francisco Morales, Darío Páez, Ana Lía Kornblit y Domingo Asún, Buenos Aires, Pearson Education, 2002, p. 57.

relativamente común de los últimos quinientos años; (ii) la formación de una clase media mundial «semioccidentalizada»; (iii) el predominio de la cultura religiosa cristiana, sea católica o creyente⁹⁶⁵; (iv) la mestización étnica y racial; (v) la persistencia de la correlación raza-clase. Esos aspectos comunes latinoamericanos, de acuerdo con los mismos autores, serían aún complementados por algunos rasgos secundarios, como la dimensión sociocultural colectivista, la alta distancia al poder, el «familismo», el «carácter sufrido», el machismo, el marianismo, el compadrazgo, el sincretismo cultural y religioso, la desvalorización de lo autóctono en favor de la superioridad occidental europea, el racismo-clasismo, el alocentrismo psicosocial y el emotivismo (por ende, también el romanticismo).⁹⁶⁶ Aquí, creemos que también podemos añadir el patrimonialismo, que nace como consecuencia de la cultura de explotación colonial y de apropiación privada de los poderes constituidos.

Fernando Báez, que también se dedicó a estudiar la formación de la identidad cultural y psicosocial latinoamericana, prefiere aducir las siguientes «memorias culturales sustantivas»: (i) una memoria conflictiva de conquista, expolio, esclavitud y genocidio; (ii) una memoria indígena geomítica y ecológica; (iii) una memoria africana de trasfiguración rítmica; (iv) una memoria hegemónica occidental (de estructuras sociales, económicas, religiosas y filosóficas); (v) una memoria periférica de salvación y resistencia; y (vi) una memoria de represión a la existencia del dolor y del pasado traumático.⁹⁶⁷

Los rasgos culturales que mencionamos aquí, por supuesto, exhiben un punto segmentado de la realidad histórica, un fragmento estático que fue verificado por sociólogos, antropólogos y psicólogos del siglo XX. Obviamente, la cultura común latinoamericana (así como cualquier cultura) es dinámica y sufre cambios progresivos. La globalización cultural y también la expansión de la cultura de los derechos humanos en América Latina han producido reformas culturales, dentro de un proceso que todavía está en curso.

⁹⁶⁵ La influencia cristiana (sobre todo católica) en América Latina no es solo estrictamente religiosa, pero principalmente cultural. Como bien anotó Mercedes Serna, la Iglesia Católica tuvo, desde el principio de la ocupación europea en la región, un papel muy importante en la vida cultural de las colonias latinoamericanas. Esa influencia cultural, independientemente de la cuestión religiosa, es sentida hasta hoy. Cfr. Mercedes Serna: ob. cit., p. 13.

⁹⁶⁶ Cfr. Jorge Gissi, Elena Zubieta y Darío Páez: ob. cit., pp. 57-94.

⁹⁶⁷ Cfr. Fernando Báez: *El saqueo cultural de América Latina: de la conquista a la globalización*, México, Debate, 2008, p. 304.

En el ámbito de los comportamientos, y —vale la pena repetir— sin intentar producir aquí cualquier generalización, podemos reconocer que la típica personalidad latinoamericana, en su media, está caracterizada por la calidez, la sociabilidad, el apego a la familia y a los lazos sociales próximos y, en muchas circunstancias, por la solidaridad. Acostumbrada a la violencia y la pobreza que los pueblos de la región enfrentan históricamente, la persona latinoamericana es más inclinada a reconocer la interdependencia de los seres humanos, que exige la ayuda recíproca y también el establecimiento de vínculos interpersonales para hacer frente a los graves problemas cotidianos.

De esas circunstancias históricas, lingüísticas, culturales, psicológicas, sociales y económicas que aquí tratamos de describir resulta que, sin abandonar las identidades nacionales, locales y étnicas (que son muy fuertes en América Latina), se diseñó y todavía se está formando, paralelamente, una identidad latinoamericana que tiene también sus implicaciones jurídicas. De esta manera, coincidimos con lo que bien ha afirmado el jurista y fiscal brasileño Rogério José Bento Soares do Nascimento (pero haciendo extensiva su mención a Sudamérica hacia toda América Latina), en el sentido de que *«es posible sostener que los pueblos de Sudamérica, de cultura hispánica o portuguesa, comparten una herencia semejante de colonización europea ibérica, de formación étnica plural, de inestabilidad política y de dependencia económica que justifica, por nuestra parte, un movimiento que pueda romper con la tendencia de aislamiento que la adopción de una lengua distinta de la mayoría y la diversidad de extensión territorial induce»*.⁹⁶⁸

La formación de la identidad latinoamericana tampoco significa que sea esta una región homogénea y que no haya conflictos entre los Estados de América Latina. Aún persisten muchos choques, antagonismos y desigualdades dentro de los Estados de la región y entre los mismos Estados. La paz social no es absoluta en muchos de los Estados, en que hay enfrentamientos de sectores sociales, y también ocurren conflictos y rivalidades

⁹⁶⁸ Cfr. Rogério José Bento Soares do Nascimento: «Jurisdição constitucional na América do Sul: apontamentos de direito constitucional comparado», 2007, disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15822-15823-1-PB.pdf>>. Fecha de acceso: 21.1.2014. en un sentido un poco divergente, Giancarlo Rolla entiende que la heterogeneidad es una marca de la América Latina y que *«los únicos elementos unificantes parecen ser el lingüístico y el religioso»*. Cfr. Giancarlo Rolla: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lima, Grijley, 2008, p. 154.

internacionales entre algunos Estados vecinos.⁹⁶⁹ A pesar de tales discrepancias (políticas, económicas y sociales), la aspiración de la identidad latinoamericana nunca ha sido abandonada.

Como ya hemos afirmado, tampoco produce la identidad latinoamericana la substitución o anulación de las identidades nacionales. Estas son quizá más fuertes que la primera. La identidad latinoamericana, como bien la define Fernando Báez, debe ser comprendida mejor como una «*identidad emergente subsidiaria*».⁹⁷⁰

Como hemos intentado exponer, los Estados del continente americano colonizados por civilizaciones de lengua latina poseen una relativa —pero importante— semejanza histórica, cultural, social y económica, que tiene como consecuencia la proximidad de sus culturas jurídicas y de los contenidos de sus órdenes jurídicos. Esa semejanza de muchos niveles, por otro lado, es un presupuesto de los esfuerzos de integración política, económica y jurídica entre los pueblos latinoamericanos, esfuerzos estos que tienen como un marco importante la formación de las diversas organizaciones multilaterales que luego mencionaremos posteriormente.

7.2 Los fundamentos constitucionales para la integración latinoamericana

La identidad —social, cultural, política y económica— latinoamericana, si bien no es una realidad en este inicio del siglo XXI, por lo menos es un proyecto constitucional y político de casi todos los Estados latinoamericanos. Examinando los textos constitucionales de los Estados de la región, observamos que, en diversas constituciones latinoamericanas, existen algunos preceptos explícitos que favorecen la institucionalización de la integración política, económica, social, cultural y también jurídica de América Latina.

⁹⁶⁹ Entre los casos recientes de la rivalidad entre vecinos latinoamericanos, que encontramos en los siglos XX y XXI, podemos citar: los conflictos (incluso armados) entre Honduras y El Salvador, ocurridos entre las décadas de 60 y 70; las persistentes demandas por el mar territorial que oponen Chile, Perú y Bolivia y que están o estuvieron bajo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; las agresiones políticas entre los Estados de Colombia y Venezuela, en la primera década del presente siglo, entre otros.

⁹⁷⁰ Cfr. Fernando Báez: ob. cit. p. 303.

En la Constitución brasileña (artículo 4º, párrafo único), por ejemplo, quedó establecido que la *«República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de la América Latina, con el objetivo de formar una comunidad latinoamericana de naciones»*.

También el artículo 6º de la Constitución de Uruguay se lee que la *«República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos»*.

Del mismo modo, el artículo 108 de la Constitución de Venezuela declara que *«la República favorecerá la integración económica latinoamericana»*.

A su vez, en el artículo 264.1 de la Constitución de Bolivia, está escrito que el Estado boliviano *«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; en particular, promoverá la integración latinoamericana»*.

Ya en el preámbulo constitucional de Colombia, el poder constituyente afirma que decreta la Constitución *«dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana»*. Asimismo, en el artículo 9.2 de la Constitución colombiana, está dicho que *«la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe»*.

Del mismo modo, la Constitución peruana (artículo 44) proclama que *«es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana»*.

En Argentina, la Constitución va más allá y establece incluso normas de competencia para la creación e implementación de los organismos regionales de integración latinoamericana. Está previsto en su artículo 75.24 que corresponde al Congreso *«aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos»*, que las *«normas dictadas en su consecuencia*

tienen jerarquía superior a las leyes» y que la «aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara».

La Constitución del Ecuador también especial es el tema de la integración latinoamericana. Además de fijar, en su preámbulo, que se debe construir un *«país democrático, comprometido con la integración latinoamericana»* y de determinar, en su artículo 416.11, que las relaciones internacionales del Estado boliviano deben impulsar *«prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica»*, también dedica todo un capítulo —el tercero— a la integración de la América Latina.

En la Constitución ecuatoriana también se ordena (artículo 423), entre otras cosas, que la *«integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado»*; y que debe el Estado ecuatoriano *«fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales»*, *«de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad»*; que debe el Estado *«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»*, y también debe el Estado del Ecuador *«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»*. Otrosí, el artículo 422, reconoce la Constitución del Ecuador la posibilidad de existencia de tribunales latinoamericanos —o sea, regionales, supranacionales— con amplios poderes jurisdiccionales.

En Centroamérica, observamos la existencia de constituciones que también apoyan el desarrollo de la integración latinoamericana, pero que señalan todavía más la necesidad de promover la integración de la propia Centroamérica. Con ese espíritu, el preámbulo de la Constitución de Honduras registra su *«fe puesta en la restauración de la unión centroamericana»*. Igualmente, la Constitución de Nicaragua (artículo 3º) legitima la posibilidad de que sean celebrados tratados internacionales con la finalidad de unir las repúblicas de Centroamérica.

En el mismo sentido, la Constitución salvadoreña (artículo 89) asevera que el Estado de El Salvador «*propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada*». También establece el mismo texto constitucional que «*El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano*» y que «*la integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismo con funciones supranacionales*».

De igual forma, en la Constitución guatemalteca (artículo 150), está subrayado que «*Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica*».

La preferencia centroamericana, positivada en los textos constitucionales citados, por una integración más cercana, regional *stricto sensu*, no debe ser interpretada como un desinterés por la integración continental, latinoamericana en su sentido más amplio. Todo lo contrario, la integración centroamericana, que tiene raíces históricas que vienen desde la existencia de la República Federal de Centroamérica (1824-1839), debe ser comprendida como un paso intermedio hacia una integración más amplia que pasa por América Latina. Lo mismo se puede decir, salvando los matices propios, de la integración sudamericana, la integración andina y también la integración caribeña, que también desembocan en la integración latinoamericana, entendida esta como un proyecto común deseado por todos los Estados de América Latina y albergado por sus constituciones nacionales.

Las normas constitucionales que legitiman la integración —incluso jurídica— latinoamericana denotan, entre otras cosas, la voluntad política de los poderes constituyentes de la América Latina de exceptuar la soberanía total de esos Estados en favor de un proyecto común latinoamericano. Ese proyecto pasa, necesariamente, por la creación de instituciones e institutos propios adecuados a esa macrorregión cultural, política y económica. Entre esas instituciones se incluyen los tribunales supranacionales, que quizá estarán, en el futuro, dotados de poderes jurisdiccionales para interpretar y

aplicar el derecho comunitario propio de América Latina, de acuerdo con la cultura jurídica común regional. En el ámbito de los derechos humanos, creemos que este tribunal ya existe: se trata de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no es exclusivamente «latinoamericana», pero que sí representa, legítimamente, el consenso latinoamericano sobre los derechos humanos.

Conforme ya hemos explicitado en otros capítulos, también la sumisión política y jurídica de todos los Estados al sistema internacional de derechos humanos también simboliza un distanciamiento de la doctrina y pretensión clásica a la soberanía absoluta de los Estados. Ese nuevo escenario global —compatible con el fenómeno de globalización jurídica— se suma a otra realidad de los proyectos de integración regional (que también conllevan una revisión de la perspectiva clásica respecto a la soberanía estatal) y formaron, como consecuencia, un suelo fértil para el desarrollo de un sistema latinoamericano —supranacional— de derechos humanos, sistema este que debe integrarse con los sistemas constitucionales de los Estados de América Latina, por medio de los instrumentos de integración jurídica propia, hermenéutica, jurisprudencial e institucional que examinamos en la presente tesis doctoral.

7.3 Los sistemas e instituciones subregionales de integración en América Latina y el Caribe

La formación de un sistema normativo e institucional dedicado a la defensa integrada de los derechos humanos es reforzada también por otros marcos políticos o jurídicos y otras instituciones creadas a fin de promover la integración política, económica y social de la América Latina. Creemos que esas diversas formas e instrumentos de integración latinoamericana facilitan la formación y el desarrollo de una cultura jurídica común de la América Latina, que aproxime a los sistemas jurídicos latinoamericanos y favorezca la consolidación e implementación del sistema interamericano de derechos humanos.

Al igual que ocurrió en Europa, por medio de las diversas etapas de

integración regional que desembocaron en la creación de la Unión Europea y facilitaron la formación de un orden público europeo, que incluye las normas básicas de derechos humanos, también creemos que, en América Latina, los diversos mecanismos regionales y subregionales de integración pueden proporcionar el establecimiento de un orden público latinoamericano —o americano— que también incluya las normas del sistema interamericano de derechos humanos.

7.3.1 La integración centroamericana

Entre todos los sistemas subregionales de integración latinoamericana, creemos que el sistema centroamericano es el que está más desarrollado en términos de efectividad, alcance y perennidad. A lo mejor, ese protagonismo centroamericano puede ser explicado por su precedencia histórica.

Centroamérica está más cerca de generar un Estado federal resultado de una integración centrípeta que cualquier otra comunidad subregional americana no solo porque ya hubo un Estado de Centroamérica sino también porque, en el siglo XX, las iniciativas políticas y jurídicas de integración surgieron primeramente en Centroamérica, antes de las otras iniciativas integradoras subregionales latinoamericanas.⁹⁷¹ Otrosí, como bien señala María Belén Olmos Giupponi, el pasado histórico común, la homogeneidad socioeconómica centroamericana y el espacio territorial reducido favorecen esa integración más intensa.⁹⁷²

En el siglo pasado, la primera etapa integrativa de los pueblos centroamericanos pasó por la fundación de la Organización de los Estados

⁹⁷¹ La intención federativa (de reunión política de la «nación» centroamericana) compartida por centroamericanos está simbolizada en la exposición de motivos del Estatuto de la CCJ. Allí se lee: «*Ha sido un anhelo permanente de los Estados del Istmo Centroamericano que se les reconozca como una sola nación, que permita a sus pobladores la plena realización de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común*». Vid. Estatuto de la CCJ, que está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://portal.ccj.org.ni/Ccj2/LinkClick.aspx?fileticket=As1kDvgOEh4=&tabid=67>>. Fecha de acceso: 15.8.2013.

⁹⁷² Cfr. María Belén Olmos Giupponi: *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 117-118.

Centroamericanos, la Odeca. La Primera Carta de Odeca fue firmada en 1951 en San Salvador, capital de El Salvador, por este Estado y los Estados de Costa Rica, Guatemala Honduras y Nicaragua, con el objetivo inicial de promover la integración política de esos Estados. Posteriormente, se adhirió Panamá.

En 1960, la Odeca trató también de firmar un marco legal para la integración económica centroamericana: el Tratado General de la Integración Económica Centroamericana, que originó el Mercado Común Centroamericano, el MCCA. Decenios después, en 1991, la Carta de la Odeca fue alterada por el Protocolo de Tegucigalpa, que instituyó el Sistema de la Integración Latinoamericana (Sica) e hizo desaparecer la estructura institucional de la Odeca, además de crear un tribunal propiamente centroamericano: la Corte Centroamericana de Justicia⁹⁷³. Ahí se empezaba la segunda —y presente— etapa de la integración centroamericana.

El Sica fue y todavía está siendo construido —desarrollado— en base al valor jurídico del respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos.⁹⁷⁴ Ese pilar que clava sus raíces en los derechos humanos está presente en las diversas dimensiones de la integración centroamericana: la dimensión social, la económica, la cultural, la económica y, principalmente, la dimensión jurídica.

Por lo tanto, aunque no se pueda afirmar que el Sica sea propiamente un sistema de protección de los derechos humanos, tampoco se puede negar que tal sistema está construido con el valor fundamental del reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos, lo que significa que el Sica, al menos indirectamente, funciona como

⁹⁷³ No se puede confundir la Corte Centroamericana de Justicia, que es un tribunal supranacional pero no «internacional», ya que tiene jurisdicción para muchos asuntos propios de los ciudadanos centroamericanos, con la Corte de Justicia Centroamericana, la Corte de Cartago, que funcionó entre los años 1907 y 1918 y era una corte propiamente internacional. En cuanto la Corte de Cartago se limitaba a arreglar conflictos internacionales en el ámbito subregional, aplicando, así, el derecho internacional público, la actual Corte Centroamericana de Justicia se dedica no solamente a decidir sobre casos que tienen que ver con las relaciones internacionales de los Estados que pertenecen al SICA, sino también a aplicar e interpretar un sistema jurídico propio centroamericano, que no se identifica con el sistema internacional. Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., pp. 188-189.

⁹⁷⁴ La fundamentación en los derechos humanos está expresa en muchas declaraciones del sistema centroamericano, como la Declaración de Antigua de 1990, las Declaraciones de Tegucigalpa y de San Salvador de 1991, la Declaración de Guatemala de 1993 y la Declaración de Copán de 2002. Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., pp. 127-142.

una garantía institucional para el respeto a los derechos humanos.⁹⁷⁵

El fundamento de los derechos humanos alcanza a todas las instituciones del Sica. Principalmente, la Asamblea Parlamentaria, la Conferencia de los Jefes de Gobierno y la CCJ deben funcionar dentro del marco fundamental del respeto a los derechos humanos. Esa es una condición esencial para que el propio Sica se legitime ante los Estados centroamericanos y los ciudadanos de Centroamérica.

Respecto a la CCJ, el Protocolo de Tegucigalpa, en su artículo 12, establece que ella «*garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo*»⁹⁷⁶. Así, la función primordial de tal Corte es interpretar y aplicar el texto fundamental del Sica y los actos normativos válidos del sistema centroamericano. Eso no significa que las normas de derechos humanos no pueden ser interpretadas y aplicadas por la CCJ, considerando que esas normas también se integran a las normas del sistema centroamericano, como hemos verificado.

Sin embargo, aunque esté la CCJ vinculada a los principios de derechos humanos que informan todas las instituciones del Sica, el Estatuto de la Corte contiene un precepto no muy común en este tema; así está escrito en su artículo 25: «*La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*» Pero ¿qué significa decir que la «*competencia de la Corte no se extiende a la materia de derechos humanos*»? ¿Significaría que la CCJ no puede aplicar normas de derechos humanos?

Respondemos, seguramente, que no. A nuestro juicio, la CCJ sí puede interpretar y aplicar las normas de derechos humanos, pero siempre junto con las normas propias del Sica. El art. 25 de su Estatuto no debe ser entendido como una prohibición total de aplicación de las normas de derechos humanos. El significado de tal precepto se restringe al esclarecimiento de que la función primordial de la CCJ no es tutelar

⁹⁷⁵ Aquí se puede hacer una comparación de la realidad de la Unión Europea, que no fue creada como siendo un sistema de protección específica de los derechos humanos, pero que se construyó con base en el valor del respeto a los seres humanos y a sus libertades y derechos básicos. Ese raciocinio también es aplicable a los demás sistemas subregionales americanos de integración: el caribeño, el andino y el sudamericano.

⁹⁷⁶ El texto del Protocolo de Tegucigalpa está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>>. Fecha de acceso: 16.8.2013.

directamente los derechos humanos, lo que, sin embargo, no significa que no deba o no pueda la Corte tutelarlos por medios indirectos.

De hecho, si las normas básicas de protección de los derechos humanos se integran en el Sica, tales normas también son aplicadas por el tribunal propio del sistema centroamericano. Aunque se reconozca que el principal guardián del sistema interamericano de derechos humanos sea la Corte Interamericana, no se puede esconder que los tribunales subregionales y nacionales también deben asumir el compromiso de aplicar las normas de derechos humanos (por medio de los mecanismos de integración normativa).

Del principio contenido en el art. 25 del Estatuto de la CCJ también podemos extraer otra conclusión. Cuando se afirma que *«la materia de derechos humanos... corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos»*, el Estatuto reconoce, implícitamente, la primacía de la Corte Interamericana en la interpretación de las normas regionales de derechos humanos. Por lo tanto, de acuerdo con tal principio de integración hermenéutica jurisprudencial, la CCJ, en su Estatuto, admite que debe respetar las decisiones y la jurisprudencia de la Corte de San José en el tema de derechos humanos, así que las normas de derechos humanos que se integran con las normas del Sica están necesariamente inmersas y filtradas por la lectura que les atribuye la Corte Interamericana.

Con tales constataciones, podemos concluir que el Sica ya presenta una estructura importante no solo de integración económica, política y social, sino que también posibilita una interesante integración en el ámbito jurídico, que también alcanza la esfera de los derechos humanos. Esa estructura jurídica e institucional centroamericana todavía está desarrollándose, como también están desarrollándose los demás sistemas subregionales latinoamericanos, pero ya ostenta condiciones para funcionar como una alternativa agregada para la implementación de los principios y reglas de derechos humanos, facilitando la integración de las normas internacionales e interamericanas de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales —constitucionales— de la Centroamérica.

7.3.2 La integración del Caribe

Otro interesante paradigma de integración subregional en América es el de los Estados caribeños. De hecho, en el Caribe (que no se encaja estrictamente en la noción de «América Latina», o sea, que no pertenece a la esfera iberoamericana, pero que comparte con esta muchas semejanzas sociales y económicas), también podemos constatar la existencia de un sistema subregional de integración que se desarrolla con relativa facilidad, gracias —a lo mejor— a la pequeña dimensión territorial de los Estados que componen la subregión.

La integración caribeña está facilitada por las semejanzas y los lazos históricos y socioeconómicos que se hallan en las islas caribeñas. Allí se pueden encontrar los frutos de la fusión de diversas lenguas y culturas europeas (inglesa, francesa, holandesa, española etc.) con las culturas y lenguas de los pueblos nativos de la región. Si esa diversidad de culturas, por un lado, no facilita la formación de un «nacionalismo caribeño» unificador (tal como ocurre en Centroamérica), por otro lado, las semejanzas en los procesos de colonización de las Antillas —en contacto con diferentes metrópolis— crearon un campo fértil para la formación de intereses comunes entre los Estados caribeños.

Los intereses comunes caribeños fueron percibidos primeramente en el campo económico, pero solo después de que las condiciones políticas fuesen favorables para tal integración económica. Esas condiciones políticas favorables surgieron principalmente a partir de 1958, con la formación de la Federación de las Indias Occidentales por muchas islas controladas por el Reino Unido y, posteriormente, con la independencia de muchos Estados caribeños (en primer lugar, los Estados de Jamaica y Trinidad y Tobago; después, los Estados de Barbados, Granada, Dominica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda y San Cristóbal y Nieves). Al mismo tiempo en que esos movimientos históricos de emancipación política buscaban la independencia local de cada isla, la independencia de esos nuevos Estados también puso de manifiesto la necesidad de buscar la integración económica, como forma de supervivencia de las tímidas economías nacionales que allí se encontraban.

Obviamente, la cultura e historia económica de las Antillas de apertura —y dependencia— internacional favoreció los movimientos de integración económica caribeña, pero esa integración en el nivel subregional puede ser considerada asimismo como una consecuencia directa de las conquistas políticas de las jóvenes naciones del Caribe. Casi de forma simultánea a ese proceso político de independencia (de las islas que antes formaban la *West Indies Federation*), el proceso de integración económica en el Caribe tuvo su primer marco normativo: el Tratado de Antigua de 15 de diciembre de 1965, el cual estableció la Asociación de Libre Comercio del Caribe, la Carifta, que allí se formó y se consolidó en 1968, con la adhesión de muchos otros Estados caribeños.

Poco tiempo después de la creación de la Carifta, los Estados caribeños instituyeron la Comunidad del Caribe (Caricom), por medio del Tratado de Chaguaramas de 4 de julio de 1973, que tiene como propósito la integración caribeña no solo en la dimensión económica, sino también en las dimensiones política, social, jurídica y social, siendo esta, por lo tanto, como bien lo define María Belén Olmos Giupponi, una «*integración con carácter multidimensional*».⁹⁷⁷

En el actual Estado de desarrollo en que se encuentran, las instituciones de la integración caribeña⁹⁷⁸ no son instituciones de un Estado federal o de una entidad *sui generis* como la Unión Europea; la Caricom quizá sea todavía solo una organización internacional.⁹⁷⁹ Sin embargo, tal organización se diferencia de muchas otras organizaciones internacionales porque, entre muchos otros motivos (relativos a las dimensiones social, cultural y económica de la integración caribeña) produce un sistema jurídico específico que está tutelado por una institución judicial que se destaca entre sus homólogos de la América: la Corte Caribeña de Justicia.

⁹⁷⁷ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., pp. 42-43.

⁹⁷⁸ Algunas de las principales instituciones de la Caricom son: la Conferencia de Jefes de Estado, el Consejo de Ministros, la Corte Caribeña de Justicia, la Asamblea de Parlamentarios y los Consejos de Consejo de Finanzas y Planificación (Cofap), de Comercio y Desarrollo Económico (Coted), de Relaciones Internacionales (Cofcor) y de Desarrollo Humano y Social (Cohsod). Otras instituciones de la Caricom están mencionadas en la siguiente página electrónica oficial: <<http://www.caricom.org/jsp/community/institutions.jsp?menu=community>>. Fecha de acceso: 17.8.2013. La existencia de tales instituciones, aunque demuestre el grado de progreso institucional de la Caricom, no parecen determinar el reconocimiento presente de una realidad política federativa en el Caribe. Sin embargo, esas pueden ser embriones institucionales para la formación y consolidación de un futuro Estado federativo caribeño.

⁹⁷⁹ Cfr. idem: ob. cit, p. 44.

La Corte Caribeña de Justicia fue inicialmente concebida con dos finalidades: (i) garantizar la correcta aplicación del tratado que creó la Caricom (el Tratado de Chaguaramas) y otras normas subregionales derivadas; y (ii) reemplazar parcialmente la Comisión Judicial del Consejo Privado de la Corona⁹⁸⁰ como el tribunal de apelación competente para decidir sobre recursos contra decisiones de jueces caribeños.

Dentro de la primera finalidad, se observa que el programa normativo que se presenta a la Corte extrapola los límites del tratado constituidor de la organización. Tal como ocurre contra otras cortes subregionales (como la Corte Centroamericana de Justicia) a Corte Caribeña está apta para aplicar normas como las del *ius cogens* internacional, que incluye, como hemos mencionado antes, las normas del núcleo duro de derechos humanos.⁹⁸¹ Igualmente, también puede la Corte del Caribe aplicar otros documentos normativos específicos del sistema caribeño, como, por ejemplo, la Carta Social de la Caricom, la Carta de la Sociedad Civil del Caribe, el Acuerdo sobre Seguridad Social y el Acuerdo sobre Libre Movimiento de Personas Cualificadas.

Entre esos documentos normativos de la Caricom, destacamos la Carta de la Sociedad Civil del Caribe de 1997 porque esta incluye innumerables derechos humanos que también están reconocidos en otros tratados internacionales de derechos humanos reproducidos en el sistema interamericano. Entre otros, la mencionada Carta expresamente reconoce los derechos a la vida, a la igualdad, a la seguridad, a la libertad de conciencia, expresión y asociación, a la libre circulación, a la privacidad, al debido proceso legal, a la participación política, a la información, a la diversidad cultural y religiosa, a la educación, a la salud, a la participación familiar, a la alimentación, a la vivienda, al medioambiente saludable, a la buena gobernanza y también el derecho de participación económica, los derechos históricos de los pueblos indígenas y los derechos especiales de los niños,

⁹⁸⁰ La Comisión Judicial del Consejo Privado de la Corona (o «*Judicial Committee of the Privy Council*», en inglés) es un tribunal británico de apelación que tiene competencia para el recibimiento de recursos civiles y criminales de los jueces de algunos Estados independientes de la *Commonwealth* y territorios británicos (cfr. su página electrónica oficial: <<http://www.jcpc.gov.uk/about/index.html>>; fecha de acceso: 19.8.2013). Desde febrero de 2001, con el arrimo de un tratado internacional específico para tal finalidad (cfr. <http://www.caribbeancourtjustice.org/wp-content/uploads/2011/09/ccj_agreement.pdf>; fecha de acceso: 19.8.2013), muchos Estados de la Caricom —que todavía están unidos a la *Commonwealth*— han renunciado al acceso a la Comisión Judicial del Consejo Privado de la Corona en favor de la competencia de la Corte Caribeña de Justicia.

⁹⁸¹ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 108.

mujeres, de los discapacitados y de otros grupos vulnerables.⁹⁸² Como bien se puede percibir, la Carta de la Sociedad Civil del Caribe es, sobre todo, una declaración caribeña de derechos humanos.

La posibilidad de que la Corte Caribeña de Justicia venga a desarrollar una expresiva jurisprudencia sobre la aplicación de la Carta de la Sociedad Civil del Caribe (aunque ese documento sea, para la doctrina jurídica, una «declaración» sin fuerza imperativa⁹⁸³) conlleva que tal Corte venga a ser un auténtico órgano judicial subregional de protección de los derechos humanos.⁹⁸⁴ Eso no debe significar que la Corte Caribeña de Justicia deba ejercer sus competencias y funciones en conflicto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos; todo lo contrario, la Corte Caribeña, ya que puede asumir una importante función de protección de los derechos humanos, debe necesariamente buscar una integración jurisprudencial con la Corte Interamericana, respetando el «grado interamericano» de reconocimiento de derechos y tratando de profundizar el diálogo jurisprudencial con esa importante Corte.

7.3.3 La integración andina

El propósito de protección de los derechos humanos también está incluido en el tercer esquema americano subregional de integración: el SAI, o Sistema Andino de Integración, que es fruto de la consolidación de la Comunidad Andina de Naciones, que está constituida por los Estados del Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia⁹⁸⁵.

El proceso moderno de integración andina es favorecido por los enlaces históricos y culturales de los pueblos que viven en la región andina. Existen muchas semejanzas en la historia de los procesos socioeconómicos —anteriores y posteriores a la

⁹⁸² El texto integral de la Carta de la Sociedad Civil del Caribe está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.caricom.org/jsp/secretariat/legal_instruments/chartercivilsociety.jsp>. Fecha de acceso: 19.8.2013.

⁹⁸³ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 52.

⁹⁸⁴ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 112.

⁹⁸⁵ Los Estados de Chile y Venezuela también ya participaron de la Comunidad Andina.

colonización española— de los pueblos andinos, así como en su historia política⁹⁸⁶, en sus modos de vida, en su muy característico medioambiente, en sus proximidades étnicas y culturales (principalmente, en la rama de los quechuas, que es representativa de la «cultura andina»⁹⁸⁷, y también en el grupo de los aymarás) e incluso en la génesis lingüística común de la protolengua andina⁹⁸⁸. Esa afinidad histórica, cultural, social y económica, naturalmente, condujo los pueblos andinos a un proceso de reaproximación e integración un siglo y medio después de los procesos históricos de segregación e independencia política.

El proceso de «reintegración» andina en el siglo XX tiene su piedra fundamental en el Acuerdo de Cartagena, firmado el día 26 de mayo de 1969 por los Estados de Bolivia, Colombia, el Ecuador, Chile (que se retiró en 1976) y Perú (en 1973, también se unió el Estado de Venezuela)⁹⁸⁹, que tiene como objetivos primordiales «*promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano*» (artículo 1º). Este es el documento que crea los órganos esenciales del Sistema Andino de Integración (SAI) y establece las normas principales que funcionan en tal sistema.

Así como sus congéneres en América Latina y el Caribe, el SAI se desarrolla en muchas dimensiones: la política, la económica, la social, la cultural y, por

⁹⁸⁶ Como es bien sabido por todos, antes de la llegada de los españoles, los pueblos andinos pasaron por muchos regímenes políticos y dominaciones tribales, siendo la formación política precolombina más famosa la Confederación del Tahuantinsuyo, que representaba la dominación del Imperio Inca (Cfr. Myriam Tarragó: «La historia de los pueblos circumpuneños en relación con el altiplano y los Andes meridionales», en *Estudios Atacameños*, n° 7, 1984, pp. 93-104). Ya en el período colonial, los pueblos andinos estaban divididos en los Virreinos de Perú y Nueva Granada. Las conocidas guerras de independencia hispanoamericanas resultaron en el desmembramiento de esos dos virreinos y determinaron el surgimiento de muchos Estados independientes que, pese sus autonomías políticas, permanecieron con algunas circunstancias y problemas comunes, los cuales, obviamente, son consecuencias del pasado común y de la proximidad geográfica y cultural.

⁹⁸⁷ Cfr. Inge Sichra: *La vitalidad del Quechua: lengua y sociedad en dos provincias de Cochabamba*, La Paz, Plural Editores, 2003, pp. 62-68.

⁹⁸⁸ Cfr. Jorge Miranda y Viviane Del Carpio Natcheff: «Particularidades del origen de la lengua en la protolengua Andina», en *Los pueblos indígenas y la integración andina*, editado por la Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2008, pp. 47-52.

⁹⁸⁹ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 206, nota 386.

supuesto, la jurídica.⁹⁹⁰ No se trata, por lo tanto, de una comunidad que busca una integración meramente económica. La integración andina ansía, sobre todo, formar una comunidad de pueblos y personas que interaccionen política y socialmente, que disfruten de una formación cultural e histórica próxima, que comparten valores comunes, que construyen, colectivamente, un sistema jurídico común y que persiguen un futuro común para la subregión.

La «multidimensionalidad» del SAI se percibe, entre otras cosas, por su composición institucional. La Comunidad está compuesta por diversos órganos e instituciones que ejercen poderes de representación política, de representación popular, de formulación de una política exterior común, de formulación de políticas públicas sociales, de integración y desarrollo económico y de prestación jurisdiccional. Entre ellos, podemos citar los siguientes: el Consejo Presidencial Andino; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaría General de la Comunidad Andina; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el Parlamento Andino; el Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; la Corporación Andina de Fomento; el Fondo Latinoamericano de Reservas; y el Organismo Andino de Salud.

También en la Comunidad Andina (como en el Sica y la Caricom) podemos observar dos documentos que indudablemente pueden ser considerados declaraciones de derechos humanos: la Carta Social Andina⁹⁹¹ y la Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos⁹⁹². Esos dos documentos regionales andinos reproducen, básicamente, los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que ya están reconocidos y garantizados en otros tratados interamericanos e internacionales de derechos humanos, así como también transcriben otros derechos humanos y fundamentales que hoy ya son propios de la tradición constitucional andina.⁹⁹³

⁹⁹⁰ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 207.

⁹⁹¹ El texto de la Carta Social Andina está disponible en siguiente página electrónica: <<http://www.parlamentoandino.org/csa/documentos-de-trabajo/carta-social-andina.html>>. Fecha de acceso: 9.9.2013.

⁹⁹² El texto de la Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos está disponible en siguiente página electrónica: <http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/cart_DDHH.htm>. Fecha de acceso: 9.9.2013.

⁹⁹³ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 202.

En los temas de los derechos humanos y de la defensa de la democracia, también merecen nota especial el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena conocido como «*Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia*», de 1998⁹⁹⁴, y la *Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza*, de 2001⁹⁹⁵; esta última, además de reproducir algunos derechos humanos (especialmente de los pueblos indígenas y de los individuos vulnerables) y señalar la interdependencia de ellos, también reforzó la idea de que el presupuesto político básico para la garantía institucional y práctica de los derechos humanos es la democracia, que debe ser defendida, primordialmente, por todos los pueblos andinos.

La formalización de esos documentos subregionales andinos, que deben ser considerados tratados subregionales de derechos humanos, simboliza fuertemente que el SAI no debe ser descalificado como un mero esquema subregional de integración económica y comercial. El SAI, sin lugar a dudas, contiene diversas dimensiones de integración (cultural, social, política, económica y jurídica) y, en todas esas dimensiones integrativas, en virtud de la Carta Social Andina y la Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos, así como de la tradición constitucional andina, el respeto a los derechos humanos (asimismo de los valores y de la cultura de los derechos humanos) debe prevalecer. Ese rasgo de la integración andina justifica la afirmación de María Belén Olmos Giupponi, para quien, ante el SAI, «*nos encontramos, quizá, en presencia del esquema subregional de integración que acontece en América Latina y en el Caribe en el que los derechos humanos han merecido una mayor y más especial e intensa atención desde la perspectiva normativa, y en el que se han producido, desde esta óptica, los avances más significativos*».⁹⁹⁶

Los cartas andinas de derechos humanos, independientemente de estar formalizadas en tratados internacionales *stricto sensu*, contienen principios básicos que configuran, axiológicamente, el sistema jurídico de la integración andina. Por eso, creemos

⁹⁹⁴ El texto integral del *Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.sice.oas.org/CAN/Protdemc_s.asp>. Fecha de acceso: 10.9.2013.

⁹⁹⁵ El texto de la *Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza*, de 2001, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/dec29-7-01.htm>>. Fecha de acceso: 9.9.2013.

⁹⁹⁶ Ob. cit., p. 203.

que están las normas de esas cartas sometidas a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, establecido por un tratado internacional específico en mayo de 1996⁹⁹⁷.

De acuerdo con el artículo 32 de ese tratado, «(c)orresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros». Por lo tanto, aunque sea «por vía prejudicial», las normas andinas de derechos humanos deben ser interpretadas y, luego, aplicadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a fin de garantizar «su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros».

Considerando la importancia de la Carta Social Andina, la Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y las demás declaraciones de derechos humanos en la integración andina, agregada a la existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (que, como hemos observado, está obligado a aplicar esos documentos jurídicos subregionales de derechos humanos), prevemos como bastante inminente el desarrollo de una jurisprudencia andina de los derechos humanos, la cual necesariamente deberá interaccionar con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con la jurisprudencia de las cortes constitucionales de los Estados andinos, lo que, sin lugar a dudas, será valioso para la afirmación y la protección integrada de los derechos humanos no solo en los países de los Andes, sino también en toda América Latina.

7.3.4 La integración suramericana: el Mercosur

Entre todos los sistemas subregionales de integración en América Latina, el sistema que más ha centrado su atención en la integración económica y comercial y que

⁹⁹⁷ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el sucesor del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, creado en mayo de 1979. El texto integral del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/TCREACION.pdf>>. Fecha de acceso: 15.9.2013.

originalmente ha dedicado menos atención a la temática de los derechos humanos (pese a los avances obtenidos en los últimos años en los temas de la defensa de la democracia y de esos derechos) ha sido el Mercado Común del Sur, el Mercosur.⁹⁹⁸

Aunque haya sido engendrado, por primera vez, por los gobiernos de Brasil y Argentina, por medio de una declaración presidencial suscrita en Foz de Iguazú el 30 de noviembre de 1985, y después por el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de Brasil y Argentina, ratificado el 23 de agosto de 1988 por los dos Estados suramericanos⁹⁹⁹, el Mercosur solo fue creado por medio del Tratado de Asunción, de 1991.

Originalmente, el Mercosur contaba con cuatro Estados-miembros: Brasil, Argentina, Paraguay¹⁰⁰⁰ y Uruguay. De acuerdo con el artículo 20 del tratado constitutivo, el Mercosur también está abierto a nuevas adhesiones por los Estados que son miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración. Recientemente, en julio de 2012, el Estado de Venezuela también se unió a ese sistema de integración económica suramericana, en la posición de Estado-miembro. Otrosí, hoy participan como «asociados» del Mercosur los Estados de Bolivia, Perú, Chile, Ecuador y Colombia.

El objetivo del Mercosur, en su origen, era exclusivamente formar una unión aduanera, con el establecimiento de una tarifa externa común, y posibilitar la formación de un mercado común de bienes, servicios, personas y capitales en la subregión del «Cono Sur».¹⁰⁰¹ Sin embargo, progresivamente, el Mercosur va avanzando en otras áreas, creando un espacio institucional para la aproximación política, social, institucional, jurídica y judicial de los Estados suramericanos que son miembros de la organización.

⁹⁹⁸ Cfr. María Belén Olmos Giupponi: ob. cit., p. 303.

⁹⁹⁹ Cfr. Gustavo E. Pinard: ob. cit., p. 55.

¹⁰⁰⁰ Debido al *impeachment* «relámpago» impuesto por el Senado paraguayo al Presidente de República Fernando Lugo, el Estado de Paraguay fue suspendido del Mercosur provisionalmente en junio de 2012, con fundamento en las normas del Protocolo de Ushuaia (1998), conocido como «Compromiso Democrático del Mercosur». Con el retorno de la «normalidad institucional» (así considerada por los Estados Miembros del Mercosur), en agosto 2013, cuando Horacio Cartes asumió la presidencia de la República del Paraguay, este Estado volvió a participar normalmente en el Mercosur. Inexplicablemente, el mismo apego democrático no fue demostrado por el Mercosur cuando el gobierno de Venezuela, en 2014, reprimió violentamente protestas de estudiantes y políticos de la oposición, además de amenazar la libertad de opinión y de prensa en el país. La cláusula democrática, si fuese aplicada por el Mercosur con el mismo rigor, también debería proporcionar la suspensión del Estado venezolano en el mencionado organismo regional.

¹⁰⁰¹ Cfr. Gustavo E. Pinard: ob. cit., p. 57.

Las bases jurídicas del Mercosur están firmadas en el Tratado de Asunción (1991) y en los Protocolos firmados en las ciudades de Brasilia (1991 y 2002), Las Leñas (1992), Buenos Aires (1994 y 2002), Ouro Preto (1994), Asunción (1995 y 1997), San Luís (1995), Fortaleza (1996), Montevideo (1997 y 2011), Ushuaia (1998), Rio de Janeiro (1998), Belo Horizonte (2004), Caracas (2006) y San Juan (2010).¹⁰⁰² El tratado constitutivo y esos protocolos, así como los acuerdos complementarios, forman el sistema jurídico subregional «mercosureño».

En su origen, el Mercosur contaba con dos órganos superiores: el Consejo del Mercado Común, un órgano de conducción política que está formado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados-miembros, y el Grupo Mercado Común, que, de acuerdo con el artículo 13 del Tratado de Asunción, es el órgano ejecutivo de las normas del Mercosur. Las normas fundacionales del Mercosur también prevén la existencia de una Secretaría Administrativa, establecida en Montevideo, que asesora el Grupo Mercado Común.

Posteriormente, por medio del Protocolo de Ouro Preto, otros importantes órganos fueron añadidos a la estructura institucional del Mercosur, cuales son, la Comisión de Comercio del Mercosur, la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Económico-Social. Otrosí, por medio de un protocolo específico, en 2005, fue constituido el Parlamento del Mercosur, que tiene como propósito garantizar una más amplia legitimidad democrática a la organización regional¹⁰⁰³.

Esos cambios institucionales (en especial la creación del Parlamento del Mercosur, el cual, después de 2014, ya debería funcionar con parlamentarios elegidos por sufragio directo, universal y secreto), a nuestro juicio, simbolizaron un importante avance

¹⁰⁰² Los textos del tratado constitutivo del Mercosur, de sus protocolos y de los acuerdos complementarios (así como de otros documentos normativos) están disponibles en las siguientes páginas electrónicas: <http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4823&site=1&channel=secretaria> y <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4827&site=1&channel=secretaria>. Fecha de acceso: 29.9.2013.

¹⁰⁰³ Ese objetivo precipuo de la Constitución del Parlamento del Mercosur está expreso en uno de los considerandos de su protocolo constitutivo; allí está reconocido que «*la instalación del Parlamento del MERCOSUR, con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del MERCOSUR, creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas*».

en la configuración del Mercosur y, por consiguiente, también significaron una redefinición en los propios objetivos que esa organización de integración económica suramericana había delimitado originalmente por medio del Tratado de Asunción.

Según Nicolás M. Perrone y Welber Barral, el Protocolo que constituyó el Parlamento del Mercosur le atribuyó cuatro funciones básicas: «a) *fortalecer la cooperación entre los congresos nacionales; b) agilizar la incorporación en los ordenamientos jurídicos internos; c) contribuir a una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes; d) apoyar el compromiso democrático del Mercosur*». ¹⁰⁰⁴

La institución del Parlamento también significó un avance en el reconocimiento de los derechos humanos. De hecho, de acuerdo con el artículo 3.2 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, uno de los principios del Parlamento es «(el) *respeto a los derechos humanos en todas sus expresiones*». Otrosí, de acuerdo con el artículo 4.3 de ese Protocolo, una de las competencias del Mercosur es «(e) *laborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Partes, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR*». Por lo tanto, desde 2005, es posible deducir que el Parlamento del Mercosur pasó a funcionar como una garantía institucional de los derechos humanos en ese sistema jurídico subregional de integración.

La preocupación por la participación democrática en el Mercosur, que conllevó la creación del Parlamento subregional, también puede ser constatada en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en Mercosur, de 1998. ¹⁰⁰⁵

El principio básico del Protocolo de Ushuaia es el de que la «*plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo*» (artículo 1º) y la regla de que la ruptura democrática en cualquier Estado del Mercosur (así considerada por los propios Estados-miembros) tendrá como consecuencias unas medidas que van «*desde la*

¹⁰⁰⁴ Cfr. Nicolás M. Perrone y Welber Barral: «El Parlamento del Mercosur. ¿Un avance hacia la institucionalización?», en *Agenda Internacional*, n. 25, 2007, p. 242.

¹⁰⁰⁵ El texto integral del Protocolo de Ushuaia está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/cmc_1998_protocolo_es_ushuaia.pdf>. Fecha de acceso: 6.10.2013.

suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos» (artículo 5º). Esas normas fueron reafirmadas en diciembre de 2011, con la firma del Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II).¹⁰⁰⁶

Además del compromiso con la defensa de la democracia, el Mercosur también acogió una declaración que trata de algunos derechos humanos sociales y económicos, los cuáles deben ser alcanzados por medio de la integración económica suramericana. Estamos aquí refiriéndonos a la Declaración Sociolaboral del Mercosur, también firmada en 1998.¹⁰⁰⁷

Ya en sus considerandos, la Declaración Sociolaboral del Mercosur acogió expresamente las principales normas internacionales e interamericanas de derechos humanos como siendo normas válidas en el sistema mercosureño. Allí está enunciado que *«los Estados Partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericano de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos — OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)»*. Otrosí, la mencionada Declaración también reconoce en sus considerandos que *«la adhesión de los Estados Partes a los principios de la democracia política y del Estado de Derecho, y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana constituye base irrenunciable del proyecto de integración»*.

En su texto principal, la Declaración Sociolaboral del Mercosur acoge muchos derechos humanos que ya forman parte de la cultura jurídica latinoamericana,

¹⁰⁰⁶ El texto integral del Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II) está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/ushuaia_ii.pdf. Fecha de acceso: 6.10.2013.

¹⁰⁰⁷ El texto integral de la Declaración Sociolaboral está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/cmc_1998_ata02_declaracion_es_sociolaboral.pdf. Fecha de acceso: 8.10.2013.

especialmente los siguientes: (i) el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1º a 3º); (ii) los derechos de los trabajadores migrantes a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo (artículo 4º); la libertad profesional y la prohibición de los trabajos forzados (artículo 5º); la libertad de asociación (artículo 8º); la libertad sindical (artículo 9º); la garantía de huelga (artículo 11); el derecho a la participación social en los procesos decisorios públicos (artículo 13); el derecho a la protección contra el desempleo (artículo 15); el derecho a la capacitación profesional (artículo 16); el derecho a la salud y la seguridad en el trabajo (artículos 17 y 18); y el derecho a la seguridad social (artículo 19).

También en el ámbito del Parlamento del Mercosur, podemos encontrar algunos informes, recomendaciones, declaraciones y proyectos de declaraciones que tocan el tema de los derechos humanos. Entre otros, creemos que debemos destacar: la Recomendación 7/2008, que «impulsa» Estados Partes del Mercosur la firma y ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; la Declaración 10/2008, que trata del tema de los inmigrantes ilegales en Europa y rechaza las prisiones indebidas de tales inmigrantes; la Declaración 2/2009, que reconoce la aplicabilidad universal de la DUDH; así como el proyecto de declaración sobre el derecho humano al agua potable (21/2010), entre otros.¹⁰⁰⁸

Finalmente, también es digno de resaltar el funcionamiento, en el Mercosur, desde 2005, de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados, la RADDHH. La Constitución de esa importante red interinstitucional, en el ámbito del Mercosur, tiene el propósito de formular políticas públicas en el tema de los derechos humanos para los países suramericanos, por medio de comisiones permanentes que son creadas a fin de dedicar atención a problemas comunes de los Estados en la implementación y la garantía de los derechos humanos.

¹⁰⁰⁸ Los textos de los mencionados textos del Parlamento del Mercosur, que tratan de temas vinculados a los derechos humanos, están disponibles en la página: <http://www.parlamentodelmercosur.org/parlasur/innovafront/actos_del_parlamento.jsp?querypage=1&contentid=7229&site=1&channel=parlasur&titulo=derecho&cmdaction=search>. Fecha de acceso: 13.10.2013.

7.3.5 La Aladi

La Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi) es una organización internacional, de ámbito regional, instituida por medio del Tratado de Montevideo, de 1980¹⁰⁰⁹, el cual fue firmado por doce Estados latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Su antecedente histórico inmediato fue la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada en 1960 con los mismos propósitos de promover la integración económica y el desarrollo socioeconómico en América Latina.¹⁰¹⁰

A diferencia de las organizaciones de integración mencionadas antes, la Aladi (así como, previamente, la Alalc) es una entidad destinada a la integración latinoamericana en sentido estricto, o sea, tiene como objetivo promover la integración de toda Latinoamérica, y no solamente de regiones del continente americano. Quizá debido a tal «pretenciosidad», o a la diversidad (e inestabilidad) política y socioeconómica de los Estados latinoamericanos¹⁰¹¹, la Aladi no alcanzó el mismo grado de desarrollo práctico verificado entre los sistemas subregionales americanos. Como consecuencia, tampoco se pueden vislumbrar avances en materia de derechos humanos en el seno de la Aladi. Su tratado constitutivo ni siquiera menciona el respeto a los derechos y libertades básicos de los seres humanos como fundamento, objetivo o principio general de la organización regional.

A pesar de eso, considerando que los Estados que componen la Aladi son signatarios de diversos tratados internacionales de derechos humanos que permiten el reconocimiento de una forma de «*ius cogens* latinoamericano de derechos humanos», es teóricamente posible afirmar que el núcleo básico de derechos humanos también debe conformar el funcionamiento de la organización. No obstante, también considerando el

¹⁰⁰⁹ El texto integral del Tratado de Montevideo de 1980 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.aladi.org/nsfaladi/juridica.nsf/tratadoweb/tm80>>. Fecha de acceso: 13.10.2013.

¹⁰¹⁰ Cfr. Magdalena Pereira Vecino: «Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 18, 2010, p. 126.

¹⁰¹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio: «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 1, 2004, p. 147.

diminuto desarrollo institucional de la Aladi, no podemos encontrar un órgano suyo que realice cualquier forma de control o fiscalización sobre el cumplimiento de normas de derechos humanos, lo que naturalmente inhibe la aparición de cualquier integración diálogo o interacción, hermenéutica o jurisprudencial, entre el sistema normativo de la Aladi y los demás sistemas subregionales de Latinoamérica en el tema de los derechos humanos.

7.3.6 La Unasur

Posiblemente a fin de superar el supuesto énfasis en la integración meramente económica que marcaría el Mercosur (o la Aladi, que ni siquiera logró resultados efectivos en la esfera económica), y asimismo ofrecer una alternativa a la OEA en la integración institucional, política y social latinoamericana (al menos en Suramérica), los Estados del continente suramericano fundaron, en 2008, una nueva organización regional de integración: la Unión de Naciones Suramericanas: la Unasur.

Al contrario que los demás esquemas de integración que mencionamos antes, la Unasur no fue constituida con la misión de fundar un sistema de integración económica regional o subregional. Su ambición es mayor: construir una organización que congregue y desarrolle diversos mecanismos de integración política, social y cultural de toda Suramérica. Esa integración latinoamericana deseada por la Unasur no privilegia los aspectos económicos de la integración (como quizá ocurre en otros fenómenos de integración subregional), pero se concentra en la integración política (tal vez ocupando un lugar que se esperaba de la OEA) con la preocupación también de alcanzar las dimensiones sociales y culturales del proceso integrativo sudamericano.¹⁰¹²

La Unasur fue constituida por medio de un tratado firmado en Brasilia, el 23 de mayo de 2008, por los presidentes de las Repúblicas de Brasil, Argentina, Bolivia,

¹⁰¹² Cfr. Gisele Ricobom: «A integração latino-americana e o diálogo intercultural: novas perspectivas a partir da universidade», en *Cultura e comunicação na América Latina: integrar para além do mercado*, editado por Dennis de Oliveira, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2012, pp. 95-96.

Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.¹⁰¹³ En los considerandos del tratado, ya es posible observar la preocupación de los constituyentes de la novedosa organización regional por agrupar valores básicos para fundamentar e informar las instituciones y el sistema normativo de la Unasur. Entre esos valores y principios fundamentales, se encuentra el principio del respeto irrestricto a los derechos humanos y a la democracia.

De hecho, reconocieron y ratificaron los Estados miembros en el tratado constituyente de la Unasur *«que tanto la integración como la unión suramericanas se fundan en los principios rectores de: irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible»* y *«que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto irrestricto de los derechos humanos son condiciones esenciales para la construcción de un futuro común de paz y prosperidad económica y social y el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Miembros»*.

De acuerdo con el artículo 2º del tratado constitutivo, la Unasur tiene como objetivos *«construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados»*. Otrosí, el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia, firmado en noviembre de 2010¹⁰¹⁴, también reafirma la recepción del principio democrático por la organización, que debe, de acuerdo con las reglas del protocolo, establecer sanciones contra cualquier Estado miembro que

¹⁰¹³ El texto del tratado constitutivo de la Unasur está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.unasur.org/uploads/f8/74/f874c8c194f76a8bbd9b2ca6f23a5af7/Tratado-constitutivo-UNASUR.pdf>. Fecha de acceso: 4.11.2013.

¹⁰¹⁴ El texto integral del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.unasur.org/uploads/61/5e/615e42826e009f160d8d8d420a2086bf/Protocolo-adicional-compromiso-con-la-democracia.pdf>. Fecha de acceso: 5.11.2013.

atente contra el orden democrático y constitucional.

Como se puede percibir, las aspiraciones de la Unasur son bastante ambiciosas; si realmente se logran los objetivos expresados en el artículo 2° del tratado constitutivo (y asimismo en el artículo 3°), la Suramérica pasaría a ser un espacio común político y social en que estaría firmada la «consolidación de una identidad suramericana» y de la «ciudadanía suramericana» (art. 3°, *i*, del tratado constitutivo), según un modelo de integración regional que solo encuentra un parangón, en nuestros días, en la Unión Europea.

El tratado constitutivo de la organización establece las condiciones para la edición de otros actos normativos de rango inferior (acuerdos entre los Estados miembros, decisiones de Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores y disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados: vid. artículo 11 del tratado) y la formación de un sistema normativo suramericano. También prevé el funcionamiento integrado a la Unasur del Parlamento Suramericano¹⁰¹⁵, que tendrá su sede en la ciudad de Cochabamba, Bolivia (artículo 17), y podrá ser una fuente institucional más de normas para el sistema de la Unasur. Además de eso, el tratado también garantiza la participación de la sociedad civil en la elaboración de normas, *«a través del diálogo y la interacción amplia, democrática, transparente, pluralista, diversa e independiente con los diversos actores sociales, estableciendo canales efectivos de información, consulta y seguimiento en las diferentes instancias de Unasur»* (artículo 18).

El tratado constitutivo de la Unasur no deja dudas de que su sistema normativo regional debe respetar las normas internacionales e interamericanas de derechos humanos que son válidas en los Estados miembros y de que no pueden valer normas regionales contrarias a ese conjunto normativo de los derechos humanos. Otrosí, por las mismas razones que ya expusimos *ad nauseam* en nuestro estudio, esas normas de derechos humanos deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con el sentido que es

¹⁰¹⁵ No se debe confundir el Parlamento Suramericano, previsto en el tratado constitutivo de la Unasur, con el Parlamento Latinoamericano. Este último es preexistente a la Unasur y tiene su sede en la ciudad de Panamá; él funciona como un organismo internacional, de nivel regional, que congrega parlamentarios elegidos democráticamente en los diversos Estados de América Latina y que opera como un fórum de integración entre los Poderes Legislativos de sus Estados miembros.

atribuido por los órganos internacionales e interamericanos pertinentes. Sin embargo, como todavía no existen órganos jurisdiccionales propios de la organización, las eventuales actividades de control y fiscalización sobre el cumplimiento de las normas de derechos humanos por la Unasur deben ser diluidas entre los diversos órganos de la Unasur, como un mecanismo de *self-restraint*.

Aunque sean nobles y sofisticados los propósitos de la Unasur, su actual ausencia de efectivo desarrollo institucional dificulta la evaluación del papel que los derechos humanos van a desempeñar en este nuevo esquema normativo suramericano. Si realmente se logra alcanzar la tan deseada integración política, social y económica en la Suramérica, creemos que lo más probable es que la Unasur siga el ejemplo de la Unión Europea, busque conciliar sus esfuerzos con la OEA y legitime todavía más el funcionamiento y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respetando e incrementando el padrón interamericano de derechos humanos.

7.3.7 La Celac

Recientemente, una novedosa organización política latinoamericana más ha sido creada: la Comunidad de los Estados Latinoamericanos y Caribeños, la Celac. Todos los Estados de América, con las excepciones de los Estados Unidos y el Canadá, participan de esa comunidad, que resultó de la fusión de la Calc (Cumbre de la América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo) y del «Grupo del Río».

Tal comunidad fue creada en 2010 (impulsada por el polémico expresidente venezolano Hugo Chávez) y efectivamente «constituida» en 2011.¹⁰¹⁶ Hasta la presente fecha, se han celebrado dos cumbres de la Celac, con la participación de todos los presidentes de las repúblicas latinoamericanas: la primera, en 2011, en Venezuela; la segunda, en enero de 2014, en Cuba.

¹⁰¹⁶ Cfr. André Luís Reis Silva e Isadora Loreto da Silveira: «Da ALCA à CELAC: o Brasil e os desafios da integração Continental», en *Brazilian Journal of International Relations*, v. 1, n° 3, 2012, pp. 439-440.

Aunque la Celac esté firmada en un fuerte discurso de integración política y social latinoamericana, no encontramos, hasta hoy, elementos normativos que nos permitan identificar la Celac como una verdadera organización internacional que pueda ser una fuente de nuevas normas que interaccionen con las normas internacionales, regionales y constitucionales de los derechos humanos.

De hecho, la Celac se constituye, en el presente momento histórico, en un foro de diálogo político y de formación de consensos regionales, pero aún sin consecuencias prácticas (y jurídicas) visibles.¹⁰¹⁷

7.3.8 De la integración subregional hasta la integración latinoamericana

Los sistemas de integración subregionales, como hemos demostrado, tienen la pretensión de forjar una ciudadanía subregional (centroamericana, andina, caribeña, o suramericana) que no sustituye a la ciudadanía nacional, pero que la agrega, a fin de garantizar más derechos para los individuos de allí y más beneficios para la sociedad subregional.

Esas nuevas formas de ciudadanía supranacional tampoco anulan la pretensión a la ciudadanía interamericana; todo lo contrario, la ciudadanía (derivada de la integración política, social, cultural, económica y social) subregional debe ser entendida como una etapa intermediaria hacia la conquista de una ciudadanía interamericana (o latinoamericana) y asimismo hacia una ciudadanía todavía más amplia, la ciudadanía global, o sea, la «cosmociudadanía».

Igualmente, es importante observar que cualquier organización («*u otra clase de “asociación”*») de integración regional o subregional en América Latina debe obedecer al artículo 28.3 de la CADH, según el cual cuando «*dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el*

¹⁰¹⁷ En un sentido semejante, vid. Mariana Laura Córdova y María Lorena Rodríguez de Mesa: «La CELAC: entre la añoranza bolivariana y la falta de concreción latinoamericana», en *Densidades*, n. 14, 2013, pp. 61-64.

pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención».

La mencionada norma, insertada en la «cláusula federal» del Pacto de San José, impone que todas las organizaciones creadas por los Estados partes de la convención deben respetar las normas interamericanas de derechos humanos. De esa forma, las normas básicas del sistema interamericano de derechos humanos ingresan, necesariamente, en todos los sistemas jurídicos regionales y subregionales latinoamericanos, de forma automática. Esas normas jurídicas esenciales, garantizadoras de los derechos humanos, por lo tanto, deben ser consideradas parte de un *ius commune* latinoamericano, estando presentes en todos los órdenes jurídicos creados o reconocidos por los Estados de América Latina.

Finalmente, debemos observar que los diversos intentos de integración latinoamericana (bien sean regionales o subregionales) todavía no han logrado el desarrollo institucional ya obtenido, por ejemplo, por Europa. Sin embargo, debemos asimismo concluir que, en el futuro, cuando sea una realidad esa integración política, social y económica de América Latina, las nuevas instituciones judiciales regionales deberán integrar las normas comunitarias latinoamericanas con las normas interamericanas y las normas constitucionales (nacionales) de derechos humanos fundamentales, y asimismo deberán realizar, en el tema de los derechos humanos, una integración jurisprudencial «triangular» con los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como ocurre hoy entre los tribunales constitucionales europeos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁸ Vid. el subcapítulo 6.9 de esta tesis doctoral.

8 LA CONSTRUCCIÓN DE LOS VALORES Y PRINCÍPIOS BÁSICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

La historia político-constitucional de América Latina, pese a sus rasgos nacionalistas e intenciones independentistas que parecen haber favorecido la heterogeneidad, a nuestro juicio, revela el surgimiento de valores democráticos (incluso liberales) en el seno de una cultura solidaria que emergió desde la explotación colonial.

La existencia potencialmente conflictiva de las relaciones del tipo metrópoli/colonia favoreció el apareamiento de las identidades nacionales (además de la identidad latinoamericana, como hemos visto) y la cultura política que defiende la protección del individuo y ciudadano contra el Estado (que, en principio, era identificado como la metrópoli, el imperio español o portugués).

Por supuesto, la sociedad latinoamericana no dejaba de ser, en aquel final de periodo colonial, una sociedad de influencia europea. Por lo tanto, los ideales liberales y democráticos europeos (como los estudios de John Locke y Jean Jacques Rousseau) fueron fundamentales para la construcción del liberalismo latinoamericano, ideales aquellos que, está claro, fueron filtrados para la realidad americana. Así, la ocurrencia de la Revolución Francesa tampoco pasó desapercibida a los latinoamericanos, así como no pasó en blanco la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fue traducida y publicada en Bogotá por Antonio Nariño (uno de los líderes del movimiento independentista del Virreinato de Nueva Granada), en 1802.¹⁰¹⁹

En el inicio del siglo XIX, cuando los ideales revolucionarios y liberales que hervían en Europa —y que ya habían producido efectos en las antiguas colonias inglesas del norte— también influyeron en el pensamiento político y jurídico latinoamericano, las condiciones políticas e históricas del continente americano favorecieron la aparición de movimientos independentistas y, por ende, del constitucionalismo latinoamericano. En ese sentido, como bien reconocen los historiadores de la región, los valores ideológicos, éticos

¹⁰¹⁹ Cfr. Julio B. Lafont: ob. cit., pp. 149-150.

y políticos que insuflaron los movimientos independentistas de la América Latina fueron los mismos valores que después se solidificaron en el constitucionalismo latinoamericano.¹⁰²⁰

Igualmente como un producto de la efervescencia revolucionaria y liberal que avanzaba en Europa, la Constitución de Cádiz de 1812, que es considerada una de las primeras constituciones verdaderamente iberoamericanas de la historia (y quizá una de las más avanzadas del siglo XIX, aunque estuviesen presentes algunos prejuicios y omisiones en la protección de los derechos humanos, lo que era plenamente compatible con el nivel cultural, político y jurídico de aquel entonces¹⁰²¹), también infiltró en América Latina algunos valores democráticos y liberales que se solidificaron en la región en el transcurso de aquel siglo.

Además de marcar el reconocimiento de derechos básicos titularizados por todos los seres humanos, la Constitución de Cádiz, que contó con muchos representantes de la América Latina, también legitimó el movimiento constitucionalista latinoamericano, en la medida que reconoce a los pueblos americanos la legitimidad de su derecho a la participación política.

En la misma década de 1810-1819, encontramos otros textos constitucionales —preconstitucionales— que documentan los arranques del liberalismo político latinoamericano. Así, podemos observar el nacimiento de normas de derechos — hoy reconocidos como de derechos humanos— que estaban presentes incluso en algunos documentos político-normativos que precedieron a las primeras constituciones del continente iberoamericano.

¹⁰²⁰ Las «ideas ilustradas» (o valores iluministas), que dieron forma al inicio constitucionalista de América Latina, fueron un factor muy importante para la independencia de la región, como explican Patricio de Blas, José de La Puente, María Jesús Serviá, Enrique Roca y Ricardo Rivas: «Entre dichos factores [de la independencia] hay que señalar el impacto que produjeron las ideas ilustradas que pronto demostraron su incompatibilidad con la ideología dominante y fueron enarboladas como instrumentos de reforma por la minoría culta que las asumió. La preeminencia de la razón sobre la autoridad, el descrédito de la tradición como norma básica, la confianza en la separación de poderes como medio de evitar la tiranía y la aceptación de que el hombre es poseedor de unos derechos superiores y anteriores a cualquier autoridad constituida casaban mal con una monarquía absolutista, dueña de todo el poder y celosa de mantener el control sobre los súbditos». Cfr. Patricio de Blas, José de La Puente, María Jesús Serviá, Enrique Roca y Ricardo Rivas: *Iberoamérica (1812-2012): De las independencias a la globalización*, Madrid, Edef, 2013, p. 19.

¹⁰²¹ Cfr. este autor: «¿El Estado Constitucional Democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz?», ob. cit., *passim*.

En Argentina, podemos registrar el reglamento de 28 de mayo de 1810, el cual, legitimado por la supuesta aprehensión francesa del monarca español Fernando, reconoció derechos a los ciudadanos argentinos, como, por ejemplo, el derecho de petición a las autoridades.¹⁰²² Un año después, en 1811, un nuevo «reglamento de gobierno» garantiza otros derechos, como el derecho a la libertad personal.¹⁰²³

En el mismo año 1811, las provincias que hoy integran el territorio del Estado colombiano fueron testigos de la primera Constitución de la región: la Constitución de Cundinamarca, aprobada el 30 de marzo y promulgada el 4 de abril de 1811.¹⁰²⁴ Entre otros derechos humanos, estaban allí reconocidos el derecho de libertad (art. 16 del título I y art. 1º del título XII), el derecho a la igualdad (art. 1º del título XII), la libertad religiosa (art. 16 del título I), la libertad de prensa (art. 16 del título I y art. 11 del título XII), la libertad de opinión y expresión (art. 11 del título XII), el derecho a la seguridad (art. 1º del título XII), el derecho a la participación política (art. 13 del título XII) y el derecho a la legalidad de las penas (art. 14 del título XII).

Todavía en la misma década, la historia constitucional y preconstitucional de Argentina nos muestra otros ejemplos de cómo se desarrolló la cultura política y jurídica liberal latinoamericana. En ese crecimiento axiológico histórico argentino, se destacan las reformas promovidas por la Asamblea general de 1813, en que se abolió el comercio de esclavos, se declaró la libertad de los hijos de esclavos, se liberó a los indígenas de todas las injustas obligaciones de servicios personales (la mita, la encomienda y el yanaconazgo) y tributos, se les garantizó a los indígenas la condición de igualdad de derechos con los demás ciudadanos ante la ley y el Estado, se declaró el derecho a las libertades de culto y de prensa, se extinguió el mayorazgo, se prohibieron todas las formas de la tortura, se proclamó la soberanía popular, que se traduce —como ya hemos mencionado anteriormente— en el derecho del ciudadano de participar de los poderes políticos del Estado y se garantizó a todos los ciudadanos la igualdad democrática (con la extinción de

¹⁰²² Cfr. Gustavo E. Pinard: ob. cit., p. 81.

¹⁰²³ Cfr. Gustavo E. Pinard: ob. cit., p. 82.

¹⁰²⁴ El texto de la Constitución de Cundinamarca de 1811 está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12478304311266051543213/p0000001.htm#I_20
>. Fecha de acceso: 5.2.2014.

todos los privilegios decurrentes de los títulos de nobleza).¹⁰²⁵

En el mismo periodo histórico, también debemos registrar la Constitución de Apatzingán, de 1814, que se inspiró en la Constitución de Cádiz y en la Constitución francesa de 1793.¹⁰²⁶

El texto constitucional de Apatzingán fue producido en el medio de las luchas de independencia mexicana y, aunque nunca haya sido aplicado efectivamente, reconoció la existencia de diversos derechos humanos fundamentales, como el derecho de sufragio (artículo 6º), el derecho de autodeterminación de los pueblos (artículo 9º), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19), el derecho de la defensa en el proceso criminal (artículo 31), el derecho de petición en la Administración Pública (artículo 37) y el derecho a la educación (artículo 39). También reconoció principios importantes para la garantía de los derechos humanos, como el principio de la separación de los poderes (artículo 12), el principio de la necesidad y proporcionalidad de la pena (artículo 23), el principio de la legalidad (artículo 29), el principio de la presunción de inocencia (artículo 30) y el principio de la inviolabilidad del domicilio (artículo 32), entre otros.¹⁰²⁷

La primera Constitución brasileña, firmada en 1824 (dos años después de la proclamación de la independencia de Brasil)¹⁰²⁸, pese a tener un vicio democrático en su origen (fue una Constitución otorgada por el emperador Pedro I), también demuestra, en su contenido, la repercusión de los valores liberales en el continente americano.

Aunque el texto constitucional brasileño de 1824 no haya avanzado en la prohibición de la esclavitud y tampoco haya amparado el principio jurídico de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, muchas de las libertades públicas que ya empezaban a ser garantizadas en el mundo fueron expresamente positivadas en esa Carta Constitucional,

¹⁰²⁵ Cfr. Julio B. Lafont: ob. cit., t. I, pp. 363-373.

¹⁰²⁶ El texto de la Constitución de Apatzingán, de 1814, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf>. Fecha de acceso: 16.3.2014.

¹⁰²⁷ A pesar del reclamo de muchos derechos humanos en la Constitución de Apatzingán de 1814, no podemos dejar de mencionar que un derecho básico que ya se empezaba a reconocer internacionalmente en aquel entonces, el derecho a la libertad religiosa, no estaba garantizado en ese texto constitucional de 1814, ya que, en su artículo 1º, la Constitución reconocía como la única religión admitida en el Estado la católica, apostólica y romana.

¹⁰²⁸ El texto de la Constitución brasileña de 1824 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Fecha de acceso: 17.1.2014.

como las libertades de religión, de pensamiento y de trabajo y los derechos vinculados al debido proceso legal en la materia criminal (art. 179).

En 1828, el constitucionalismo latinoamericano vio publicada la cuarta Constitución nacional de Chile, que superó las anteriores cartas chilenas en el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales.¹⁰²⁹ Además de prohibir absolutamente cualquier forma de esclavitud (art. 11), la Constitución de agosto de 1828 reconoce los derechos «imprescriptibles e inviolables» a la libertad, a la seguridad, al derecho de petición y la facultad de publicar opiniones (arts. 10 y 18). También están allí reconocidos los derechos humanos básicos en materia penal y procesal penal (arts. 13 a 15).

En 1853, el Estado argentino brindó al constitucionalismo latinoamericano con su primer texto constitucional efectivamente vigente en aquel país. La Constitución de 1853 (que continúa parcialmente vigente, reformada en los años 1860, 1866, 1898, 1956 y 1994)¹⁰³⁰, además de abolir totalmente la esclavitud en Argentina (art. 15) y de consolidar en ese Estado muchos derechos liberales (como los derechos «*de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*», vid. art. 14), entre los cuáles se encuentran los derechos y garantías fundamentales en el proceso criminal y la ejecución de penas (art. 18) y la plena libertad e imposibilidad de restricción de la libertad de prensa (art. 32), también garantizó la igualdad de derechos para los extranjeros (art. 20), lo que claramente se apoya en la convicción de que el valor absoluto humano —su dignidad— debe ser reconocido en todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad.

Posteriormente, en América Latina, ya a principios del siglo XX, la conciencia de los intereses contrapuestos que se evidenciaron en la sociedad poscolonial también permitió que la visión política meramente liberal que planteaba la necesidad de protección del individuo contra el Estado (visión que estaba muy enraizada en la cultura

¹⁰²⁹ El texto de la Constitución chilena de 1828 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225>>. Fecha de acceso: 14.10.2014.

¹⁰³⁰ El texto de la Constitución argentina de 1853 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/III_03.pdf>. Fecha de acceso: 17.1.2014.

política y jurídica norteamericana y europea, principalmente antes de la Segunda Guerra Mundial) luego fue mezclada con la comprensión de que el individuo debería exigir al Estado no solo una conducta liberal-negativa de no violación de las libertades públicas del individuo (libertades de religión, pensamiento, expresión, asociación etc.), sino también políticas y acciones activas de implementación del principio-valor de la solidaridad en favor de los grupos vulnerables que demandan la satisfacción de los derechos básicos, necesarios para el goce de una vida digna y el desarrollo pleno de la personalidad.

Esa nueva «ola constitucional» de derechos ha alcanzado primeramente América Latina, con la aprobación de la Constitución mexicana de 1917, la cual fue la primera Constitución del mundo (incluso anterior a la famosa Constitución de Weimar) en reconocer la fundamentalidad de los derechos sociales y económicos, atribuyendo a esos derechos el mismo valor jurídico reconocido a los derechos fundamentales de naturaleza liberal.

El texto constitucional mexicano sirvió de inspiración para muchas otras reformas constitucionales no solo de América Latina, sino del mundo. Hasta hoy está vigente la Constitución mexicana de 1917, con las continuas reformas constitucionales (la última de que tenemos noticia fue aprobada en diciembre de 2013)¹⁰³¹ que reconocen nuevos derechos humanos fundamentales a los seres humanos que están bajo la jurisdicción mexicana, en un proceso de continua renovación del sistema constitucional mexicano.

La afirmación constitucional mexicana de los derechos sociales y económicos inspiró la consolidación de semejantes derechos en la Constitución federal brasileña de 1934¹⁰³². Ese texto constitucional, aunque estuviese incluido en un nuevo régimen de poder que podría contener algunos rasgos antidemocráticos del varguismo, garantizó diversos derechos humanos de los trabajadores, como los derechos al descanso semanal remunerado, a las vacaciones anuales remuneradas, al sueldo mínimo y a la prohibición de cualquier forma de discriminación en las relaciones laborales, entre otros (artículo 121). Igualmente, fue reconocido, en la Constitución de 1934, el derecho

¹⁰³¹ El texto de la Constitución mexicana, con sus últimas reformas, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Fecha de acceso: 17.1.2014.

¹⁰³² El texto de la Constitución brasileña de 1934 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Fecha de acceso: 30.1.2014.

fundamental a la educación (artículo 149).

Además de eso, la Carta de 1934 consolidó derechos conquistados en la reforma electoral brasileña de 1932 y constitucionalizó el derecho al sufragio universal, directo, secreto e igual, incluso para las mujeres (artículos 23, 52 y 89). También fue constitucionalizada la garantía procesal conocida como el «mandado de segurança» (artículo 113.33), que posee algunas similitudes con los recursos de amparo de otros Estados latinoamericanos.

Igualmente a principios del siglo XX, los derechos subjetivos constitucionales en Chile ya conquistados en 1828 fueron desarrollados en la Constitución de 1925, que garantiza (además de los derechos ya positivados en Chile) la igualdad de derechos y la prohibición de la discriminación social (art. 10.1), la libertad de creencia, conciencia y culto (art. 10.2), la libertad de expresión (art. 10.3), la libertad de reunión (art. 10.4), la libertad de asociación (art. 10.5), la libertad de enseñanza (art. 10.7), el derecho de acceso, sin discriminación, a los empleos y funciones públicos (art. 10.8), el derecho a una remuneración justa (art. 10.14) y la libertad de locomoción y residencia (art. 10.15), entre otros.¹⁰³³

Posteriormente, en 1970, el mismo texto constitucional chileno fue reformado, pasando a constar en su artículo 10 también el derecho a «*la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas*» (apartado 16) y el derecho «*a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad*» (apartado 17).¹⁰³⁴

Un ciclo constitucional posterior se puede hallar en América Latina en las décadas finales del siglo XX, mientras ocurría la redemocratización de muchos Estados latinoamericanos, una nueva oleada de constituciones —y de novedosos derechos humanos

¹⁰³³ El texto original de la Constitución chilena de 1925 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&idVersion=1980-08-11&r=6>>. Fecha de acceso: 22.1.2014.

¹⁰³⁴ El texto de la Constitución chilena de 1925, reformado y revisado en 1970, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241091&idVersion=1971-07-16&r=2>>. Fecha de acceso: 22.1.2014.

fundamentales— surgió en la región. Esta oleada constitucional empieza en la década de 1980-89 y evoluciona hasta la primera década del siglo XXI. En esa nueva etapa del constitucionalismo latinoamericano, no solo son reafirmados dos derechos y principios democráticos (violados en los periodos de las dictaduras militares) sino también son reconocidos, de forma más amplia, derechos sociales, económicos, culturales, medioambientales y otros novedosos derechos que quizá pueden ser reconocidos como de cuarta o quinta «generación».

Como ya hemos mencionado anteriormente en esta tesis, un importante ejemplo de esos nuevos y avanzados textos constitucionales es la Constitución brasileña de 1988, conocida en Brasil como la «Carta Ciudadana», que firmó la dignidad humana como un fundamento de la república (art. 1º, III) y el principio de la prevalencia de los derechos humanos como un principio fundamental de sus relaciones internacionales brasileñas (art. 4º, II).

En esa nueva Constitución democrática brasileña, también son reconocidos y reafirmados amplios los derechos básicos de los trabajadores (artículo 7º), el derecho al amparo por beneficios de la seguridad social (artículos 194 a 204), el derecho a la salud pública e individual (artículos 196 a 198), el derecho a la educación (artículos 205 a 214), el derecho a la cultura (artículos 215 y 216), el derecho a la comunicación social (artículos 220 a 224), el derecho al medioambiente saludable y equilibrado (artículo 225), los derechos básicos de los pueblos indígenas (artículos 231 a 232) y muchos otros derechos —y garantías— humanos fundamentales.

En Chile, aunque esté vigente la Constitución de 1980, fruto de un periodo pretransicional del país, el texto constitucional sufrió importantes modificaciones, que importaron en un nuevo direccionamiento axiológico de su sistema jurídico, después de la redemocratización del Estado y del rechazo popular a la dictadura de Pinochet.¹⁰³⁵ Así, en la reforma constitucional de 1989, fue modificado el artículo 5º, pasando a constar expresamente que el «*ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*», lo que significa, claramente,

¹⁰³⁵ El texto de la Constitución chilena de 1980, con sus reformas posteriores y vigentes hasta hoy, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&r=6>>. Fecha de acceso: 22.1.2014.

una opción por la supremacía de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno.

El Estado de Colombia, aunque no haya conocido formalmente sistemas dictatoriales en las décadas de los 60 a los 80 (como muchos Estados sudamericanos), también aprovechó la oleada constitucional que fue fruto de la redemocratización latinoamericana y aprobó, en 1991, una nueva Constitución que consolidó derechos humanos tradicionales y añadió otros derechos y garantías más «modernos», como el derecho a la protección integral de los niños y adolescentes (artículos 44 y 45), el derecho a la asistencia y la integración social de las personas portadoras de discapacidad (artículo 47), el derecho el derecho a la salud y al saneamiento ambiental (artículo 49), el derecho a la vivienda digna (artículo 51), el derecho a la educación en derechos humanos, paz y democracia (artículo 67), el derecho a gozar de un medioambiente sano (artículo 79) y la garantía de la acción popular «*para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella*» (artículo 88), entre muchísimos otros.¹⁰³⁶

El mismo texto constitucional colombiano, como veremos posteriormente, también garantizó el principio de la prevalencia de los derechos humanos (incluso en circunstancias de Estados de excepción) en el orden interno y el principio de la interpretación constitucional conforme a los derechos humanos (artículo 93).

Aun en Sudamérica, podemos citar la Constitución argentina reformada en 1994, que elevó el rango normativo de los principales tratados internacionales de derechos humanos al altiplano constitucional. Como veremos en este mismo capítulo, ese fue un marco para la progresiva apertura constitucional latinoamericana para las normas internacionales de derechos humanos. A partir de ese momento histórico, entre la última década del siglo XX y la primera década de XXI, sucesivas reformas o revoluciones constitucionales (o aun evoluciones de la jurisprudencia constitucional) pasan a infiltrar las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos, forzando una integración jurídica en favor de los derechos humanos, que

¹⁰³⁶ El texto de la Constitución colombiana de 1991 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>>. Fecha de acceso: 5.2.2014.

pasan a estar incluidos en los bloques de constitucionalidad de los Estados.

Entre las nuevas constituciones latinoamericanas del siglo XXI, es importante citar una vez más la Constitución del Ecuador de 2008, que constitucionalizó —como fundamentales— muchos derechos que nunca antes habían sido reconocidos en las leyes políticas del planeta.

Conforme hemos mencionado en un capítulo anterior, la originalidad de la Constitución ecuatoriana consistió en establecer derechos como, por ejemplo, el derecho al agua (art. 12), el derecho al «*acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos*» (art. 13), los derechos a «*la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados*» (art. 14), el derecho a la «*comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos*» (art. 16, I), el derecho al «*acceso universal a las tecnologías de información y comunicación*» (art. 16, II), el derecho al «*acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad*» (art. 16, IV), el derecho de «*acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas*» (art. 18, II), los derechos a «*construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones*» (art. 22), el derecho «*a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad*» (art. 23), el derecho «*al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural*» (art. 31), los derechos «*de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos*» (art. 41), el derecho de las personas desplazadas «*a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios*» y «*a retornar a su lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna*» (art. 42), y los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a «*mantener,*

desarrollar y fortalecer libremente su identidad», a «conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles», a «conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural, conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social», a «no ser desplazados de sus tierras ancestrales» y a «mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos» (art. 57), entre muchos otros.

Como observaremos posteriormente, otras constituciones latinoamericanas surgieron a principios del siglo XXI no solo confirmando la nueva oleada de derechos humanos positivados constitucionalmente sino también reforzando el rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos, confirmando primacía a esas normas cuando en conflicto con las leyes internas e incluso, en la mayoría de los textos constitucionales, integrando tales normas de derechos humanos en los bloques de constitucionalidad. Esa nueva apertura constitucional latinoamericana a las normas supranacionales de derechos humanos señala, claramente, una evolución de la cultura jurídica de la región, que exterioriza una conciencia colectiva sobre la necesidad de reconocerse, garantizar e implementar, progresivamente, los derechos básicos que derivan de la dignidad absoluta de toda vida humana.

Cuando reconocemos la evolución constitucional-axiológica latinoamericana, no estamos afirmando que tal evolución fue realizada de forma simétrica, continua, regular. Los avances constatados aquí fueron intercalados por retrocesos originados por fuerzas políticas y gobiernos antidemocráticos, que promovieron las más odiosas violaciones de derechos humanos en el continente americano.¹⁰³⁷ Ni siquiera hoy

¹⁰³⁷ Tales odiosas violaciones de derechos humanos en el siglo XX —que podríamos denominar como el segundo «holocausto latinoamericano», siendo el primero el genocidio de los pueblos indígenas en la colonización ibérica— fueron bien sintetizadas por el escritor colombiano Gabriel García Márquez, en su discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura, concedido por la Academia Sueca de las Letras en 1982: *«Hace once años, uno de los poetas insignes de nuestro tiempo, el chileno Pablo Neruda, iluminó este ámbito con su palabra. En las buenas conciencias de Europa, y a veces también en las malas, han irrumpido desde entonces con más ímpetus que nunca las noticias fantasmales de América Latina, esa patria inmensa de hombres alucinados y mujeres históricas, cuya terquedad sin fin se confunde con la leyenda. No hemos tenido un instante de sosiego. Un presidente prometeico atrincherado en su palacio en llamas murió peleando solo contra todo un ejército, y dos desastres aéreos sospechosos y nunca esclarecidos segaron la vida de otro de corazón generoso, y la de un militar demócrata que había restaurado la dignidad de su pueblo. En este lapso ha habido 5 guerras y 17 golpes de Estado, y surgió un dictador luciferino que en el nombre de Dios lleva a cabo el primer etnocidio de América Latina en nuestro tiempo. Mientras tanto 20 millones de niños latinoamericanos morían antes de cumplir dos años, que son más de cuantos han nacido en Europa occidental desde 1970. Los desaparecidos por motivos de*

está América Latina libre de tales retrocesos en la afirmación y protección de los derechos humanos.¹⁰³⁸ Sin embargo, esas embestidas contra la consolidación de los derechos humanos en América Latina no invalidan la persistencia de los valores constitucionales humanitarios de la región, los cuáles necesitan ser, reiteradamente, reafirmados y defendidos.

De hecho, el examen de los sistemas constitucionales que se firmaron en América Latina demuestra que se construyó, progresivamente (por medio de ciclos de avances y retrocesos, de manera no uniforme), una cultura jurídico-constitucional común

la represión son casi los 120 mil, que es como si hoy no se supiera dónde están todos los habitantes de la ciudad de Upsala. Numerosas mujeres arrestadas encintas dieron a luz en cárceles argentinas, pero aún se ignora el paradero y la identidad de sus hijos, que fueron dados en adopción clandestina o internados en orfanatos por las autoridades militares. Por no querer que las cosas siguieran así han muerto cerca de 200 mil mujeres y hombres en todo el continente, y más de 100 mil perecieron en tres pequeños y voluntariosos países de la América Central, Nicaragua, El Salvador y Guatemala. Si esto fuera en los Estados Unidos, la cifra proporcional sería de un millón 600 mil muertes violentas en cuatro años.» Cfr. Gabriel García Márquez: «La soledad de América Latina», 1982, disponible en la siguiente página electrónica: <http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/03/actualidad/1396552129_445979.html>. Fecha de acceso: 18.4.2014.

¹⁰³⁸ No son pocos los retrocesos o tentativas de retrocesos en el ámbito del constitucionalismo y de los derechos humanos en América Latina. Los ejemplos de tentativas de restricción de la prensa, de violación de la libertad de expresión y de perpetuación de gobernantes en el poder, de forma violadora del principio republicano e isonómico, todavía se pueden encontrar. Una de esas peligrosas «tendencias latinoamericanas» son las reformas —o mutaciones jurisprudenciales— constitucionales dirigidas a la permisión de las reelecciones para los cargos presidenciales del Poder Ejecutivo. En 2004, Daniel Zovatto, del Observatorio Electoral Latinoamericano, ya observaba tal avance en dicha tendencia de América Latina: más de dos terceras partes de los países de la región ya admitían la reelección presidencial. Cfr. Daniel Zovatto: «Avanza la reelección presidencial en América Latina», 2004, disponible en: <<http://www.observatorioelectoral.org/informes/tendencias/?id=22>>. Fecha de acceso: 10.2.2014. En este mismo año 2014, en que finalizamos nuestra investigación doctoral, podemos apuntar, como ejemplo, la recentísima reforma constitucional realizada en enero de este año, en Nicaragua, que permite la *reelección perpetua* del actual presidente de la aquella República, el señor Daniel Ortega. Lo más grave, en ese caso, es que el derecho a la «reelección infinita» ya había sido reconocido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 6/2010. No obtuvimos el texto completo de la mencionada sentencia, debido a la ausencia de transparencia de la página electrónica del Poder Judicial de Nicaragua. Sin embargo, una parte del contenido de ese fallo está mencionado en la siguiente página de la Procuraduría General de la República de Nicaragua: <<http://www.pgr.gob.ni/index.php/museo-digital-de-la-corrupcion/13-nueva-contenido-general>>. Fecha de acceso: 30.1.2014. El fallo de la Corte Suprema de Justicia nicaragüense y la reciente reforma constitucional también están mencionadas en noticias de la prensa internacional. Cfr. El País: «El Presidente Daniel Ortega consigue la reelección indefinida», 29 de enero de 2014, disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/01/29/actualidad/1390955328_152316.html>; y El País: «Reeleccionismo mágico latinoamericano», 30 de enero de 2014, disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/01/30/actualidad/1391111239_603537.html>. Fecha de acceso: 30.1.2014. Según Thor Halvorssen y Javier El-Hage, presidente y director jurídico internacional de *Human Rights Foundation*, respectivamente, ese nuevo fenómeno latinoamericano, el «reeleccionismo», está inspirado en precedentes encontrados, entre otros, en Perú, Bolivia y Venezuela. Cfr. Thor Halvorssen y Javier El-Hage: «De George Washington a Evo Morales: el reeleccionismo en América», 27 de mayo de 2013, disponible en la siguiente página electrónica: <http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/27/actualidad/1369606489_800894.html>. Fecha de acceso: 30.1.2014.

latinoamericana (aunque permanezca siendo objeto de ataques dentro de la propia región), que se define por el respeto a los derechos humanos y especialmente por los derechos que están vinculados al principio de solidaridad. Por supuesto, es necesario reiterar, la construcción de lo que llamamos «cultura jurídico-constitucional común» no resultó en que, efectivamente (socioeconómicamente), los pueblos latinoamericanos hayan gozado todos los derechos que les fueron reconocidos, o quizá solo prometidos.

Como ya hemos admitido en esta tesis, una prueba de esas rupturas en la cultura de protección de los derechos humanos está en los diversos golpes de Estado y regímenes de excepción institucional que se firmaron en Sudamérica en las décadas de los 60 y los 70, o también en la ausencia actual de servicios sociales básicos para la población pobre en la mayoría de los Estado latinoamericanos.

Sin embargo, la propia existencia de ese reconocimiento constitucional de los derechos demuestra, jurídicamente, que existe una cultura y conciencia común en América Latina sobre cuales los derechos básicos deben ser garantizados por el Estado y la sociedad a todos los seres humanos. Además de eso, conforme ya hemos mencionado anteriormente, los movimientos de reconocimiento jurídico de los derechos humanos son prospectivos y conflictivos, en el sentido de que no sirven para declarar una realidad social o económica previamente existentes, sino para transformar la sociedad constituida, por medio de procesos que incluyen las más diversas formas de conflictos.

De esta manera, la cultura jurídico-constitucional latinoamericana, pese a los retrocesos históricos cíclicos que no son extraños a esta región, se firma y se desarrolla en los valores democráticos, en la solidaridad y la conciencia respecto a la necesidad de protección de la persona humana, especialmente de las personas y los grupos vulnerables. Esa comunidad cultural es un presupuesto para el surgimiento de lo que Peter Häberle denomina «*derecho americano comunitario*».¹⁰³⁹

Consideramos que el reconocimiento de la existencia de ese sistema normativo propiamente «regional» (como hemos observado, algunos sistemas subregionales ya se presentan en una avanzada etapa de desarrollo institucional)

¹⁰³⁹ Cfr. Peter Häberle: *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*, traducción al portugués de Carlos dos Santos, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 270.

absolutamente bien acabado todavía exige esfuerzos de integración de las instituciones americanas con las instituciones nacionales, así como mecanismos más eficaces de implementación de tales normas americanas comunitarias. Sin embargo, si ya se puede entrever tal sistema comunitario americano —o latinoamericano— en la realidad actual, el contenido central de tal sistema es, sin lugar a dudas, el conjunto normativo de los derechos humanos, no solo cómo se presenta en los documentos normativos oficiales del sistema interamericano de derechos humanos, sino también cómo se está reproducido en las constituciones nacionales de los Estados americanos —especialmente los latinoamericanos— y en la jurisprudencia y doctrina constitucional latinoamericana.

9 LA RECEPCIÓN E INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

9.1 Aspectos generales de la recepción e integración interna del *ius cogens* internacional

Conforme ya hemos mencionado anteriormente, el derecho internacional de los derechos humanos no está formado solo por normas de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, sino también por normas consuetudinarias, admitidas universalmente por casi todas las naciones del mundo, que determinan el respeto de la dignidad humana y de todos los derechos básicos que emanan de la dignidad absoluta del ser humano. Entre esas normas consuetudinarias, que resultan de un amplio consenso supranacional y fueron, en gran parte, reproducidas en la DUDH después de la Segunda Guerra Mundial, están las normas de derechos humanos que integran el *ius cogens* internacional.

Si bien el concepto de *ius cogens* había nacido en la doctrina y jurisprudencia internacional y fue positivado en la CVDT, las normas que componen el *ius cogens* internacional también producen efectos en los sistemas jurídicos internos, respetando el principio de la prevalencia de los derechos humanos. No obstante, el tema de la integración de las normas consuetudinarias de derechos humanos del *ius cogens* internacional en los órdenes internos de los Estados latinoamericanos plantea dos cuestiones: (i) ¿cómo se produce la recepción/integración interna de tales normas?; (ii) ¿cuál es el rango normativo de tales normas en el orden interno?

Lo más razonable sería que los propios textos constitucionales hubiesen resuelto, de forma clara, esas cuestiones. Sin embargo, considerando la ausencia de textos explícitos sobre el tema en las constituciones nacionales, correspondería a la jurisprudencia constitucional de los países enfrentar tales incógnitas. De hecho, como veremos a continuación, los tribunales nacionales, aplicando, en los casos concretos, las normas del *ius cogens* internacional, ya están, por lo menos, contestando a la primera pregunta; es

decir, si las normas del *ius cogens* internacional son internamente aplicables, ellas fueron integradas *informalmente*, o sea, de forma automática y sin la necesidad de producción de actos normativos internos.

La aplicación interna del *ius cogens* internacional es, ante todo, una cuestión de la aplicación de las normas de la costumbre internacional en los ámbitos internos de los Estados. Así, para saber cómo aplicar internamente las reglas y principios del *ius cogens* internacional debemos saber cómo son introducidas en los sistemas jurídicos internos las normas internacionales consuetudinarias.

Según Malcolm N. Shaw, entre los juristas ingleses, hay dos doctrinas o posturas jurídicas respecto a la forma de introducción de las normas internacionales en el sistema jurídico inglés: la doctrina de la *transformación* y la doctrina de la *incorporación*. La doctrina de la *transformación* está bastante vinculada a la doctrina *dualista*, ya que pugna por la necesidad de la transformación de la norma internacional en una norma interna a fin de que tenga eficacia en el sistema jurídico nacional. A su vez, la doctrina de la *incorporación* establece que el derecho internacional pasa a formar parte del orden jurídico interno automáticamente. Su principal defensor en la tradición jurídica inglesa, según Shaw, fue el jurista William Blackstone.¹⁰⁴⁰

Como bien explica Malcom Shaw, aunque las doctrinas de la *transformación* y de la *incorporación* (así como las propias doctrinas monistas y dualistas) hayan disfrutado de prestigio entre los tribunales ingleses, es en el ámbito en las normas internacionales consuetudinarias «que la doctrina de la *incorporación* se transformó en el abordaje predominante el Reino Unido».¹⁰⁴¹ De hecho, sería ilógico exigir que las normas de la costumbre internacional sean *transformadas* en normas escritas del derecho interno, puesto que, en ese caso, ya no serían normas consuetudinarias.

El mismo raciocinio que Shaw explica en el ámbito del derecho inglés puede ser aplicado a los demás sistemas jurídicos internos, incluso a los latinoamericanos. Las normas de la costumbre internacional, cuando se integran en los sistemas jurídicos

¹⁰⁴⁰ Cfr. Malcolm N. Shaw: *Direito internacional*, traducción al portugués de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento y Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2010, pp. 108-109.

¹⁰⁴¹ Cfr. *idem*, *ibidem*.

internos, no pasan por ningún procedimiento de recepción. Esa integración, por lo tanto, debe ser considerada automática e informal.

La misma opinión respecto a la incorporación informal de la costumbre internacional por los sistemas jurídicos nacionales es así compartida por Horacio Andaluz:¹⁰⁴²

La propia naturaleza de la costumbre explica que sus normas se integran en el derecho nacional sin requerir ningún acto formal de incorporación, hasta el punto de afirmarse la existencia de una presunción de incorporación de la costumbre desde su formación; presunción que la tornaría suficientemente oponible ante jueces y tribunales nacionales. Esta presunción se apoya en la coherencia que se demanda del Estado respecto a sus actuaciones en el derecho internacional y sus actos en el derecho interno, y su práctica reiterada se remontaría a la jurisprudencia inglesa del siglo XVIII, la Constitución americana y el artículo 4 de la Constitución de Weimar.

Si las normas consuetudinarias son incorporadas de modo informal y automático, *a fortiori*, las normas del *ius cogens* internacional (que forman un subconjunto de la costumbre internacional) también deben ser incorporadas informal y automáticamente. Esa es una conclusión aplicable a todos los sistemas jurídicos internos. Sin embargo, debemos examinar, en cada orden jurídico nacional de América Latina, si existen normas constitucionales especiales que traten de esa recepción del *ius cogens* internacional, especialmente de las normas sobre derechos humanos (que contienen normas del núcleo duro de los derechos humanos), y si está atribuida una jerarquía especial a esas normas en los respectivos sistemas constitucionales.

9.2 Los Estados latinoamericanos que presentan cláusulas de reconocimiento de la integración interna de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional

En algunos textos constitucionales latinoamericanos, podemos encontrar cláusulas que, directa o indirectamente, reconocen que las normas internacionales de

¹⁰⁴² Cfr. Horacio Andaluz: «El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 9, 2009, p. 32.

derechos humanos del *ius cogens* internacional forman parte del sistema jurídico y gozan de alguna primacía.

Uno de esos ejemplos en que existe una expresa recepción constitucional del *ius cogens* internacional es la Constitución peruana, la cual, en el artículo 1.4 de sus «disposiciones finales y transitorias», determina que las normas constitucionales relativas a derechos y libertades sean interpretadas de conformidad con la DUDH.¹⁰⁴³ Conforme ya hemos mencionado anteriormente, las normas de la DUDH representan un núcleo básico de normas internacionales de derechos humanos que son compartidas —en su aceptación deóntica— globalmente; tal núcleo forma parte del *ius cogens* internacional. Por lo tanto, es posible admitir, en el sistema jurídico peruano, que las normas internacionales de derechos humanos del *ius cogens* internacional integran el orden jurídico interno, debido a una integración informal (sin forma legislativa específica) y automática, determinada por la propia Constitución nacional.

También la Constitución de Honduras contiene una norma expresa que nos remite a la recepción automática del *ius cogens* internacional. Transcribimos, aquí, la primera parte del artículo 15 del texto constitucional hondureño:¹⁰⁴⁴

Artículo 15. Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universal.

Los principios y prácticas del derecho internacional mencionados en el artículo 15 de la Constitución de Honduras son principios y reglas ubicados en el *ius cogens* internacional. Por lo tanto, debido a ese precepto constitucional, esas normas del *ius cogens* no solo están automáticamente incorporadas al sistema jurídico hondureño, sino también deben estar dotadas del rango constitucional.

En la Constitución de la República Dominicana, también encontramos normas de recepción automática del *ius cogens* internacional. En el artículo 3° de la

¹⁰⁴³ El texto de la Constitución peruana está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Fecha de acceso: 17.2.2014.

¹⁰⁴⁴ El texto de la Constitución de Honduras, actualizado por las reformas constitucionales, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.congresonacional.hn/dmdocuments/2014/CONSTITUCION-2005.pdf>>. Fecha de acceso: 12.9.2014.

Constitución dominicana, encontramos incorporados los principios de la inviolabilidad de la soberanía y de no intervención externa, que forman parte del *ius cogens* internacional.¹⁰⁴⁵

Asimismo, en el artículo 26 (*caput* y apartados 1 y 3) del mismo texto constitucional está definido que la «*República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional*», que el Estado dominicano «*(r)econoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado*» y que las «*relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional*».

Por lo tanto, estando la República Dominicana comprometida con la integración con la comunidad internacional, el respeto al *ius cogens* internacional es una consecuencia lógica. Igualmente es evidente que el reconocimiento de la validez del derecho internacional general implica la recepción de las normas del *ius cogens* internacional. Otrosí, la cláusula de respeto «*a los derechos humanos y al derecho internacional*» realza el compromiso de la República Dominicana con la aplicación automática de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional.

A su vez, en el artículo 4º de la Constitución brasileña de 1988, están establecidos los principios de la «prevalencia de los derechos humanos», de la «autodeterminación de los pueblos», de «no intervención», de la «igualdad de los Estados», de la «defensa de la paz», de la «solución pacífica de las controversias», y del «repudio al terrorismo y al racismo», entre otros. Esos principios, claramente, también son parte del conjunto normativo del *ius cogens* internacional y están automáticamente incorporados por el sistema constitucional brasileño.¹⁰⁴⁶

En todos los textos constitucionales aquí citados, las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional son incorporadas al propio texto constitucional,

¹⁰⁴⁵ El texto integral de la vigente Constitución (de 2010) de la República Dominicana está disponible en la siguiente página: <<http://www.suprema.gov.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf>>. Fecha de acceso: 15.9.2014.

¹⁰⁴⁶ El texto actualizado de la Constitución brasileña está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Fecha de acceso: 17.9.2014.

directa o indirectamente, así que esas normas pasan a estar explícitamente dotadas de la jerarquía constitucional.

9.3 Los sistemas jurídicos latinoamericanos que presentan jurisprudencia constitucional favorable a la integración de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional

En los sistemas jurídicos en que no encontramos cláusula específica — explícita— respecto a la integración interna de las normas del *ius cogens* internacional, debemos buscar en la jurisprudencia constitucional la respuesta a esa cuestión.

Examinando la jurisprudencia producida por América Latina, observamos que la doctrina y jurisprudencia internacional que plantea la existencia de un conjunto normativo fundamental, no susceptible de derogación por cualquier fuente normativa, fue bien recibida por los tribunales latinoamericanos. De hecho, encontramos en muchos precedentes de la jurisdicción constitucional latinoamericana la mención a la recepción del *ius cogens* internacional en los órdenes internos, en casos en que no hay expresa referencia constitucional a tal recepción automática o en casos en que el texto constitucional simplemente permita que se infiera, indirectamente, esa recepción normativa.

Ese parece ser el caso de Colombia. La Constitución colombiana, en su artículo 214.2, establece la vigencia, en el país, del derecho internacional humanitario. Aunque no esté expreso que las normas internacionales humanitarias (aplicables a los conflictos armados) sean incorporadas automáticamente, el mencionado texto constitucional ha permitido que la doctrina jurídica colombiana defienda la recepción automática de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional en el sistema constitucional colombiano, según nos narra Alejandro Ramelli Arteaga.¹⁰⁴⁷

La doctrina de la recepción automática de las normas de derechos humanos

¹⁰⁴⁷ Cfr. Alejandro Ramelli Arteaga: *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 306-7.

del *ius cogens* internacional fue acogida por la jurisprudencia constitucional colombiana. Uno de los primeros precedentes en este sentido fue la sentencia n° C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia. En esa sentencia, que trataba del examen de constitucionalidad de la ley nacional que incorporaba el Protocolo Adicional II de la Convención de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, la Corte colombiana no solo expresó que las normas del derecho internacional humanitario integran el *ius cogens* internacional sino también que las normas de derechos humanos en general son parte de ese conjunto normativo.¹⁰⁴⁸ De acuerdo con lo que está consignado en la sentencia, los convenios de derecho internacional humanitario «*hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana*».¹⁰⁴⁹

Podemos considerar que la Corte Constitucional de Colombia, en el fundamento jurídico 11 de la C-225/95, reconoció la aplicación interna (e incluso interacción con normas constitucionales) de las normas del *ius cogens* (entre ellas, las del derecho internacional humanitario). Lógicamente, si la Corte reconoció ser internamente aplicable la norma del *ius cogens* internacional, reconoció asimismo que tales normas fueron internamente incorporadas, a pesar de la ausencia de cualquier formalidad en este sentido. Contempló la Corte, otrosí, la incorporación automática e informal del *ius cogens* internacional cuando declaró, en el fundamento jurídico 22 de la sentencia, que las normas del Protocolo II a la Convención de Ginebra «*aparecen como una expresión convencional de principios de ius cogens que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano*».

Resuelto el primer problema (de la incorporación automática e informal), quedaba pendiente la segunda cuestión: ¿cuál sería el rango normativo de tales normas en el ámbito interno colombiano? Esa última cuestión fue así respondida en el fundamento jurídico 12 de la mencionada sentencia: las mencionadas normas internacionales de

¹⁰⁴⁸ El texto de la sentencia C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

¹⁰⁴⁹ Cfr. el fundamento jurídico 11 de la mencionada sentencia.

derechos humanos (aquí incluidas las normas del derecho internacional humanitario) integran el bloque de constitucionalidad de Colombia.

Como se puede percibir, la Corte Constitucional de Colombia, desde su precedente jurisprudencial de 1995, niveló el rango y eficacia de las normas internacionales de derechos humanos que se integran en el país. Tanto las normas consuetudinarias del *ius cogens* internacional como las normas convencionales de derechos humanos prevalecen en el orden interno y están integradas en bloque de constitucionalidad colombiano.

En la jurisprudencia constitucional de Argentina, también tenemos precedentes en el sentido de que las normas internacionales de derechos humanos que integran el *ius cogens* internacional son incorporadas automáticamente por la Constitución con el rango constitucional. En el caso conocido como fallo «Arancibia Clavel», la Corte Suprema Argentina adoptó tal enfoque jurídico cuando tuvo que examinar la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. En dicho caso concreto, el imputado Enrique Lautaro Arancibia Clavel (un agente criminal del general chileno Augusto Pinochet) había sido condenado a la pena de reclusión perpetua por su participación en crímenes de homicidios y asociación ilícita cometidos en circunstancias de graves violaciones de derechos humanos; sin embargo, se declaró la prescripción de la acción penal (respecto al crimen de asociación criminal).

Siendo dicho caso llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, esta, por medio de su sentencia de 24 de agosto de 2004¹⁰⁵⁰, consideró los crímenes cometidos por Arancibia Clavel (incluso la asociación ilícita) como siendo crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles, de acuerdo con el artículo 1º de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968. Lo que pasa es que los crímenes cometidos por Arancibia Clavel (entre 1974 y 1978) son anteriores a la ratificación de la mencionada convención por el Estado de Argentina. Por eso, había sido declarada la prescripción por la Cámara de Casación (el tribunal *a quo*). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia entendió que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad es una regla de

¹⁰⁵⁰ La mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 183-97.

protección de los derechos humanos, de la costumbre jurídica internacional, que integra el *ius cogens* internacional y que, por eso, fue incorporada automáticamente por el sistema jurídico argentino antes de la propia ratificación de la convención de 1968 (el mismo raciocinio, según la Corte Suprema, vale para la prohibición de la desaparición forzada de personas). De esta manera, dicha ratificación nada más significaría que la reafirmación y consolidación de la aceptación de una norma de derechos humanos que ya era válida cuando fueron cometidos los crímenes por Arancibia Clavel.

El tema de la recepción automática del *ius cogens* internacional fue retomado por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina un año después, el 2 de noviembre de 1995, en el fallo sobre la solicitud de extradición de Erich Priebke, enjuiciado por la República de Italia por el hecho de promover actos de genocidio.¹⁰⁵¹ Revocando la sentencia apelada, la Corte Suprema entendió que «*la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del derecho internacional*».¹⁰⁵²

En Chile, tenemos un precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en el mismo tema de los crímenes de lesa humanidad, en que está reconocida la aplicación automática e inequívoca de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional. Así está registrado en la sentencia del 13 de marzo de 2007 que decidió el recurso de casación en el caso del homicidio cualificado de *Manuel Tomás Rojas Fuentes*:¹⁰⁵³

Que, la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

¹⁰⁵¹ La mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 2, 2007, pp. 3-4.

¹⁰⁵² Cfr. *ibidem*, cuarto considerando, p. 4.

¹⁰⁵³ El texto de la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 3, 2008, pp. 95-118.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo, el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

En el caso *Manuel Tomás Rojas Fuentes* de la Corte Suprema de Justicia de Chile, así como en otros casos semejantes de la jurisprudencia latinoamericana de derechos humanos, el reconocimiento de la recepción automática y aplicación inmediata de las normas del *ius cogens* internacional fue importante para garantizar la imprescriptibilidad de crímenes considerados de lesa humanidad e impedir también la producción de efectos jurídicos por las leyes de amnistía o de «punto final», que no deben y no pueden alcanzar dichos delitos.

En el mismo sentido, e incluso basándose en la jurisprudencia constitucional comparada latinoamericana, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay también admitió que el derecho internacional consuetudinario establece la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en una sentencia del 5 de mayo de 2008, que decidió la cuestión de fondo de una excepción de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía a fin de garantizar la punición de imputados por el crimen de tortura (en situación de violación de derechos humanos sistemática y a gran escala) e impedir la aplicación de normas del Código Procesal Penal que determinarían la prescripción de la pretensión punitiva.¹⁰⁵⁴ De ese modo, aunque no haya mencionado expresamente el concepto de *ius cogens* internacional, también la Corte Suprema de Justicia de Paraguay aplicó, de forma integrada a la Constitución, normas internacionales del *ius cogens* en favor de la protección de los derechos humanos.

A modo de síntesis, podemos observar la existencia de diversos precedentes de la jurisprudencia constitucional latinoamericana indicando la integración automática e informal de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional en los sistemas jurídicos internos. En todos esos casos que citamos, las mencionadas normas internacionales perentorias fueron aplicadas a fin de rechazar la aplicación de leyes consideradas inválidas. Por lo tanto, podemos concluir también que las cortes constitucionales latinoamericanas han reconocido, en las sentencias examinadas, el carácter supralegal o incluso *constitucional* de esas normas del *ius cogens* internacional

¹⁰⁵⁴ El texto de la mencionada la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 4, 2008, pp. 4-19.

incorporadas internamente.

9.4 Una solución adecuada para la integración normativa de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional en los sistemas constitucionales latinoamericanos

Conforme hemos visto, en muchos sistemas constitucionales latinoamericanos, ya hay claras señales de aceptación de la recepción automática e informal de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional. Sin embargo, debemos nos indagar sobre qué solución debemos proponer para los sistemas que no presentan cualquier regla clara respecto a tal recepción. Para alcanzar esa finalidad, debemos registrar algunas consideraciones sobre lo que ya examinamos en la presente tesis.

En primer lugar, debemos observar que no solo todos los Estados latinoamericanos comparten valores constitucionales comunes, sino también que reproducen, en sus textos constitucionales, el mismo grupo básico de reglas de derechos humanos. Esas reglas son complementadas por diversos tratados internacionales de derechos humanos que fueron, *grosso modo*, ratificados por el mismo grupo de Estados de América Latina.

Igualmente, todos los Estados latinoamericanos firmaron la DUDH y la Declaración Americana de Derechos Humanos, lo que demuestra que esos Estados comparten de una misma visión común supranacional respecto a la necesidad de respeto a la dignidad humana y de garantía de los derechos básicos de todos los seres humanos. Otrosí, no hay contradicción entre tal perspectiva común humanitaria y el histórico de violaciones de derechos humanos en la región; tales violaciones (como realidad del mundo óntico) fortalecieron la concientización latinoamericana respecto a la necesidad de lucharse para la protección de los derechos humanos (de forma parecida a lo que pasó en todo el mundo, después de las atroces violaciones de derechos humanos de la Segunda Guerra Mundial).

En segundo lugar, también hace falta constatar que todas las constituciones latinoamericanas están fundamentadas, ante todo, en la dignidad humana y, por lo tanto, prometen primar por el respeto a los derechos humanos. Ese compromiso constitucional con el respeto absoluto de la dignidad humana determina, lógicamente, que también un núcleo mínimo de normas de derechos humanos debe ser respetado por el Estado, de modo fundamental.

Las consideraciones que apenas señalamos nos conduce ya a dos conclusiones: (i) el método hermenéutico comparativo que aprovecha las soluciones del derecho comparado latinoamericano debe ser empleado, en favor de la doctrina de la recepción automática e informal de las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional en los sistemas constitucionales de América Latina; (ii) tal núcleo mínimo de normas internacionales de derechos humanos debe ser considerado fundamental en las constituciones latinoamericanas.

Sobre ese segundo punto a que hicimos referencia (la fundamentalidad constitucional del *ius cogens* internacional), hace falta aseverar que no solo un núcleo básico de normas internacionales de derechos humanos debe ser incorporado automáticamente por los Estados latinoamericanos (que tienen sus sistemas arrimados en el respeto absoluto de la dignidad humana), sino también que esas normas deben ser respetadas en todas las circunstancias, incluso en las situaciones de excepción, de crisis constitucional. Esas normas elementales configuran el núcleo de identidad de todo y cualquier sistema jurídico democrático y humanitario y, por eso, deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia.

Las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional, tal y como las hemos descrito, se identifican con el núcleo duro de los derechos humanos, es decir, con el conjunto básico de normas de derechos humanos que deben ser respetados fundamentalmente en el orden internacional y en el orden nacional. Ese núcleo duro de los derechos humanos, que ya se encuentra básicamente reproducido en las constituciones latinoamericanas, integra, como ya mencionamos, el núcleo de identidad de las mismas constituciones. Por eso, tales normas no solo son fundamentales y deben gozar del rango constitucional (es decir, componer el bloque de constitucionalidad de los Estados latinoamericanos), sino que también deben ser consideradas una parte del núcleo

irreformable de las mencionadas constituciones; son, en otras palabras, «cláusulas pétreas», cláusulas irreformables, intangibles, inmutables, inmunes a toda y cualquier tentativa de reforma constitucional.¹⁰⁵⁵

Por último, el respeto a las normas del *ius cogens* internacional, especialmente las normas nucleares de los derechos humanos, como ya hemos afirmado anteriormente, es una condición necesaria para la legitimación externa del Estado y para su participación en la comunidad internacional. Así, los Estados latinoamericanos, cuando se comprometen, en sus textos constitucionales, a la integración y la cooperación con la comunidad internacional, están también comprometiéndose constitucionalmente con el respeto a los principios y reglas del *ius cogens* internacional.

En resumen, registramos nuestras conclusiones: (i) aunque no se encuentre, en algunos textos constitucionales latinoamericanos, una mención directa o indirecta respecto a las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional, tales normas deben ser consideradas automática e informalmente incorporadas por tales sistemas constitucionales; (ii) ese mismo grupo de normas, que simbolizan el núcleo duro de los derechos humanos, está incorporado por los Estados latinoamericanos con el rango constitucional; (iii) las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional integradas a los sistemas constitucionales latinoamericanos forman parte del núcleo de identidad de las constituciones y, por eso, son irreformables, siendo cláusulas pétreas en tales sistemas.

9.5 La integración y el rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos: la perspectiva internacional

Cuando se indaga sobre el rango normativo de las normas supranacionales de derechos humanos (así como de las normas internacionales como un todo), las

¹⁰⁵⁵ Para George Rodrigo Bandeira Galindo, el *ius cogens* internacional no solo limita el poder constituyente reformador sino que también limita el poder constituyente originario, siendo, por lo tanto, un conjunto de normas supraconstitucionales. Cfr. George Rodrigo Bandeira Galindo: *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 115.

respuestas pueden ser divergentes, dependiendo de la perspectiva interna o internacional (o también monista, dualista o moderada) adoptada por quien contesta a esa cuestión.

Desde la perspectiva internacional, conforme ya hemos observado, las normas nacionales no pueden ser invocadas contra la validez de normas internacionales.¹⁰⁵⁶ Así, de acuerdo con la doctrina y práctica internacional, las normas internacionales están dotadas de primacía cuando confrontadas por las normas domésticas. Teóricamente, es posible que los Estados rechacen tal principio jurídico e insistan en negar el rango supralegal de las normas internacionales (aun cuando estas son introducidas regularmente en los sistemas internos). Sin embargo, la negación de la primacía jurídica internacional compromete la armonía internacional y puede aislar el Estado en la sociedad internacional. Por lo tanto, cuando haya espacio jurídico de interpretación en los sistemas nacionales para afirmar la supralegalidad de las normas internacionales, es conveniente para el propio Estado (preocupado con la armonía y cooperación internacional) que reconozca tal superioridad normativa.

Por otro lado, como también ya verificamos, el núcleo duro de normas de protección de los derechos humanos es considerada, globalmente, como un conjunto normativo incluido en el *ius cogens* internacional, es decir, en el núcleo de normas fundamentales del sistema jurídico internacional que no admiten cualquier derogación, pues no están disponibles para la manifestación de soberanía política-normativa de los Estados. Así, desde esa perspectiva, tampoco sería admisible que las normas internacionales de derechos humanos del «núcleo duro» sean jerárquicamente inferiores a cualquier especie de norma nacional (incluso constitucional).

Sin embargo, examinando la historia de la jurisprudencia y los textos constitucionales de los Estados latinoamericanos, verificamos que no siempre la primacía internacional fue reconocida de forma pacífica (política o jurídicamente). De una forma u otra, este tema del conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno era, hasta hace pocos años, decidido independientemente de la presencia de normas de derechos humanos. De hecho, solo recientemente los tribunales constitucionales latinoamericanos pasaron a dedicar una atención y solución especial a los conflictos normativos —aparentes

¹⁰⁵⁶ Cfr. el artículo 46 de la CVDT.

o reales— que envuelven normas de derechos humanos.

Igualmente, como veremos a continuación, cuando examinamos la evolución de la jurisprudencia constitucional latinoamericana sobre ese tema, percibiremos que la perspectiva internacional sobre el rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos no siempre encontró resonancia en las constituciones y las jurisprudencias constitucionales de la América Latina. Sin embargo, percibiremos también, por otro lado, la existencia de una clara evolución en ese tema, sea en los textos constitucionales, sea en los precedentes jurisprudenciales, evolución esta que empieza por la equiparación de los tratados internacionales de derechos humanos a las leyes internas y termina (o a lo mejor aún terminará) con el reconocimiento del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos que se integran en los sistemas normativos internos.

9.6 La aplicabilidad y el rango de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil

9.6.1 Los textos constitucionales brasileños pre-1988

Es posible afirmar que, hasta la Enmienda Constitucional 45/2004, el rango normativo de los tratados internacionales en el sistema jurídico interno nunca estuvo expresamente definido en los textos constitucionales de Brasil. Las constituciones que ya no están vigentes en Brasil no decían nada sobre el *status* jerárquico de tales pactos internacionales o incluso sobre su aplicabilidad. Estaban registrados en las cartas constitucionales brasileñas de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 y 1967/69 solamente los órganos del Estado de Brasil que podrían celebrar, aprobar y/o ratificar los tratados internacionales. Igualmente, nada se establecía sobre una posible fuerza normativa especial

de las normas internacionales de derechos humanos.¹⁰⁵⁷

Sin embargo, en la Constitución de 1967, modificada por la Enmienda Constitucional 1/69, que trataba de legitimar el Estado dictatorial militar de aquel entonces, estaba presente un precepto que fue utilizado a fin de justificar la teoría de la equivalencia normativa de las leyes ordinarias de Brasil y los tratados internacionales ratificados por el Estado brasileño. En su artículo 119, III, «a» y «b», se establecía que compete al Supremo Tribunal Federal (tribunal máximo del país y guardián de la Constitución) conocer los recursos extraordinarios cuando el fallo recurrido de los tribunales (i) «*niega vigencia al tratado a la ley federal*» o cuando (ii) «*declara la inconstitucionalidad de tratado o ley federal*».¹⁰⁵⁸

Conforme veremos a continuación, dicha norma de competencia del Supremo Tribunal Federal fue interpretada por este mismo tribunal en el sentido de que el «tratado» (internacional) está dotado del mismo rango normativo que la «ley federal». Dicha interpretación constitucional, que estaba apegada al sentido literal de las palabras en la Constitución, consideraba el tratado internacional en su forma jurídica, no teniendo en consideración el contenido de las normas internacionales incorporadas al orden jurídico interno.

9.6.2 La jurisprudencia constitucional brasileña pre-1988

Conforme ya explicamos, las constituciones históricas brasileñas, desde la Carta otorgada de 1824 hasta la «Constitución ciudadana» de 1988, nunca han dedicado mucha atención al tema de la jerarquía de las fuentes normativas en el sistema jurídico interno; tampoco han tratado, explícitamente, del rango especial de las normas

¹⁰⁵⁷ Paradójicamente, la expresión «derechos humanos» solo surgió en el texto constitucional brasileño por medio de la Enmienda Constitucional 1/69 (art. 152, § 1º, I), que fue promulgada mientras se imponía, en Brasil, un severo régimen dictatorial.

¹⁰⁵⁸ Si, por una parte, la doctrina del rango legal en Brasil no atribuye una fuerza normativa especial a los tratados internacionales de derechos humanos en el país, por otra parte esa misma doctrina reconoce que los tratados internacionales (reservadas las normas expresas en contrario) producen efectos inmediatos en el sistema jurídico interno (después de su aprobación, ratificación y promulgación interna, por decreto presidencial), tal como los producirían si fuesen leyes en sentido formal.

internacionales de derechos humanos. Por tal motivo, las discusiones respecto a esas cuestiones jurídicas se han desarrollado de forma más esclarecedora en el seno de la jurisprudencia.

Considerando la anterior inexistencia de norma constitucional literal respecto al rango normativo de las normas internacionales, observamos que, en la jurisprudencia más antigua del Supremo Tribunal Federal (el STF, que ejerce las competencias —entre otras— de un tribunal constitucional en ese país), era posible encontrar decisiones en el sentido de que las normas de los tratados internacionales —sean de derechos humanos o no— gozan de primacía ante las normas infraconstitucionales brasileñas. Otras sentencias, sin embargo, apuntan exactamente en el sentido contrario: la equivalencia de rango entre leyes y tratados internacionales.

Entre los primeros casos que pudimos examinar, observamos que el rango supralegal estaba reconocido en la sentencia («*acórdão*») del STF en el *habeas corpus* (HC) 24637/DF¹⁰⁵⁹, que quedó firme en 1932 y fue publicada en el Diario de Justicia de 10 de enero de 1934. En aquel entonces, la más alta de corte de justicia de Brasil declaró que las normas internacionales, cuando están internalizadas en Brasil, excluirían la aplicación de las normas legales en contrario.¹⁰⁶⁰

Esa orientación jurisprudencial firmada en el HC 24637/DF, pese a estar sólidamente fundamentada, no era ajena a los cambios, dependiendo de la formación de los jueces del tribunal. Lo demuestra la aprobación por el STF, en 1963, de la «*súmula*» (enunciado jurisprudencial) 88¹⁰⁶¹, que trató de declarar válida y eficaz la Ley federal 3244/57, que modificó el Acuerdo General sobre las Tarifas Aduaneras y el Comercio (GATT), lo cual fue introducido en Brasil por medio de la Ley federal 313/48.

El enunciado jurisprudencial 88 del STF estuvo fundamentado en cuatro precedentes: el mandado de seguridad 5798/SP¹⁰⁶², decidido el 1º de septiembre de 1958;

¹⁰⁵⁹ El relator de HC 24637/DF fue el Ministro Laudo de Camargo.

¹⁰⁶⁰ En ese sentido, si la aplicación de las leyes nacionales fuera excluida, las normas internacionales gozarían, materialmente, de un rango supralegal.

¹⁰⁶¹ El texto de la «*súmula*» 88 del STF está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=88.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Fecha de acceso: 7.1.2014.

¹⁰⁶² La sentencia («*acórdão*») del STF en el mandado de seguridad 5798/SP está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=106192>>.

el agravo en mandado de seguridad 8598/SP¹⁰⁶³, decidido el 11 de octubre de 1961; el recurso ordinario en el mandado de seguridad 8902/PR¹⁰⁶⁴, también decidido el 11 de octubre de 1961; y el recurso ordinario en mandado de seguridad 11021/SP¹⁰⁶⁵, decidido el 22 de abril de 1963.

En todos los cuatro mencionados precedentes jurisprudenciales, los demandantes de los procesos judiciales defendían que el tratado internacional (el GATT), por estar dotado de primacía, no podría ser derogado por una ley federal posterior. La primacía de la norma internacional, por lo tanto, estaba en cuestión. Sin embargo, en los mencionados precedentes, el STF, sin adentrar muy profundamente en el tema de la confrontación entre normas internas e internacionales (o incluso presuponiendo que ese conflicto ni siquiera existía en los casos concretos), rechazó las pretensiones deducidas en juicio, reconociendo, simplemente, que la ley federal posterior había derogado la ley anterior que introducía el GATT en el sistema jurídico brasileño.

En el mismo sentido, en 1977 (o sea, también antes del presente orden constitucional de Brasil), hubo un importante marco en la jurisprudencia constitucional brasileña. Decidiendo el recurso extraordinario (RE) 80004/SE, el 1º de junio de 1977¹⁰⁶⁶, el STF consolidó su jurisprudencia en el sentido de que todos los tratados internacionales tienen el mismo rango normativo de las leyes.

El caso concreto decidido, una vez más, trataba de cuestiones de derecho mercantil; en el RE 80004/SE, estaba en discusión la aplicación de la Convención de Ginebra que instituía la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias. Concretamente, se discutía si el decreto-ley 427/69 —posterior a la mencionada ley

Fecha de acceso: 7.1.2014.

¹⁰⁶³ La sentencia («acórdão») del STF en el agravo en mandado de seguridad 8598/SP está disponible en la siguiente página: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325504>>. Fecha de acceso: 7.1.2014.

¹⁰⁶⁴ La sentencia («acórdão») del STF en el recurso ordinario en el mandado de seguridad 8902/PR está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=23778>>. Fecha de acceso: 7.1.2014.

¹⁰⁶⁵ La sentencia («acórdão») del STF en el recurso ordinario en el mandado de seguridad nº 11021/SP está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=23778>>. Fecha de acceso: 7.1.2014.

¹⁰⁶⁶ La sentencia («acórdão») del STF en el RE 80004/SE está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Fecha de acceso: 7.1.2014.

uniforme— podría derogar, en el sistema interno brasileño, las normas de la Convención de Ginebra que trataban del mismo tema del decreto-ley.

El voto del juez/ministro Xavier de Albuquerque, que funcionaba como ponente —«relator»— del proceso, fue en favor de la vigencia y eficacia de la Convención de Ginebra. De acuerdo con su voto, *«el Supremo Tribunal viene decidiendo, reiteradamente, que las Leyes Uniformes adoptadas por las Convenciones de Ginebra se incorporan al derecho interno»* y existía una *«antigua orientación de nuestra jurisprudencia en favor de la primacía de las normas internacionales sobre el derecho interno»*.¹⁰⁶⁷

Aunque el voto del juez-ponente Xavier de Albuquerque hubiese decidido en favor de la primacía de la norma internacional, la mayoría de los jueces del STF estimó el recurso extraordinario y decidió en favor de la validez de la norma interna posterior, acompañando las razones del juez Cunha Peixoto.

En su voto-vista, el juez Cunha Peixoto hizo hincapié en la doctrina dualista de los sistemas jurídicos internacional e interno. Citando expresamente fragmentos del jurista alemán Heinrich Triepel (principal «opositor» del monismo kelseniano), Cunha Peixoto defendió que el sistema brasileño sería dualista, es decir, que la norma internacional no se trasformaría en norma nacional, aunque, en el caso de la Convención de Ginebra que instituía la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias, el Congreso Nacional haya aprobado debidamente el tratado internacional y el Presidente de la República haya promovido la debida publicación, por medio de un decreto presidencial regular. Expresando un dualismo extremado (y quizá un nacionalismo exacerbado), Cunha Peixoto defendió que un tratado internacional no introduce normas jurídicas en los sistemas jurídicos nacionales porque la norma internacional debería obligar a los Estados y no a los ciudadanos.

Según lo que entendía el juez Cunha Peixoto, las normas internacionales poseen naturaleza jurídica distinta de la naturaleza de las normas internas, lo que excluiría incluso la posibilidad de existencia de conflictos jurídicos entre normas internas e internacionales; por lo tanto, a fin de que tales normas internacionales pudiesen también

¹⁰⁶⁷ Cfr. el voto del juez Xavier de Albuquerque, cuarto párrafo.

ser aplicadas por las autoridades nacionales, haría falta una traducción legal, es decir, sería necesario que el legislador interno convirtiese el contenido de las normas internacionales en normas legales.

Siguiendo dicho raciocinio en su fundamentación, el juez Cunha Peixoto, en su mismo voto en el famoso RE 800004/SE, alegó que, aunque se olvide la doctrina dualista y se comprenda que la Convención de Ginebra ingresó en el sistema jurídico brasileño como norma válida y eficaz, a tal convención debería ser atribuido el mismo rango de las leyes ordinarias, ya que, de acuerdo con su raciocinio, concluir en favor de la superioridad de la convención sería lo mismo defender que existirían «superleyes» en el sistema jurídico brasileño, leyes que no podrían ser suprimidas por otras leyes y que solo podrían ser alteradas por la voluntad del jefe del Poder Ejecutivo de denunciar el tratado internacional, lo que atentaría contra la Constitución política de Brasil.¹⁰⁶⁸

Otrosí, Cunha Peixoto cuestionó la constitucionalidad del artículo 98 del Código Tributario Nacional brasileño, que reconoce expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales, y defendió que, si no es inconstitucional la norma de tal código, ella solo puede ser aplicada a los tratados internacionales «contractuales», pero no a los «normativos».¹⁰⁶⁹

Complementando el voto del juez Cunha Peixoto, el juez Cordeiro Guerra reconoció la vigencia, como norma interna brasileña, de la Convención de Ginebra que instituía la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias, tal y como ya había sido reconocido por el propio Supremo Tribunal Federal en el recurso extraordinario (RE) 71154/PR (decidido el 4 de agosto de 1971). Sin embargo, defendió que, con respeto a la soberanía brasileña, tal tratado internacional no estaba a salvo de alteraciones normativas promovidas por el Poder Legislativo de Brasil. Además de eso, tal conclusión —que sería compartida en muchos otros países, incluso en los Estados Unidos de América— sería compatible con el texto (art. 119, III, «b») de la Constitución brasileña vigente en aquel entonces¹⁰⁷⁰, que confería poderes al Supremo Tribunal Federal para declarar la

¹⁰⁶⁸ Cfr. el voto-vista del juez Cunha Peixoto, tópico 7.

¹⁰⁶⁹ Cfr. el voto-vista del juez Cunha Peixoto, tópico 8.

¹⁰⁷⁰ El texto de la Constitución brasileña de 1967, enmendada en 1969 (durante el régimen dictatorial) está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Fecha

inconstitucionalidad de cualquier «*tratado o ley federal*».

Por su parte, el juez Leitão de Abreu, en el mismo juicio del RE 80004/SE, profiriendo un voto quizá *sui generis*, siguió algunos razonamientos del voto del ponente, el juez Xavier de Albuquerque. No obstante, como veremos, en sus conclusiones, Leitão de Abreu se adhirió a la decisión de los jueces Cunha Peitoxo y Cordeiro Guerra.

Leitão de Abreu empezó su voto fundamentando que el Supremo Tribunal Federal, en el *leading case* citado por el juez Cordeiro Guerra (RE nº 71 154/PR) ya había asentado que los tratados internacionales no exigen una doble manifestación del Congreso Nacional en Brasil, es decir, que no sería necesario que el Congreso Nacional aprobase el tratado internacional firmado por el Presidente de la República y después produjese otro título normativo —una ley formal— con el mismo contenido, a fin de conferir validez internas a las normas internacionales.¹⁰⁷¹ Esa doble manifestación, además de ser contraproducente, no sería demandada por ninguna norma constitucional brasileña, según fundamentó Leitão de Abreu.

Otrosí, el mismo juez Leitão de Abreu aprovechó dicho soporte jurisprudencial para deducir que sería consecuencia lógica de la jurisprudencia consagrada del STF que las normas internacionales, una vez introducidas válidamente en Brasil, no podrían ser «derogadas» por las leyes internas, ya que, de otro modo, estaría desfigurada la naturaleza del tratado internacional.

Respecto al argumento literal del juez Cordeiro Guerra, de que el texto constitucional (art. 119, III, «*b*»), al establecer el control de constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, estaría igualando el rango normativo de las dos especies jurídicas, Leitão de Abreu contraargumentó que tal norma de la Constitución brasileña no equipara leyes y tratados, pero simplemente establece que las leyes y los tratados internacionales están ambos sujetos a la declaración de inconstitucionalidad.¹⁰⁷²

Por último, el juez Leitão de Abreu, adhiriéndose a la doctrina acogida por el juez Xavier de Albuquerque, también preconizó que los tratados internacionales no

de acceso: 8.1.2014.

¹⁰⁷¹ Cfr. el voto-vista del juez Leitão de Abreu, tópico 2.

¹⁰⁷² Cfr. el voto-vista del juez Leitão de Abreu, tópico 5.

pueden ser derogados por las leyes porque solo existe una forma válida (principalmente desde su perspectiva monista) de derogar los tratados internacionales: la denuncia del propio tratado.¹⁰⁷³

A pesar de todos esos fundamentos, que parecen llevar a la conclusión del juez Xavier de Albuquerque (la primacía del tratado internacional sobre la ley nacional), Leitão de Abreu dio la razón en parte a los jueces Cunha Peitoxo y Cordeiro Guerra. Lo hizo con el fundamento de que así como la Constitución brasileña no autorizaría la derogación de tratados internacionales por leyes internas, tampoco existiría norma constitucional que admitiese la declaración de invalidez de una norma interna debido a su ofensa a una norma internacional (lo que muchos hoy denominan de «control de convencionalidad»). Por ese motivo, a su juicio, una ley brasileña posterior a un tratado internacional, aunque su contenido contradiga el contenido de este último, debe ser obedecida, lo que no significaría que el tratado internacional haya sido, con eso, derogado o denunciado.¹⁰⁷⁴

En la continuación de los debates en el importante RE 80004/SE, el juez Rodrigues Alckmin, al que igual que otros jueces que lo precedieron, reconoció que, debido al *leading case* RE 71154/PR, el STF adoptó la doctrina monista y tiene jurisprudencia en el sentido de que la Constitución brasileña no demanda la existencia de una doble manifestación del Poder Legislativo (la aprobación y promulgación del tratado y la edición de una ley específica) para la incorporación de normas internacionales. Sin embargo, Rodrigues Alckmin acompañó a la mayoría de los demás jueces y decidió que, en el sistema jurídico brasileño, el tratado internacional tiene el mismo rango normativo que las leyes nacionales y puede ser derogado por estas. Como fundamento de su voto, el juez Rodrigues Alckmin argumentó, en resumen, que, a diferencia de otras constituciones del derecho comparado, la Constitución brasileña no presenta regla expresa sobre la superioridad jerárquica de las normas internacionales. En un sentido semejante, y con la misma conclusión, estuvo el voto del juez Carlos Thompson Flores.

También el juez Antonio Neder votó con la mayoría de los demás miembros del STF. Sin embargo, la fundamentación de su voto fue distinta. Según Neder, sería

¹⁰⁷³ Cfr. *ibidem*.

¹⁰⁷⁴ Cfr. *ibidem*.

posible compatibilizar la interpretación del tratado internacional y de la ley nacional en cuestión. Siendo posible armonizar la norma internacional y la nacional, no sería necesario declarar la invalidez o derogación de ninguno de los diplomas normativos.

De una forma más breve, el juez Eloy da Rocha también acompañó la mayoría de sus pares en la conclusión del RE 80004/SE, pero también bajo un fundamento diferente. De acuerdo con el voto del juez Eloy da Rocha, el tratado internacional goza de un rango normativo superior al de las leyes. Sin embargo, a su entender, el tratado internacional examinado en el caso concreto no estaría en conflicto con la ley nacional impugnada.

El juez Bilac Pinto también acompañó la mayoría; sin embargo, no encontramos la fundamentación de su voto en el proceso.

Como bien podemos observar desde el examen de los votos de los jueces del Supremo Tribunal Federal de Brasil en el juicio del RE 80004/SE, de los nueve magistrados que votaron (los jueces Djaci Falcão y Moreira Alves no votaron), solo cuatro miembros del tribunal (los jueces Cunha Peitoxo, Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin y Carlos Thompson Flores) expresaron la opinión de que los tratados internacionales tienen —o tenían—, en el sistema jurídico brasileño, el mismo rango normativo que las leyes federales. Los otros cinco magistrados que participaron en la votación o fueron vencidos en la votación, o justificaron sus votos con otros fundamentos que no la equivalencia jerárquica entre tratados internacionales y leyes nacionales.

A pesar de la diversidad de votos que compusieron el *leading case* del RE 80004/SE, dicha sentencia del Supremo Tribunal Federal ha, desde aquel entonces, influenciado la doctrina y jurisprudencia brasileña en favor de la interpretación de que los tratados internacionales, en Brasil, gozarían de un *status* meramente legal.

Meses después de la sentencia del RE 80004/SE, el 15 de septiembre de 1977, el Supremo Tribunal Federal volvió al tema de la jerarquía normativa de los actos normativos internacionales. Decidiendo la representación 803/DF¹⁰⁷⁵, el Supremo Tribunal

¹⁰⁷⁵ El texto de la sentencia del Supremo Tribunal Federal en la representación 803-DF está disponible en la siguiente página: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263608>>. Fecha de acceso: 2.8.2014.

brasileño falló sobre la posible inconstitucionalidad de los decretos que aprobaron y promulgaron, en Brasil, la Convención 110 de OIT, que trata de las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, estableciendo derechos humanos para trabajadores en situaciones potencialmente vulnerables.¹⁰⁷⁶ Entre los derechos garantizados por esa convención, está la libertad sindical (artículos 62 al 70) y otros derechos vinculados a esa libertad. En su fallo sobre dicha representación, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad parcial de la Convención 110 de la OIT, oponiéndose a la opinión ofrecida por el Procurador General de la República, que defendía la validez de las normas internacionales.

Según expuso el juez Djaci Falcão en su voto (en la representación 803/DF), no se negaba que las reglas de los tratados internacionales ratificados de acuerdo con las normas constitucionales del país ingresan en el sistema jurídico interno plenamente. Sin embargo, el mismo juez constitucional brasileño entendió que tales normas internacionales no son válidas si violan una norma constitucional material. Otrosí, a juicio de Djaci Falcão, sería inconstitucional la autorización para la Constitución de sindicatos «sin autorización previa», derecho humano este que está garantizado en el artículo 62 de la Convención 110 de la OIT.¹⁰⁷⁷ También a su juicio, sería inconstitucional la regla que prohíbe la disolución y suspensión administrativa de los sindicatos.

El voto del juez Djaci Falcão fue seguido por los demás magistrados, que declararon la inconstitucionalidad parcial de la importante Convención 110 de la OIT, que garantiza diversos derechos humanos a los trabajadores rurales.

La sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la representación 803-DF debe ser contextualizada históricamente. Dicho fallo fue emitido mientras vivía el país una situación política antidemocrática, de dictadura militar. Los movimientos sociales empezaban a presionar en favor de la apertura política y muchas guerrillas rurales todavía se desarrollaban —o sobrevivían— en América Latina. Por eso, la sujeción de los sindicatos rurales al Estado interesaba mucho al gobierno dictatorial brasileño. El Supremo Tribunal Federal, a su vez, no parecía tener la fuerza institucional y política necesaria para

¹⁰⁷⁶ El texto de la convención 110 de la OIT está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312255. Fecha de acceso: 2.8.2014.

¹⁰⁷⁷ Cfr. el voto del juez Djaci Falcão en la representación 803-DF, p. 5.

frenar la voluntad gubernamental y garantizar los derechos humanos de los individuos y grupos sociales del Brasil de aquel entonces.

En síntesis, debemos concluir que, antes de la Constitución de 1988, no había en la jurisprudencia constitucional brasileña el reconocimiento de la fuerza normativa especial de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil.

9.6.3 La Constitución de la República de 1988

La Constitución brasileña de 1988 es el marco jurídico fundamental de un Estado que se redemocratizó. El proceso de redemocratización se inició en 1985, con la elección del primer Presidente de República civil desde la deposición del Presidente João Goulart, en 1964. Dicho proceso de vuelta a la democracia solo se consolidó con el nuevo texto constitucional, que representó, a un solo tiempo, un nuevo pacto político y social y un proyecto nacional para la instauración de un nuevo Estado Democrático de Derecho en Brasil.

La piedra fundamental de esta nueva pirámide normativa construida desde 1988 es el fundamento de la dignidad humana, que está dispuesto en el artículo 1, III, de la Constitución de Brasil como fundamento de la República.¹⁰⁷⁸ El respeto absoluto de la dignidad humana, como sabemos, es también el fundamento de todos los sistemas de derechos humanos. Por lo tanto, podemos concluir que existe una identidad de fundamentos entre el sistema constitucional brasileño y los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos.

La Constitución de 1988 también innovó cuando estableció, en su artículo 4º, II, que la República Federativa de Brasil debe estar regida en sus relaciones internacionales por, entre otros, el *principio de la prevalencia de los derechos humanos*.

¹⁰⁷⁸ La mención a la dignidad humana, en Brasil, no es una novedad introducida por primera vez por la Constitución de 1988. Sin embargo, en esa Constitución, el respeto absoluto a la dignidad humana fue elevado a fundamento de la República y del sistema constitucional, pasando a encarnar el núcleo axiológico de la propia Constitución.

Según Flávia Piovesan, ese principio, aunque esté ubicado entre los principios constitucionales de las relaciones internacionales, también presenta un significado interno, cual sea, la apertura del sistema constitucional al orden internacional de derechos humanos, lo que conlleva la «búsqueda de la plena integración» de las normas internacionales de derechos humanos con las normas del sistema constitucional brasileño.¹⁰⁷⁹ También a su juicio, «ese principio invoca la apertura del orden jurídico brasileño al sistema internacional de protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, exige una nueva interpretación de los principios tradicionales, como la soberanía y la no intervención, imponiendo la flexibilización y relativización de esos valores».¹⁰⁸⁰

Combinando los artículos 1º, III, y 4º, II, de la Constitución de Brasil (tal como son interpretados, entre otros, por Flávia Piovesan) y con el artículo 5º, párrafo 2º, del mismo texto constitucional, una parte significativa de la doctrina jurídica brasileña defiende que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil pueden añadir nuevos derechos fundamentales que pasan a gozar del rango constitucional. Veamos el contenido del mencionado artículo 5º, párrafo 2º:

Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los términos siguientes:

...

§ 2º — Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.¹⁰⁸¹

El párrafo 2º del artículo 5º que aquí transcribimos pone de manifiesto que la Constitución brasileña garantiza no solo los derechos expresos en su texto o asimismo los derechos «*derivados del régimen y de los principios por ella adoptados*», sino también los derechos y garantías derivados «*de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte*». Entre esos derechos no puede haber jerarquía o privilegios; todos deben ser igualmente protegidos a fin de que prevalezcan los derechos humanos y prevalezca el respeto absoluto de la dignidad humana.

¹⁰⁷⁹ Cfr. Flávia Piovesan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, ob. cit. pp. 95-96.

¹⁰⁸⁰ Cfr. Flávia Piovesan: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, ob. cit. p. 437.

¹⁰⁸¹ Traducción libre.

De esa forma, aplicando conjuntamente el fundamento constitucional de la dignidad humana (artículo 1º, III), el principio de la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4º, II) y la cláusula de apertura a los derechos y garantías de los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 5º, párrafo 2º, parte final), así como considerando el contexto histórico de la redemocratización brasileña y la coincidencia de diversos derechos y garantías reconocidos en la Constitución de 1988 y en los pactos internacionales de derechos humanos de que Brasil es parte, muchos juristas brasileños, como Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁰⁸², Celso D. de Albuquerque Mello¹⁰⁸³, André de Carvalho Ramos¹⁰⁸⁴, Flávia Piovesan¹⁰⁸⁵, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁸⁶ y Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁰⁸⁷, entre otros, defendían —y defienden— la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil y la existencia, en el sistema jurídico brasileño, de un bloque de constitucionalidad que está formado también por las normas de esos tratados internacionales.

A pesar de esas bases constitucionales, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil (y, por ende, de todos los jueces y tribunales del país) se consolidó y se mantuvo, hasta el inicio del siglo XXI, negando el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, como veremos a continuación. Otrosí, como también examinaremos, la Enmienda Constitucional 45/2004, cuando introdujo el párrafo 3º del artículo 5º de la Constitución, innovó el planteamiento del tema, suscitando nuevas dudas respecto a la jerarquía normativa interna de los pactos internacionales de derechos humanos en Brasil.

¹⁰⁸² Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 512-513.

¹⁰⁸³ Desde el siglo XX, Celso D. de Albuquerque Mello defendía que los derechos humanos tienen «un *status* especial» y deben siempre predominar en los órdenes internacional e interno. Cfr. Celso D. de Albuquerque Mello: *Direito constitucional internacional: uma introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 188.

¹⁰⁸⁴ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., p. 237. Esa posición doctrinaria del jurista brasileño André de Carvalho Ramos es posterior a la EC 45/2004. Antes, s.m.j., el mencionado estudioso no se había todavía posicionado contra la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. Cfr. André de Carvalho Ramos: *Direitos humanos em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 492-493.

¹⁰⁸⁵ Cfr. Flávia Piovesan: *ibidem* y *Temas de direitos humanos*, 1ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1998, pp. 72-73.

¹⁰⁸⁶ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 132-133.

¹⁰⁸⁷ Cfr. Valério de Oliveira Mazzuoli: *Curso de direitos humanos*, Rio de Janeiro, Método, 2014, p. 184.

9.6.4 La admisión de la prisión civil del depositario infiel: el hábeas corpus 72131-1/RJ

Antes de la Constitución de 1988, como ya hemos explicado, la jurisprudencia oficial de Brasil afirmaba que los tratados internacionales (sean o no de derechos humanos) disfrutaban de un rango normativo equivalente al de las leyes internas. La nueva Constitución, con las normas que ya examinamos, permitió que fuese replanteada la jurisprudencia del Supremo Tribunal sobre el tema. Sin embargo, hasta el final del siglo pasado, el Supremo Tribunal Federal mantuvo firme su jurisprudencia respecto al rango infraconstitucional —y meramente legal— de todos los tratados internacionales ratificados por Brasil.

En realidad, en octubre y noviembre de 1995, el Supremo Tribunal Federal tuvo la oportunidad de volver a discutir el tema del rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos en el proceso del hábeas corpus (HC) 72131-1/RJ, cuyo «relator» (o sea, ponente) fue el juez Marco Aurélio.¹⁰⁸⁸ Se discutía en el caso concreto (así como en muchos otros que siguieron por los tribunales brasileños) la aplicación del artículo 4º del Decreto-Ley 911, de 1969, que establecía, en la ejecución del contrato de alienación fiduciaria en garantía, la posibilidad de conversión de la ejecución procesal en búsqueda y captura del bien garantizado o, en último caso, en acción de depósito, la cual permitía, de acuerdo con la reglas civiles vigentes en aquel entonces (artículo 1287 del Código Civil), la prisión civil del depositario infiel, hasta un año, a fin de compelerle a devolver el bien depositado.

La prisión civil del depositario infiel estaba admitida en el texto constitucional brasileño de 1988, cómo se ve en su artículo 5º, LXVII:

Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando-se a los brasileños y los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los siguientes términos:

...

¹⁰⁸⁸ El texto de la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la HC 72 131-1/RJ está disponible en la siguiente página: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Fecha de acceso: 24.8.2014.

LXVII — No habrá prisión civil por deudas, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de obligación alimentaria y la del depositario infiel; (...) ¹⁰⁸⁹

Sin embargo, desde julio de 1992, está vigente en Brasil el PIDCP, introducido válidamente por el Decreto 592/92, que prohíbe la prisión por deudas contractuales en su artículo 11. Igualmente, desde noviembre del mismo año 1992, está vigente en el país la CADH, promulgada por el Decreto 678/92, que, en su artículo 7.7, también prohíbe la prisión civil por deudas, con la excepción de los casos de incumplimiento de los deberes alimentarios. Así, se discutía en el caso concreto si las normas de derecho privado sobre la alienación fiduciaria en garantía y la acción de depósito, podrían ser aplicadas, a pesar de las normas en contrario de los mencionados pactos de derechos humanos. Otrosí, estaba en discusión la aplicación e interpretación del art. 5º, LXVII, de la propia Constitución nacional.

En el mencionado hábeas corpus, el juez Marco Aurélio presentó, entre otras razones para la prohibición de la prisión civil, la necesidad de aplicarse el Pacto de San José, el cual, además, está amparado en el párrafo 2º del artículo 5º de la Constitución del país. Pese a que Marco Aurélio haya citado la cláusula de apertura a los derechos humanos (artículo 5º, párrafo 2º), a su juicio, todavía debería ser aplicada la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal que sostenía la equivalencia normativas entre leyes ordinarias y tratados internacionales en Brasil. No obstante, para Marco Aurélio, las normas impugnadas del Decreto-Ley 911/69 (que concretizaban la autorización constitucional para la prisión del depositario) habían sido derogadas por la «ley» posterior, precisamente la CADH. Luego, según el juez Marco Aurélio, la prisión civil por deudas del depositario infiel no más estaba admitida en el sistema jurídico brasileño. ¹⁰⁹⁰

Los jueces Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso y Sepúlveda Pertence acompañaron la opinión del juez Marco Aurélio respecto a la concesión del hábeas corpus y a la imposibilidad de la prisión civil del depositario infiel. Sin embargo, hubo algunas divergencias entre los fundamentos de sus votos.

Para el juez Francisco Rezek ¹⁰⁹¹, así como Marco Aurélio, los tratados

¹⁰⁸⁹ Traducción libre.

¹⁰⁹⁰ Cfr. el voto del juez Marco Aurélio en el HC 72 131-1/RJ, pp. 12-4.

¹⁰⁹¹ Francisco Rezek, además de juez del Supremo Tribunal Federal, también se destacó como juez de la

internacionales (sean o no sean de derechos humanos) tienen la jerarquía infraconstitucional (de equivalencia a las leyes federales). Sin embargo, para ellos, el Pacto de San José derogó el Decreto-Ley 911/69 (y asimismo la norma pertinente el antiguo Código Civil) en el punto que este admitía, indirectamente, la prisión del depositario infiel.¹⁰⁹²

Por su parte, el juez Carlos Velloso, arrimándose en el artículo 5^a, párrafo 2^a, de la Constitución de la República; puso de manifiesto que existen, en Brasil, tres vertientes de derechos y garantías fundamentales: (i) los derechos y garantías expresados en la Constitución; (ii) los derechos y garantías que derivan del régimen y de los principios adoptados por la Constitución; y, por último, (iii) los derechos y garantías recogidos en los tratados internacionales firmados por Brasil.¹⁰⁹³ Además de eso, según Velloso, es menester tener presente que existe una diferencia entre los «derechos fundamentales materiales» y los «derechos fundamentales puramente formales». Los primeros son derechos fundamentales por su contenido; los segundos, por su presencia en la Constitución. Los derechos garantizados en la CADH, para Carlos Velloso, son derechos fundamentales materiales y que deben estar garantizados de la misma forma que lo están los derechos fundamentales expresos en la Constitución.¹⁰⁹⁴

Finalmente, el juez Sepúlveda Pertence no examinó el tema del posible conflicto entre el Decreto-Ley 911/69 (y las normas del Código Civil) y el Pacto de San José. Para Pertence, no se debe admitir la prisión del deudor en el contrato de alienación fiduciaria en garantía simplemente porque ese deudor no es depositario *stricto sensu*, sino propietario.¹⁰⁹⁵

Contra esa convicción que se opone a la posibilidad jurídica de prisión del depositario infiel (o, mejor dicho, del deudor en el contrato de alienación fiduciaria en garantía), se posicionaron los jueces Maurício Corrêa, Moreira Alves, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches y Néri da Silveira, que formaron un estrecha mayoría en favor de la viabilidad jurídica de la prisión civil del depositario infiel, incluso en los casos

Corte Internacional de Justicia, siendo una de las principales referencias académicas de Brasil en los temas del Derecho Internacional Público.

¹⁰⁹² Cfr. el voto del juez Francisco Rezek en el HC 72 131-1/RJ, pp. 1-5.

¹⁰⁹³ Cfr. el voto del juez Carlos Velloso en el HC n° 72 131-1/RJ, p. 13.

¹⁰⁹⁴ Cfr. el voto del juez Carlos Velloso en el HC n° 72 131-1/RJ, p. 14.

¹⁰⁹⁵ Cfr. el voto del juez Sepúlveda Pertence en el HC n° 72 131-1/RJ, pp. 2-4.

de contrato de alienación fiduciaria en garantía, regulado por el Decreto-Ley 911/69. El principal defensor de dicha doctrina mayoritaria en aquel entonces fue el juez Moreira Alves.

Según la opinión —y el voto— de Moreira Alves, la Constitución brasileña, con razón, no prohíbe la prisión del depositario infiel, considerando que el deber de restituir el bien depositado no se identifica con la obligación civil de retirar un bien del patrimonio del deudor y atribuirlo al acreedor. En ese sentido, Moreira Alves argumentó que el bien depositado no es propiedad del depositario, el cual tiene el deber de devolverlo. El mismo raciocinio se aplicaría a la propiedad fiduciaria que se origina del contrato de alienación fiduciaria en garantía.¹⁰⁹⁶

Además de eso, el juez Moreira Alves defendió que los tratados internacionales (sean o no sean de derechos humanos) ingresan en el sistema jurídico brasileño con el mismo rango normativo de las leyes ordinarias. Para demostrarlo, Moreira Alves argumentó que el artículo 105, III, «a», admite la interposición del recurso especial para el Superior Tribunal de Justicia cuando la decisión recurrida «*contrariar tratado o ley federal, o negar a ellos vigencia*». En su valoración hermenéutica, la Constitución de Brasil, en ese dispositivo, iguala los tratados internacionales a las leyes federales. Así, para Moreira Alves, el Decreto-Ley 911/69 y la CADH gozarían del mismo *status* normativo. Otrosí, en la continuación de su razonamiento, Moreira Alves apuntó que las normas del Decreto-Ley 911/69 serían específicas, mientras que las normas de derechos humanos del Pacto de San José serían genéricas; luego, en su apreciación, la CADH no derogó el Decreto-Ley, puesto que se aplicaría al caso la regla de que la ley posterior general no deroga la ley anterior específica.¹⁰⁹⁷

Comulgando con la postura de Moreira Alves, el juez Maurício Côrrea añadió que, en su opinión, aceptar que el párrafo 2º del artículo 5º de la Constitución autoriza la recepción de las normas internacionales de derechos humanos con el rango constitucional sería «*minimizar el propio concepto de soberanía del Estado-pueblo en la*

¹⁰⁹⁶ Cfr. el voto del juez Moreira Alves en el HC 72131-1/RJ, pp. 1-7.

¹⁰⁹⁷ Cfr. el voto del juez Moreira Alves en el HC 72131-1/RJ, pp. 7-9.

elaboración de su Ley Mayor». ¹⁰⁹⁸

A su vez, el juez Ilmar Galvão reafirmó que el CADH fue incorporado con el rango normativo de ley ordinaria y que, asimismo, sus normas no pueden ser aplicadas a la hipótesis de la prisión para la restitución del bien depositado. ¹⁰⁹⁹

El juez Celso de Mello también coincidió en que los tratados internacionales, según la doctrina académica y la jurisprudencia de Brasil, son incorporados sin primacía, asumiendo el mismo rango normativo de las leyes internas. ¹¹⁰⁰ Otrosí, a su juicio, no podría un tratado internacional suprimir «*la prerrogativa institucional de legislar sobre la prisión civil*», ya que dicha prerrogativa estaría garantizada por el artículo 5º, LXVII, de la Constitución de Brasil. ¹¹⁰¹

Como se puede observar de las discusiones en el ámbito del HC 72131-1/RJ, casi todos los jueces del Supremo Tribunal Federal de aquel entonces (1995) estaban de acuerdo en que los tratados internacionales de derechos humanos son incorporados por el sistema jurídico brasileño con el mismo rango normativo de las leyes internas. A pesar de los debates sobre la naturaleza jurídica del contrato de depósito y del contrato de alienación fiduciaria en garantía, así como sobre la interpretación adecuada del Pacto de San José, los jueces del Tribunal parecían no tener duda respecto a la jerarquía de las fuentes normativas y al *status* interno de los tratados internacionales. Se mantenía, por lo tanto, la jurisprudencia construida por el Supremo Tribunal Federal en el RE 80004/SE, en favor del *status* legal de los tratados internacionales.

9.6.5 La rediscusión del tema por el STF en la ADI-MC 1480

La influencia ejercida por el ya aquí examinado *leading case* del RE 80004/SE (o también de la representación 803/DF), aunque haya este registrado una gran

¹⁰⁹⁸ Cfr. el voto del juez Maurício Corrêa en el HC 72131-1/RJ, p. 1.

¹⁰⁹⁹ Cfr. el voto del juez Ilmar Galvão en el HC 72131-1/RJ, pp. 1-5.

¹¹⁰⁰ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en el HC 72 131-1/RJ, p. 3.

¹¹⁰¹ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en el HC 72 131-1/RJ, p. 5.

diversidad de opiniones jurídicas, conforme hemos visto, atravesó incluso las barreras de la sucesión de órdenes constitucionales. Tengamos en cuenta que el RE 80004/SE es anterior al actual orden constitucional brasileño, que fue inaugurado en 1988. Por lo tanto, sería natural revisar la posición jurisprudencial firmada en dicha sentencia después de la redemocratización de Brasil y de la vigencia de un nuevo sistema constitucional democrático.

De hecho, como ya hemos demostrado, la Constitución brasileña de 1988, el marco jurídico de la redemocratización de Brasil, no solo significó un fuerte cambio axiológico en el sistema constitucional de país, sino que también señaló claramente una preferencia especial por los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Además de constitucionalizar diversos derechos humanos (como ya hemos mencionado anteriormente), la Constitución de 1988 también afirma que la dignidad humana es un fundamento de la República (art. 1º, III); que los derechos humanos deben prevalecer, de forma fundamental, en las relaciones internacionales (art. 4º, II); y que los derechos fundamentales expresados en la Constitución no excluyen otros derechos contenidos en los tratados internacionales de los que Brasil es parte (art. 5º, II).

Pese a la renovación axiológica de 1988, la jurisprudencia «preconstitucional» (de 1977) del Supremo Tribunal Federal de Brasil fue confirmada en una sentencia («acórdão») de 1997, en el juicio de la medida cautelar de la acción directa de inconstitucionalidad (ADI-MC) 1480.¹¹⁰² Por ventura, veinte años después, también estaban en juego la validez y la aplicación de una convención de derechos humanos de la OIT: la Convención 158, la cual establece garantías a los trabajadores contra la terminación injustificada de las relaciones de trabajo.

El juez ponente del Supremo Tribunal Federal en la ADI-MC 1480 fue el juez Celso de Mello. En su voto, Celso de Mello trató de invocar explícitamente a la jurisprudencia del Supremo Tribunal firmada en 1977. Citando expresamente la sentencia del Tribunal en la representación 803/DF, Celso de Mello, en vez de emplear la interpretación constitucional que más garantice el gozo de los derechos humanos en Brasil,

¹¹⁰² La sentencia del Supremo Tribunal Federal en la ADI-MC 1480 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Fecha de acceso: 24.8.2014.

decidió que las normas internacionales de la Convención 158 estaban en conflicto con el texto constitucional brasileño, que exige la aprobación de «leyes complementarias» (en vez de «leyes ordinarias») para el establecimiento de reglas contra la terminación injustificada de las relaciones laborales.

En la fundamentación de su voto, el juez Celso de Mello reconoce que hay una tendencia internacional, incluso en América Latina, a garantizar el rango constitucionales de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, según Celso de Mello, el texto constitucional brasileño no autorizaría tal protección especial de las normas internacionales. Asimismo, según Mello, el reconocimiento del rango especial o superior de los tratados internacionales no prestigiaría la «absoluta supremacía de la Constitución».¹¹⁰³

En el fondo de la cuestión de compatibilidad constitucional, el juez Celso de Mello reconoció que la Convención 158 de la OIT está «formalmente» incorporada al orden jurídico brasileño¹¹⁰⁴ y que muchas de sus normas ya estaban garantizadas en la Constitución de Brasil y en la legislación infraconstitucional brasileña. Sin embargo, Celso de Mello percibió que la Convención 158 de la OIT, en sus artículos 4 hasta 10, garantizan al trabajador la posibilidad de la readmisión forzada en el puesto de trabajo en los casos de terminación injustificada o ilícita, lo que sería diferente de lo que dispone la norma constitucional brasileña, que no reconoce el derecho a la readmisión en esos casos, sino el derecho a la indemnización. En esos casos en que podría haber conflicto entre normas de la mencionada convención de la OIT y normas anteriores de Brasil, el juez Celso de Mello concluyó que la convención no debe ser aplicada; a su juicio, la Convención 158 de la OIT, *«no siendo un texto normativo de aplicabilidad inmediata, constituye, en realidad, una fuente jurídica de principios generales, consubstanciadora de un verdadero compromiso de legislar asumido por Brasil, a fin de viabilizar, en el plano interno, según el modelo de su propio sistema constitucional, las directrices consagradas por el instrumento convencional»*.¹¹⁰⁵

En el ámbito formal, Celso de Mello expresó que *«la eficacia y la*

¹¹⁰³ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en la representación 803/DF, p. 18.

¹¹⁰⁴ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en la representación 803/DF, p. 33.

¹¹⁰⁵ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en la representación 803/DF, p. 50. Traducción libre.

*concretización de las normas inscriptas en la Convención n° 158 de la OIT están necesariamente subordinadas a la edición de un acto legislativo interno que deberá revestir la forma de una ley complementaria, según explícita determinación fundada en el artículo 7º, I, de la Constitución Federal».*¹¹⁰⁶ Complementando su raciocinio, el juez Celso de Mello señaló que, a su juicio, la Convención 158 de la OIT, «*aunque estuviere revestida de auto-aplicabilidad, aun así no sería legítimo atribuirle el grado necesario de eficacia en el plano interno, ya que tratados y convenciones internacionales —**incluso estando en una relación de paridad normativa con las leyes ordinarias**— no pueden regir materias sujetas, **debido a la reserva constitucional**, al dominio normativo de las leyes complementarias*».¹¹⁰⁷

Como se puede percibir del voto de Celso de Mello en la ADI-MC 1480, aunque se pueda observar un intento de compatibilizar las normas de la Convención 158 de la OIT con las normas internas brasileñas ya establecidas internamente, la conclusión final del juez y del Supremo Tribunal Federal fue la que los tratados internacionales, incluso los que garantizan derechos básicos a los seres humanos, tienen el rango normativo ordinario, equivalente al rango de las leyes ordinarias, no siendo aptas para establecer reglas en temas en los que la Constitución brasileña exige la aprobación de leyes complementarias. Además de eso, en el caso de la Convención 158 de la OIT, el Supremo Tribunal Federal también entendió que sus normas no serían aplicables automáticamente, siendo meramente «programáticas».

Es importante resaltar del voto de Celso de Mello en la ADI-MC 1480 que allí se encuentra la reafirmación de la jurisprudencia simbolizada en el RE 80004/SE, en el sentido de que las normas internacionales debidamente internalizadas en Brasil (incluso las normas de derechos humanos) disfrutaban de un rango normativo equivalente al rango de las leyes ordinarias infraconstitucionales.

En ese sentido, Celso Mello expresamente afirma que «*los actos internacionales, cuando regularmente incorporados en el derecho interno, se ubican en el mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales*» y que dicha posición jurisprudencial quedó firmada «*en el fallo proferido por el Supremo Tribunal*

¹¹⁰⁶ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en la representación 803/DF, p. 65. Traducción libre.

¹¹⁰⁷ Ibidem.

Federal en el juicio del RE n° 80004/SE, cuando se consagró, entre nosotros, la teoría — hasta hoy prevaleciente en la jurisprudencia de la Corte— de que existe, entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, una mera relación de paridad normativa». Por lo tanto, según el juez Celso de Mello, la «eventual precedencia de los actos internacionales sobre las normas infraconstitucionales del derecho interno solamente ocurrirá (...) no debido a una inexistente primacía jerárquica, pero, siempre, en virtud de la aplicación del criterio cronológico (lex posterior derogat priori) o, cuando apropiado, del criterio de la especialidad».¹¹⁰⁸

Con tales fundamentos, y aceptando las correcciones formuladas por el juez Moreira Alves, Celso de Mello concedió, parcialmente, la medida cautelar para que, adoptando «una interpretación conforme a Constitución», se prohiba cualquier aplicación de la Convención 158 que no sea meramente «programática», o sea, sin efectos concretos. Su voto —y sus conclusiones— fue seguido por los jueces Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Octavio Gallotti y Néri da Silveira.

Los votos disidentes en la votación de la ADI-MC 1480 fueron proferidos por los jueces Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão y Marco Aurélio. Entre dichos votos, merece destacar especialmente el suscrito por el juez Carlos Velloso. En la fundamentación de su voto, Velloso presenta diversos argumentos favorables a la integración constitucional de las normas internacionales que garantizan derechos humanos, como parece ser el caso de la Convención 158 de la OIT.

Según registró Carlos Velloso en su voto, el artículo 5°, párrafo 2°, de la Constitución brasileña innovó la tradición constitucional de Brasil al reconocer la posibilidad de que derechos y garantías reconocidos internacionalmente sean incorporados —o integrados— como derechos constitucionales. En palabras suyas, «*la Convención 158/OIT contiene derechos que integran la doctrina de los derechos fundamentales*».¹¹⁰⁹ A su juicio, los derechos fundamentales en Brasil son de tres clases: (i) los derechos que están expresamente designados en la Constitución; (ii) los derechos que son consecuencia del régimen y de los principios constitucionales; (iii) los derechos que están originados en

¹¹⁰⁸ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en la representación 803/DF, pp. 65-67. Traducción libre.

¹¹⁰⁹ Cfr. el voto del juez Carlos Velloso en la ADI-MC 1480, p. 14. Traducción libre.

los tratados internacionales firmados por la República de Brasil.¹¹¹⁰ Así, citando al constitucionalista brasileño Celso Bastos, Velloso observa en su voto que la norma de integración del artículo 5º, § 2º, de la Constitución de Brasil excluye la posibilidad de aplicarse en el sistema brasileño la teoría dualista que niega la producción de derechos subjetivos a los particulares directamente desde los tratados internacionales.¹¹¹¹

La consecuencia de la aplicación del artículo 5º, § 2º, según Velloso, es la que de que la Convención 158 fue asimilada por el sistema constitucional brasileño de forma independiente al artículo 7º, I, de la Constitución de Brasil, o sea, de forma autónoma a la regla constitucional brasileña que establece que una ley complementaria deba fijar parámetros para la indemnización compensatoria debida por el despido injustificado de trabajadores.¹¹¹²

Otrosí, para Velloso, las normas de la Convención 158 de la OIT no pueden ser consideradas meramente «programáticas», tal y como sostuvieron los jueces Moreira Alves y Celso de Mello. A juicio de juez Velloso (cuya opinión compartimos), las normas de derechos fundamentales (o, materialmente, derechos humanos) no deben ser entendidas como normas programáticas o no aplicables inmediatamente. Queda claro en su voto que las normas internacionales de derechos humanos integradas al sistema jurídico brasileño (como las normas de la Convención 158 de la OIT, las cuáles, según Velloso, configuran normas de la «segunda generación») están dotadas de aplicabilidad plena y de eficacia plena.¹¹¹³

Con tales fundamentos, el juez Carlos Velloso negó la inconstitucionalidad formal o material de la Convención 158 de la OIT. En su fundamentación, no se ve expresamente declarado el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos integradas al sistema jurídico brasileño. Tampoco se enuncia claramente el principio *pro homine*, que es entendido como una solución de integración normativa que posibilita la expansión del círculo de protección de los derechos humanos, añadiéndose las normas a fin de garantizar la máxima protección de los seres humanos en el gozo de sus derechos humanos. Sin embargo, tanto la jerarquía constitucional de las normas de

¹¹¹⁰ Cfr. *ibidem*.

¹¹¹¹ Cfr. el voto del juez Carlos Velloso en la ADI-MC nº 1 480, p. 16. Traducción libre.

¹¹¹² Cfr. el voto del juez Carlos Velloso en la ADI-MC nº 1 480, p. 17. Traducción libre.

¹¹¹³ Cfr. el voto del juez Carlos Velloso en la ADI-MC nº 1 480, p. 22. Traducción libre.

derechos humanos como el principio *pro homine* pueden ser percibidas, implícitamente, en el raciocinio desarrollado por Carlos Velloso.

9.6.6 La Enmienda Constitucional 45/2004

El 30 de diciembre de 2004, cuando todavía existía una divergencia entre una importante parte de la doctrina jurídica brasileña y la jurisprudencia constitucional de Brasil respecto a la fuerza normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, fue promulgada la Enmienda Constitucional (EC) n° 45, que introdujo el párrafo 3° al artículo 5° de la Constitución nacional, cuyo texto es el siguiente:

§ 3° Los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.¹¹¹⁴

La intención del constituyente derivado en reforma constitucional promovida por la EC 45/2004 fue resolver la divergencia respecto al rango de las normas internacionales de derechos humanos incorporadas por el Estado brasileño y, con seguridad jurídica, establecer que los tratados internacionales de derechos humanos, para que tengan el *status* formal de parámetro normativo constitucional, deben ser aprobados por el Congreso Nacional de la misma forma en que son aprobadas las enmiendas constitucionales en el país, o sea, «*en dos turnos, por tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros*» de la Cámara de Diputados y del Senado Federal.

Sin embargo, considerando que muchos importantes pactos internacionales de derechos humanos ya habían sido ratificados por el Estado brasileño antes de la vigencia de la EC 45/2004, como los Pactos de Nueva York y la propia CADH, permaneció la cuestión de saber si esos tratados internacionales disfrutaban o no de la jerarquía constitucional.

En primer artículo jurídico sobre el tema publicado después de la

¹¹¹⁴ Traducción libre.

promulgación de la EC 45/2004, defendemos que la nueva norma procedimental (párrafo 3º del artículo 5º de la Constitución) que exige, *grosso modo*, la aprobación de un tratado internacional de derechos humanos por el Congreso Nacional con el mismo rigor procedimental que es exigido para las enmiendas constitucionales, no puede ser aplicada retroactivamente a los tratados internacionales de derechos humanos que ya integraban, en nuestra opinión, el bloque de constitucionalidad de Brasil, ya que, debido a la norma establecida en el artículo 60, § 4º, IV, no deben ser admitidas enmiendas constitucionales que sean aptas para abolir derechos y garantías individuales.¹¹¹⁵

Los juristas brasileños que defendían, antes de 2005, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil sostuvieron una opinión semejante. Así, por ejemplo, Flávia Piovesan continúa aseverando: (i) que el párrafo 2º del artículo 5º de la Constitución (la cláusula de apertura a los derechos y garantías de los tratados internacionales de derechos humanos) permite, *per se*, la recepción de las normas de los pactos internacionales de derechos humanos con el *status* normativo de normas constitucionales; y (ii) que, debido al párrafo 3º del mismo artículo 5º, el cuórum cualificado, «*al reforzar la naturaleza constitucional de los tratados de derechos, vienen a sumar un lastro formalmente constitucional a los tratados ratificados, propiciando la “constitucionalización formal” de los tratados de derechos humanos en el ámbito jurídico interno*».¹¹¹⁶

En otras palabras, para Piovesan, las normas internacionales de derechos humanos incorporadas por Brasil (antes o después de la EC 45/2004) forman parte del bloque de constitucionalidad material de Brasil, ya que son normas de contenido constitucional pero solo con la aprobación de cuórum cualificado establecida en el párrafo 3º del artículo 5º esas mismas normas pueden ser parte del bloque de constitucionalidad formal. Esta también es exactamente la opinión defendida por Valério de Oliveira Mazzuoli¹¹¹⁷, y, *grosso modo*, igualmente por Ingo Wolfgang Sarlet.¹¹¹⁸

¹¹¹⁵ Cfr. Anselmo Henrique Cordeiro Lopes: «A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004», 2005, disponible en: <<http://jus.com.br/artigos/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004>>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹¹¹⁶ Cfr. Flávia Piovesan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, ob. cit. pp. 437-439.

¹¹¹⁷ Cfr. Valério de Oliveira Mazzuoli: ob. cit., pp. 184-185.

¹¹¹⁸ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet: «A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos

Como veremos, esa no fue, sin embargo, la interpretación prestigiada por el Supremo Tribunal Federal después de la EC 45/2004.¹¹¹⁹ Como trataremos de explicar a continuación, en los últimos años, hubo un importante cambio jurisprudencial respecto al presente tema en el ámbito del Supremo Tribunal de Brasil, pero no se llegó a reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad brasileño que está formado, entre otras, por las normas internacionales de derechos humanos incorporadas por el sistema jurídico interno.

9.6.7 La discusión sobre la posibilidad de la prisión del depositario infiel: la doctrina del rango supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos

Como se puede percibir, el problema del rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil no fue resuelto por la Enmienda Constitucional 45/2004. Los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil (por ejemplo, la CADH, el PIDCP y el PIDESC) son anteriores a 2005. Por lo tanto, aún se mantiene la controversia sobre la jerarquía de tales pactos internacionales.

Como ya mencionamos aquí, a pesar de la disidencia interna del Supremo Tribunal Federal, la jurisprudencia oficial de este tribunal hasta el final del siglo pasado estuvo en el sentido de que las normas de los tratados internacionales, independientemente de sus contenidos, gozaban del mismo rango normativo de las leyes ordinarias en Brasil. Así, incluso el Pacto de San José, por ejemplo, era considerado un documento normativo

humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 781-796.

¹¹¹⁹ No toda la doctrina jurídica brasileña adoptó la interpretación que admite reconocer la «constitucionalidad material» de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil. Así, por ejemplo, Anna Candida da Cunha Ferraz, que antes defendía el rango infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil, continuó sosteniendo que esos tratados, sin la aprobación por el procedimiento establecido en el párrafo 3º del artículo 5º de la Constitución, tienen el rango de norma infraconstitucional. Cfr. Anna Candida da Cunha Ferraz: «O status hierárquico dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro», en *Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência*, organizado por Anna Candida da Cunha Ferraz et. al., Niterói, Impetus, 2013, pp. 182-183.

dotado de rango meramente legal por el Supremo Tribunal.

Esta jurisprudencia oficial del Supremo Tribunal solo cambió al final de 2008, cuando este tribunal finalizó la rediscusión del tema de la prisión del depositario infiel en los juzgamientos de los recursos extraordinarios (RE) 349703/RS y 466343/SP, así como del hábeas corpus 87585/TO. En ese momento histórico de la vida institucional del Supremo Tribunal Federal de Brasil, el tema de la integración entre las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución del país surge (casi por primera vez) de una forma definitiva. Allí se dió un paso histórico que no admite vuelta atrás, sino evolución en el futuro.

El magistrado ponente del RE 349703/RS¹¹²⁰ fue el juez Ilmar Galvão, que también había participado en la votación del ADI-MC 1480, quedando vencido al lado de Carlos Velloso, entre otros. Ilmar Galvão, que saldría del Supremo Tribunal Federal el 3 de mayo de 2003, decidió anticipar su voto el 3 de abril de 2003¹¹²¹, a fin de dejar registrado el cambio de su posición respecto al tema del rango de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil.

Aunque, seis años antes (1997), Ilmar Galvão no hubiera desarrollado un voto fundamentado en los valores y principios de reconocimiento, garantía e integración de los derechos humanos, tal y como lo hizo Carlos Velloso, en ese nuevo momento (2003), Ilmar Galvão presentó diversos fundamentos que ayudaron al Supremo Tribunal Federal a reorientar su posición respecto a la integración interna de las normas supranacionales de derechos humanos.

Ilmar Galvão empezó su voto recordando que el sistema constitucional brasileño está basado en el fundamento de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º, III, de la Constitución. A su juicio, aunque el reconocimiento de la dignidad humana ya estuviese presente en las Constituciones de Brasil desde 1891, en la presente Constitución dicho fundamento surgió renovado, con un significado especial en la interpretación constitucional.

¹¹²⁰ La sentencia del Supremo Tribunal Federal en el RE 349703/RS está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Fecha de acceso: 19.8.2014.

¹¹²¹ El fallo del RE 349703/RS solo fue emitido por el Supremo Tribunal Federal más de cinco años después, el 3 de diciembre de 2008.

Otrosí, Galvão añade que la *prevalencia de los derechos humanos* está reconocida en el artículo 4º de la Constitución, lo que impone la garantía de «*pretensiones de respeto a la persona humana*» y el respeto de normas internacionales de derechos humanos que deben ser integradas en el orden jurídico brasileño, como bien doctrina Flávia Piovesan. Además de eso, Ilmar Galvão invocó el párrafo 2º del artículo 5º de la Constitución brasileña, así como lo hizo el juez Carlos Velloso en su voto de 1997. En su opinión (apoyándose en el jurista portugués Jorge Miranda), la segunda parte de ese precepto constitucional «*ubicó los derechos fundamentales en un contexto más vasto y más sólido que la Constitución, porque en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, por otro, tiene como efecto impregnar la Constitución con los principios y valores consagrados en este campo como parte esencial de la idea de Derecho, a la luz de la cual todas las normas constitucionales deben estar pensadas y puestas en práctica*». ¹¹²²

Aun según Ilmar Galvão, la presencia de la norma de integración del párrafo 2º del artículo 5º del texto constitucional de Brasil dificulta la persistencia, en este país, de la doctrina dualista según la cual los tratados internacionales (máxime los derechos humanos) no generarían derechos subjetivos concretos a las personas, ya que estarían condicionados a un acto normativo editado por un órgano interno brasileño. De esa forma, Galvão, indirectamente, reconoce la validez del argumento lanzado en ese mismo sentido por el juez Carlos Velloso once años antes. ¹¹²³

Con dichos fundamentos, Ilmar Galvão defendió la revisión de la interpretación oficial del Supremo Tribunal Federal sobre el rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos. A su juicio, aunque no se admita que puedan los tratados internacionales (incluso los derechos humanos) reformar la Constitución (salvo en los casos establecidos en el párrafo 3º del artículo 5º de la Constitución, introducido por la Enmienda Constitucional 45/2004), no se puede negar que pueden los tratados internacionales añadir otros derechos no previstos expresamente en el texto constitucional, creando normas «materialmente constitucionales» (que participan del bloque de constitucionalidad) que no se incorporan al texto constitucional, pero que lo

¹¹²² Cf. el voto del juez Ilmar Galvão en el RE 349703/RS, p. 9. Traducción libre.

¹¹²³ Cf. el voto del juez Ilmar Galvão en el RE 349703/RS, p. 10. Traducción libre.

complementan, ampliando su «núcleo mínimo de derechos y garantías».¹¹²⁴

Otrosí, Ilmar Galvão defendió que un eventual conflicto entre una norma constitucional y una norma internacional de derechos humanos válida en Brasil debe ser resuelto en favor de la norma más favorable a la persona, aplicándose la norma constitucional de la prevalencia de los derechos humanos (art. 4º, II, de la Constitución de Brasil).¹¹²⁵ Por consiguiente, Galvão sostuvo la necesidad de revisar la jurisprudencia firmada por el Supremo Tribunal Federal en el HC 72131-1/RJ, en que el propio juez Ilmar Galvão había participado e integrado la mayoría de votos que consideraba legítima la prisión del depositario infiel.

En conclusión, Ilmar Galvão cambió su posición hermenéutica de la década anterior y expresó su opinión en el sentido de que el artículo 5º, LXVII, de la Constitución de Brasil (que prohíbe la prisión civil, pero la permite en casos de depositario infiel y de deudor de alimentos) no está en conflicto con el artículo 7.7 de la CADH (que prohíbe la prisión por deudas, excepto en los casos de incumplimientos de deberes alimentarios), ya que la convención de derechos humanos puede dilatar válidamente el ámbito de protección de los derechos humanos (fundamentales) existentes en Brasil, o incluso añadir otros derechos.¹¹²⁶

Pese a la fundamentación exhibida en su voto, que indica razones para la denegación del recurso extraordinario 349703/RS en su cuestión de fondo, el magistrado Ilmar Galvão terminó por rechazar el recurso de la institución financiera por cuestiones concretas respecto a la existencia de un seguro-caución de la deuda que era objeto del caso concreto.

Los demás jueces de la Corte, no obstante, conocieron del fondo del recurso extraordinario y, como veremos, decidieron sobre la cuestión principal del recurso: la imposibilidad de la prisión civil en Brasil (exceptuados de los casos de incumplimientos de deberes alimentarios), debido a la aplicación del artículo 7.7 la CADH y del artículo 11 del PIDCP.

¹¹²⁴ Cf. el voto del juez Ilmar Galvão en el RE 349703/RS, pp. 10-11. Traducción libre.

¹¹²⁵ Ibidem.

¹¹²⁶ Cf. el voto del juez Ilmar Galvão en el RE 349703/RS, pp. 14-18. Traducción libre.

Contra la fundamentación del voto anticipado por el juez ponente, se opusieron algunos jueces del Supremo Tribunal Federal que fueron responsables por la consolidación de la jurisprudencia ahora superada. Entre ellos, destacaron como defensores de la jurisprudencia antigua el juez Moreira Alves y el juez Sydney Sanches. Los mencionados magistrados, *grosso modo*, mencionaron que el tema ya había sido bastante discutido por el Supremo Tribunal y que no había razones para cambiar sus opiniones respecto a ello.

El voto-vista en el RE 349703/RS fue emitido por el juez y constitucionalista brasileño Gilmar Ferreira Mendes. En su voto, emitido el 22 de noviembre de 2006, se explican los fundamentos por los cuales el Supremo Tribunal Federal cambió su jurisprudencia respecto al tema del rango de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil.

Gilmar Mendes reconoce, en la fundamentación de su voto-vista, que existe una tendencia latinoamericana a reconocer el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos. Reconoce, igualmente, que muchos importantes juristas brasileños defienden esa solución normativa para Brasil, incluso el más notable especialista en derechos humanos del país, el juez de la Corte Internacional de Justicia (y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) Antônio Augusto Cançado Trindade.

Sin embargo, para Mendes, el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos pondría en peligro la supremacía constitucional brasileña. En su opinión, la apertura total de la Constitución de Brasil a los tratados internacionales de derechos humanos puede comprometer la soberanía del país, considerando la expansión del concepto de «derecho humano» que podría, en el futuro, traer normas incompatibles con el cuerpo normativo de la Constitución. Otrosí, según Mendes, la propia competencia atribuida al Supremo Tribunal Federal para ejercer el control de la regularidad formal y del contenido material de los tratados internacionales ratificados por el Estado brasileño.¹¹²⁷

¹¹²⁷ Cf. el voto del juez Gilmar Mendes en el RE 349703/RS, pp. 12-15.

Otrosí, según Gilmar Mendes, la aprobación de la Enmienda Constitucional 45/2004 abrió una posibilidad para la constitucionalización de las normas internacionales de derechos humanos. A su juicio, si esta es la intención del legislador brasileño, basta que el tratado internacional sea aprobado por el mismo procedimiento de las enmiendas constitucionales para que se le atribuya, en ese caso, la jerarquía formal de norma constitucional.

De esa forma, la solución encontrada por Gilmar Mendes para garantizar una eficacia normativa adecuada a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil fue la de reconocer a esos pactos internacionales un rango normativo supralegal (aunque infraconstitucional). En su opinión, los tratados de derechos humanos no podrían desafiar la supremacía de la Constitución, pero tendrían un rango especial en el orden jurídico; equipararlos a la legislación ordinaria sería, en palabras suyas, «*subestimar su valor especial en el contexto del sistema de protección de los derechos de la persona humana*». ¹¹²⁸

Respecto a la cuestión específica de la posibilidad de prisión del depositario infiel, que estaría legitimado por el inciso LXVII del artículo 5° de la Constitución brasileña, Mendes concluyó que ese dispositivo constitucional no fue derogado por la adhesión de Brasil al PIDCP o al Pacto de San José. Sin embargo, a su juicio, dicha norma constitucional brasileña (que admitía la prisión civil en ese caso) dejó de tener aplicabilidad práctica ante el «efecto paralizante» de esos tratados con relación a la legislación infraconstitucional que disciplina esa materia. ¹¹²⁹ Además de eso, según Gilmar Mendes, la prisión civil del depositario infiel en caso concreto (alienación fiduciaria en garantía) violaría el principio de la proporcionalidad. ¹¹³⁰

Los jueces Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski y Marco Aurélio siguieron la interpretación novedosa de Gilmar Mendes, reconociendo el carácter supralegal e infraconstitucional de las normas internacionales de derechos humanos internalizadas en Brasil, sin presentar razones escritas. Dos años después, el 12 de marzo de 2008, el juez Celso de Mello (que había participado de los precedentes anteriores favorables a la

¹¹²⁸ Cf. el voto del juez Gilmar Mendes en el RE 349703/RS, p. 29.

¹¹²⁹ Cf. el voto del juez Gilmar Mendes en el RE 349703/RS, pp. 35-36.

¹¹³⁰ Cf. el voto del juez Gilmar Mendes en el RE 349703/RS, pp. 66-67.

doctrina del rango ordinario de los tratados internacionales de derechos humanos) presentó otro voto-vista, a fin de dejar registradas sus razones teóricas.

En su voto, Celso de Mello reconoce que la Constitución brasileña, además de estar comprometida con los valores y principios fundamentales de los derechos humanos, no instituye u obliga la institución de la prisión por deudas del depositario infiel, sino que simplemente autoriza, como una excepción, que la legislación infraconstitucional instituya la prisión civil en dicha hipótesis.¹¹³¹ Por lo tanto, la cuestión a decidir no es la de una antinomia entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sino en el conflicto normativo entre dichos tratados y las normas infraconstitucionales de Brasil.

Sobre ese tema de la pirámide normativa brasileña y el diálogo de fuentes, Celso de Mello, en el RE 349703/RS, decidió revisar su antiguo posicionamiento y acoger la interpretación propuesta por Gilmar Mendes. De acuerdo con las razones registradas en voto, la evolución contemporánea del derecho constitucional y del derecho internacional favorece el reconocimiento de la *supralegalidad* de las normas internacionales de derechos humanos, que pasan a gozar de una *eficacia inhibitoria* contra posibles actos normativos internos.¹¹³²

Sin embargo, el juez Celso de Mello abre la posibilidad de un avance más profundo en el tema de la integración de las normas de derechos humanos en Brasil. Afirma Mello que, después de mucha reflexión sobre el tema, ahora comparte de las opiniones de los juristas brasileños Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Valerio de Oliveira Mazzuoli y André Ramos Tavares, que defienden la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil y la existencia de un bloque de constitucionalidad brasileño que está integrado por tales normas internacionales. Así, desde luego, la exigencia procedimental establecida en el párrafo 3º del artículo 5º de la Constitución, introducido por la Enmienda Constitucional 45/2004, solo sería válida para los tratados internacionales de derechos humanos posteriores a la

¹¹³¹ Cf. el voto del juez Celso de Mello en el RE 349703/RS, pp. 14-17.

¹¹³² Cf. el voto del juez Celso de Mello en el RE 349703/RS, pp. 20-23.

vigencia de esa Enmienda Constitucional.¹¹³³

Para Celso de Mello, la supremacía constitucional solo sería violada si un tratado internacional (incluso de derechos humanos) suprime o restringe derechos o libertades fundamentales garantizados en la Constitución, que serían, en Brasil, *cláusulas constitucionales pétreas*.¹¹³⁴

En la continuación del juicio del RE 349703/RS, el juez Menezes Direito admitió que los derechos humanos son «supraestatales», independientes del reconocimiento interno de los Estados. Sin embargo, a su juicio, entre las doctrinas del rango constitucional y del rango supralegal (infraconstitucional) que enfrentaban a los jueces del Supremo Tribunal Federal, la razón estaría con los defensores de la segunda doctrina (de la supralegalidad de las normas de derechos humanos).

Para Menezes Direito, la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos con el rango constitucional podría plantear problemas para el actual sistema brasileño de control de constitucionalidad. Otrosí, en su opinión, la promulgación de la Enmienda Constitucional 45/2004 solucionaría el problema, ya que ella exige la aprobación de los tratados internacionales con el mismo rito de las enmiendas constitucionales para la asunción del *status* constitucional de dichas normas internacionales.¹¹³⁵

Según Menezes Direito, el *status* de los tratados internacionales de derechos humanos no sería técnicamente «supralegal», sino especial. Inspirado en Orozimbo Nonato, Menezes Direito defendió que esos tratados internacionales no son superiores a las leyes, pero son especiales, en el sentido de que son «actos de jerarquía diferenciada» que están originados en un plano normativo distinto por la naturaleza de su contenido, ingresando de forma «diferente» en el orden interno.¹¹³⁶

A continuación, el juez Cezar Peluso registró que, en su opinión, los derechos humanos deben tener «primacía en la Constitución» y que esos derechos son «*ipso facto* materialmente constitucionales». Sin embargo, a su juicio, existiría una

¹¹³³ Cf. el voto del juez Celso de Mello en el RE 349703/RS, pp. 24-29.

¹¹³⁴ Cf. el voto del juez Celso de Mello en el RE 349703/RS, p. 45.

¹¹³⁵ Cf. el voto del juez Menezes Direito en el RE 349703/RS, pp. 16-8.

¹¹³⁶ Cf. el voto del juez Menezes Direito en el RE 349703/RS, p. 18.

diferencia importante entre los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por medio del procedimiento establecido en el párrafo 3° del artículo 5° de la Constitución (procedimiento de aprobación de las enmiendas constitucionales, previsto en la Enmienda Constitucional 45/2004) y los tratados internacionales que están arrimados solamente en el párrafo 2° del mismo artículo.

Según Peluso, en el primer caso, los pactos internacionales aprobados de la misma forma por la cual son aprobadas la enmiendas constitucionales en Brasil son material y formalmente constitucionales; en el segundo caso, sin esa aprobación especial, las normas de los pactos internacionales serían consideradas materialmente constitucionales, pero no serían normas constitucionales en sentido formal, no siendo, por lo tanto, parámetro normativo de control de constitucionalidad.¹¹³⁷

Con los votos y razones que aquí detallamos, el 3 de diciembre de 2008, el Supremo Tribunal Federal de Brasil finalizó la votación del RE 349703/RS y cimentó la jurisprudencia constitucional —hasta hoy vigente en Brasil— que reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos aprobados en Brasil sin el rigor procedimental del párrafo 3° del artículo 5° de la Constitución (añadido por la Enmienda Constitucional 45/2004) el rango normativo supralegal, aunque no se admita que las normas de dichos tratados sean formalmente consideradas normas constitucionales.

En la misma fecha (el 3 de diciembre de 2008), el Supremo Tribunal Federal también concluyó el juicio del proceso de hábeas corpus (HC) 87585-8/TO¹¹³⁸ y del RE 466343-1/SP¹¹³⁹, que trataban del mismo tema (la posibilidad de la prisión del depositario infiel) y que habían iniciado su votación, respectivamente, el 12 de junio de 2007 y el 22 de noviembre de 2006. En esos procesos, los jueces del Tribunal, unánimemente, fallaron en favor del impetrante, en el mismo sentido y con las mismas razones ya examinadas del RE 349703/RS. En esos otros fallos, sin embargo, participaron nuevos jueces que no habían votado en el RE 349703/RS (que había iniciado anteriormente).

¹¹³⁷ Cf. la confirmación de voto del juez Cezar Peluso en el RE 349703/RS, pp. 1-2.

¹¹³⁸ El texto del fallo del Supremo Tribunal Federal en el HC 87585-8/TO está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Fecha de acceso: 24.8.2014.

¹¹³⁹ El texto del fallo del Supremo Tribunal Federal en el RE 466343-1/SP está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Fecha de acceso: 24.8.2014.

Así, por ejemplo, integró la sentencia del HC 87585-8/TO el voto del juez Eros Grau, en favor del reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico brasileño.¹¹⁴⁰ En el mismo sentido se manifestó la jueza Ellen Gracie.¹¹⁴¹ A su vez, el juez Carlos Britto, acompañando la opinión mayoritaria, sostuvo que los tratados internacionales de derechos humanos solo adquieren la fuerza normativa constitucional cuando son aprobados por el mismo procedimiento de aprobación de las enmiendas constitucionales, tal y como establece el párrafo 3° del artículo 5° de la Constitución de la República.¹¹⁴²

Como bien ha señalado André de Carvalho Ramos, el Supremo Tribunal Federal, en los fallos que aquí examinamos, consagró la *teoría del doble estatuto* de los tratados internacionales de derechos humanos; serían esos tratados internacionales incorporados con el rango *supralegal* (e infraconstitucional) cuando no fueron aprobados por el rito especial del artículo 5°, párrafo 3°, de la Constitución brasileña, y serían incorporados con el rango constitucional cuando fueron aprobados con por medio de ese rito y *cuórum* específico.¹¹⁴³

Por lo tanto, según dicha interpretación del Supremo Tribunal Federal, hasta la presente fecha, solo existiría un tratado internacional de derechos humanos, en Brasil, dotado del rango formalmente constitucional: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada el 30 de marzo de 2007 e introducida en el sistema interno brasileño por medio del Decreto 6949, del 25 de agosto de 2009, aprobado conforme al procedimiento del artículo 5°, párrafo 3, de la Constitución.¹¹⁴⁴

La solución establecida por el Supremo Tribunal Federal en 2008 (y admitida hasta hoy en día) proporciona una situación inusual en Brasil. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia de la supralegalidad, algunas normas internacionales de

¹¹⁴⁰ Cf. el voto del juez Eros Grau en el HC 87585-8/TO, pp. 1-2.

¹¹⁴¹ Cf. el voto de la jueza Ellen Gracie en el HC 87585-8/TO, pp. 1-2.

¹¹⁴² Cf. el voto del juez Carlos Britto en el HC 87585-8/TO, p. 2.

¹¹⁴³ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, ob. cit., pp. 241-242.

¹¹⁴⁴ El texto del Decreto 6949, del 25 de agosto de 2009, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Fecha de acceso: 1.9.2014.

derechos humanos incorporadas en Brasil por el mecanismo del artículo 5º, § 3º, del texto constitucional gozan del *status* de normas constitucionales y los derechos allí establecidos están dotados de todas las garantías de los derechos fundamentales. Por otro lado, los demás pactos de derechos humanos válidos en Brasil (como el PIDCP, el PIDESC, la CADH, el Protocolo de San Salvador etc.) están dotados de una fuerza normativa menor; serían normas más fuertes que las leyes nacionales, pero inferiores —en la jerarquía de las fuentes normativas— a las normas constitucionales del país. Visiblemente, esa diferencia de tratamiento entre unos derechos humanos y otros obstaculiza algunos principios y rasgos fundamentales de los derechos humanos, como la unidad y la indivisibilidad de ellos.

Sin embargo, considerando la pluralidad de los fundamentos de los votos en el RE 349703/RS, observamos que por detrás de un aparente consenso doctrinario existe una diversidad de opiniones entre los jueces que decidieron sobre el tema. Esa diversidad nos permite concluir que el tema del rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil no es un asunto concluido y que, tal vez, la jurisprudencia de la suprallegalidad sea una etapa del proceso jurisprudencial evolutivo por el cual pasa el Estado brasileño en este inicio del siglo XXI.

9.6.8 El rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos: la interpretación evolutiva de la Constitución de Brasil

Aunque el cambio jurisprudencial de 2008 representó un fuerte avance hacia el reconocimiento de la fuerza normativa especial de las normas internacionales de derechos humanos en Brasil, entendemos que la evolución de la jurisprudencia brasileña sobre la fuerza normativa de los derechos humanos no está completa.

En el proceso del RE 349703/RS, el Supremo Tribunal Federal demostró que está dispuesto a avanzar en su jurisprudencia respecto al rango y a la eficacia de las normas internacionales de derechos humanos integradas en el sistema jurídico brasileño. Así, nada impide que otros pasos evolutivos sean dados por el Tribunal en favor de la

máxima eficacia de los derechos humanos y de la máxima integración del sistema constitucional brasileño con el sistema internacional y el sistema interamericano de derechos humanos.

No podemos olvidar que existe, desde el texto constitucional originario de 1988, una cláusula de integración de los derechos humanos: el artículo 5º, párrafo 2º, de la Constitución de Brasil. Debido a dicho precepto constitucional, las normas internacionales de derechos humanos deben ser incorporadas e integradas con las normas constitucionales de los derechos fundamentales. En razón de esa norma integradora, un mismo derecho humano fundamental está protegido, en Brasil, por normas expresas en la Constitución y asimismo por reglas y principios establecidos en el orden internacional. Esas normas —de origen interno y externo— se complementan a fin de garantizar la máxima protección de los seres humanos y el respeto absoluto de su dignidad intrínseca; son, por lo tanto y por lo menos, normas materialmente constitucionales.

Aunque la teoría del *doble estatuto* adoptada por el Supremo Tribunal Federal sea considerada una evolución en comparación con la teoría anterior del rango legal, entendemos que esa solución hermenéutica y jurisprudencial no satisface totalmente la necesidad de tutela absoluta de los derechos humanos y tampoco logra concretar los principios de la prevalencia de los derechos humanos y de la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad, establecidos en el artículo 4º, II y IX, de la Constitución de Brasil.

Otrosí, la teoría del doble estatuto que admite el rango supralegal e infraconstitucional de importantes pactos internacionales de derechos humanos incorporados por Brasil, como el propio Pacto de San José, todavía nos parece ser un fruto de una visión superada de la soberanía estatal y la supremacía constitucional. Aún se nota, en la jurisprudencia constitucional brasileña, una desconfianza respecto a las normas producidas por la comunidad internacional y el recelo de que dichas normas puedan violar los intereses soberanos del país.

Ese raciocinio de sospecha, sin embargo, no logra observar (i) que el propio Estado brasileño, por medio de su pacto fundamental de 1988, eligió fundamentar su sistema constitucional en la dignidad humana y en la supremacía de los derechos humanos,

y también (ii) que la supremacía constitucional no está disminuida por la supremacía de los derechos humanos, ya que estos derechos humanos son parte de la propia Constitución.

De hecho, examinando los fallos sobre la prisión del depositario infiel, podemos verificar que el principal obstáculo al reconocimiento por el Supremo Tribunal Federal del rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil es en el apego a la concepción de supremacía constitucional. Sin embargo, creemos que dicho obstáculo resulta de un falso dilema. Verdaderamente, si las normas internacionales de derechos humanos integradas al sistema jurídico brasileño están dotadas de jerarquía constitucional, ellas mismas deben ser consideradas normas constitucionales. Por lo tanto, la prevalencia de tales normas (junto con las demás normas de la Constitución) no desmerece, sino que fortalece la propia supremacía constitucional. La supremacía que se reconoce es de la Constitución. Si las normas internalizadas de derechos humanos son una parte integrante de la Constitución, no queda desfigurada la supremacía constitucional.

Creemos que la superación de esos falsos dilemas respecto a la soberanía estatal y a la supremacía constitucional es necesaria para que Brasil promueva, efectivamente, la apertura internacional del país que es indispensable para la integración latinoamericana. A nuestro juicio, para que Brasil esté totalmente integrado al sistema internacional y al sistema interamericano de derechos humanos, hace falta que los derechos humanos reconocidos por Brasil en esos sistemas tengan el mismo nivel de protección jurídica interna de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución nacional. Esa equiparación del grado de protección es, además, necesaria para que la integración jurisprudencial sea también más efectiva y la interpretación internacional de los derechos humanos pueda producir más efectos en el ámbito interno del Estado brasileño.

Por tales motivos, no estamos de acuerdo con la teoría del *doble estatuto* y seguimos defendiendo que los tratados internacionales de derechos humanos internalizados en Brasil antes de la vigencia de la EC 45/2004 disfrutaban, material y formalmente, del rango constitucional y forman parte del bloque de constitucionalidad brasileño. Entendemos, igualmente, que el rito especial establecido por el artículo 5º, párrafo 3º, de la Constitución solo debe ser exigido (para la introducción de nuevas normas al bloque de constitucionalidad) para los tratados internacionales ratificados por Brasil después de la

vigencia de la mencionada enmienda constitucional.

9.7 La aplicabilidad y el rango de los tratados internacionales de derechos humanos en Argentina

9.7.1 La doctrina del carácter programático de las normas internacionales de derechos humanos (pre-1994)

En Argentina, históricamente, prevalecía la orientación jurisprudencial y doctrinaria en el sentido de que los tratados internacionales (sean de derechos humanos o no) estaban sometidos, de forma absoluta, a la supremacía constitucional y gozaban del mismo rango normativo de las leyes internas, tal y como ocurría en la mayoría de los Estados latinoamericanos. Según Ricardo Haro, esa era la orientación mayoritaria entre los juristas argentinos y la Corte Suprema de Justicia.¹¹⁴⁵

Esa posición doctrinaria y jurisprudencial estaba determinada por la inexistencia de regla clara en la Constitución de Argentina respecto al rango de los tratados internacionales de derechos humanos. De hecho, el artículo 31 (que todavía sigue hoy con el mismo texto) de la Constitución argentina establece lo siguiente:

Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Como podemos percibir, la Constitución de Argentina, inspirada en la fórmula clásica de Blackstone («*the law of the land*») y de la Constitución estadounidense establece que los tratados internacionales firmados por el Estado, así como la propia

¹¹⁴⁵ Cfr. Ricardo Haro: «Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales», en *Corpus Iuris Regionis*, v. 6, 2006, pp. 173-187.

Constitución y las demás leyes del país, son la «ley suprema de la Nación». Esa expresión, sin embargo, causa más dudas que esclarecimientos. Igualando la Constitución a las leyes (que son infraconstitucionales, por supuesto), el citado texto constitucional no establece, claramente, cuál es la jerarquía de las fuentes normativas, lo que dificulta la definición del rango normativo de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

Sin embargo, el artículo 33 de la Constitución argentina establece una cláusula de apertura de los derechos fundamentales que podría ser aplicada a fin de garantizar un rango normativo especial a los tratados internacionales que reconocen derechos humanos. Veamos el texto del artículo 33:

Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Considerando que el precepto constitucional del artículo 33 posibilita la garantía de otros derechos que no están expresamente enumerados en el texto de la Constitución, sería posible desarrollar una teoría de que los derechos humanos —y sus normas— reconocidos internacionalmente e internalizado por el Estado de Argentina, por medio de actos de soberanía, como los tratados internacionales, «*nacen del principio de la soberanía del pueblo*» y deben estar incluidos en el bloque de constitucionalidad del país. Sin embargo, esa no fue la posición jurisprudencial consolidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina hasta finales de los años ochenta, que es el órgano máximo de la jurisdicción en ese país.

Para demostrar esa realidad de la jurisprudencia argentina anterior a los años 90, el constitucionalista y iusinternacionalista argentino Víctor Bazán publicó un estudio respecto a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y concluyó que, hasta 1992 (el año del *leading case Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros*), no se encontraba en los fallos de esa Corte referencias favorables respecto a la plena eficacia y supremacía de las normas internacionales de los derechos humanos en el orden interno. Todo lo contrario; según Bazán, hasta 1992, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entendía que las normas internacionales de derechos humanos —aplicables a Argentina— serían normas meramente *programáticas*,

sin aplicabilidad interna inmediata.¹¹⁴⁶

La razón política e histórica para dicha posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia respecto a la fuerza normativa de los derechos humanos, para nosotros, está clara: hasta el final de 1983, cuando el gobierno militar es substituido por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, no había una cultura de respeto a los derechos humanos en Argentina. Todo lo contrario, Argentina fue uno de los Estados responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos en Sudamérica del siglo XX. La democratización y la vuelta a la normalidad institucional fue un proceso lento que quizá solo se consolidó en la cultura política del país al final de la década de los ochenta. Lo mismo se puede afirmar respecto a la apertura social, cultural y jurídica del Estado argentino a la comunidad internacional, que es indispensable para la máxima integración de las normas supranacionales de derechos humanos.

Desde la perspectiva jurídico-normativa, la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia vigente hasta el final de los años 80 dejaba las normas internacionales de los derechos humanos en una situación incluso más frágil que la verificada en los sistemas jurídicos (como el sistema brasileño de gran parte del siglo XX) que admitían la equiparación entre normas internacionales y leyes nacionales. De hecho, si las normas internacionales de derechos humanos, en Argentina, no eran siquiera consideradas inmediatamente aplicables, ya que serían solo programáticas, los tratados internacionales de derechos humanos no tendrían la fuerza normativa necesaria para derogar las leyes nacionales anteriores. En la práctica, tales normas internacionales eran consideradas jurídicamente inferiores (dotadas de menos fuerza jurídica) a las normas legales.

Esa situación de menosprecio hacia las normas internacionales de derechos humanos perduró hasta 1992, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cambió radicalmente. Otrosí, ya dos años después, en 1994, una reforma constitucional modificó totalmente la opinión de juristas y jueces en Argentina respecto al tema de la jerarquía y fuerza normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, como

¹¹⁴⁶ Cfr. Víctor Bazán: «El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina», en *Estudios Constitucionales*, año 8, n° 2, Santiago, 2010, pp. 359-388.

veremos a continuación.

9.7.2 El fallo del caso *Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros* y la reforma constitucional de 1994

El año 1994 es paradigmático para los constitucionalistas y los defensores de derechos humanos en Argentina, ya que, en ese año, el Estado argentino innovó el constitucionalismo latinoamericano y reconoció, expresamente, que el bloque de constitucionalidad del país estaba integrado también por normas de los tratados internacionales de derechos humanos.¹¹⁴⁷

Sin embargo, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, ya era posible encontrar, en la doctrina y jurisprudencia argentina, algunos importantes planteamientos sobre la integración material —quizá informal— de las normas internacionales de derechos humanos con las normas constitucionales que tratan de la garantía de derechos. En este sentido, en 1992 (o sea, antes de la reforma histórica), el célebre constitucionalista argentino German J. Bidart Campos defendía que los tratados internacionales de derechos, «*aun desde ese nivel jerárquicamente inferior a la Constitución, completan y refuerzan el plexo constitucional de los derechos, las libertades y las garantías personales*» y que existiría en la Constitución argentina un principio implícito en el sentido de que los derechos allí reconocidos se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Argentina.¹¹⁴⁸

En el mismo año 1992 (también paradigmático), antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que es el más alto tribunal del país con el poder de la jurisdicción constitucional, firmó un importante

¹¹⁴⁷ Como veremos posteriormente, el reconocimiento del bloque de constitucionalidad integrado por las normas internacionales de derechos humanos, determinado por la reforma constitucional argentina de 1994, influyó sobremanera el constitucionalismo latinoamericano, pero no fue una solución normativa inédita en América Latina. De hecho, la Constitución peruana de 1979 ya establecía expresamente que los tratados internacionales de derechos humanos están dotados del rango constitucional.

¹¹⁴⁸ Cfr. German J. Bidart Campos: «El sistema constitucional argentino», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, editado por Domingo García Belaude, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, pp. 62-63.

leading case para la afirmación de la primacía de las normas de derechos humanos en Argentina. De hecho, el primer precedente de esa nueva oleada jurisprudencial en favor de la máxima efectividad de las normas internacionales de derechos humanos es el fallo de *Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 7 de julio de 1992.¹¹⁴⁹

En el mencionado fallo de 1992, la Corte Suprema reconoció la superioridad normativa de los tratados internacionales de derechos humanos ante el derecho infraconstitucional argentino y también que tales normas internacionales están dotadas de aplicabilidad plena inmediata. De acuerdo con lo que quedó subrayado en el fallo, «(c)uando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata». Además de eso, según el fallo, la «interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Con eso, la Corte máxima argentina no solo atribuye efectos directos e inmediatos a la CADH, sino también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se agrega a las normas convencionales.

En aquel entonces (1992), la Corte Suprema admitió el recurso extraordinario que se arribaba en el artículo 33 de la Constitución argentina, el cual estipula que las «declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados». Con eso, aunque el derecho de réplica, rectificación y respuesta no estuviese expresamente previsto en la Constitución del país, el tribunal decidió que tal derecho debe ser reconocido desde el Pacto de San José y puede ser aplicado por la Corte por medio del conocimiento del recurso extraordinario.

Después de la reforma constitucional de 1994, la opción del poder constituyente argentino por dotar de máxima primacía las normas de derechos humanos

¹¹⁴⁹ El texto del mencionado fallo de la Suprema Corte de Justicia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=62514>>. Fecha de acceso: 18.1.2014.

resultó bastante clara con la constitucionalización de diversos tratados internacionales de derechos humanos firmados por el Estado. Veamos el texto del artículo 75.22 de la Constitución de Argentina (después de la reforma de 1994):

Artículo 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 Cruelles, 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.

La reforma promovida en el sistema constitucional argentino resultó en un claro avance en la jurisdicción constitucional de aquel país. Los tratados internacionales de derechos humanos, ahora incorporados en el bloque de constitucionalidad, sirven de fuente no solo para el surgimiento de nuevas demandas —y dilemas— constitucionales, pero también para la reinterpretación de toda la Constitución de Argentina, que pasó a ser filtradas (así como todo el sistema infraconstitucional) por las normas internacionales de derechos humanos.

Debido al precepto del artículo 75.22 de la Constitución de Argentina, están expresos algunos tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos que están automáticamente incorporados al texto constitucional y también está abierta la posibilidad de que otros tratados internacionales de derechos humanos también sean incorporados con el rango constitucional, con la condición de que sean aprobados por Congreso por medio del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Esa solución adoptada por la reforma constitucional argentina de 1994, que decide enumerar en el texto de la Constitución las declaraciones y los tratados internacionales de derechos anteriores a la reforma que ya pasan a gozar de la jerarquía constitucional y que establece un rito especial para los tratados futuros, nos parece la solución político-constitucional que confiere más seguridad al tema de la jerarquía de las normas internacionales de derechos humanos. Para los Estados latinoamericanos que todavía no reconocen, expresamente, el *status* constitucional de los pactos internacionales de derechos humanos, la solución presentada por Argentina en 1994 es quizá la mejor, presentando ventajas en comparación con la solución presentada por Brasil diez años después, en 2004, que, por medio de la Enmienda Constitucional 45/2004, estableció un rito especial para que los tratados internacionales de derechos humanos reciban el *status* constitucional pero no enunció cuál es el rango normativo de los pactos de derechos humanos que ya fueron incorporados por el sistema jurídico brasileño.

Sin embargo, según Miguel Ángel Ekmekdjian, todavía sería posible que un futuro tratado internacional de derechos humanos ratificado por Argentina ingrese en el sistema jurídico interno de ese país con el rango supralegal e infraconstitucional. Para eso, bastaría que el tratado internacional sea aprobado por el Congreso nacional sin la mayoría agravada de los dos tercios del total de los legisladores de cada Cámara. Veamos su opinión:

En efecto, un tratado de esa categoría, además de la aprobación ordinaria por la ley del Congreso nacional (ver párrafo 621 en este mismo capítulo y párrafos 375 y ss. del segundo tomo de esta obra), requiere una nueva lectura y aprobación, esta segunda vez por la mayoría agravada de los dos tercios del total de los legisladores de cada Cámara.

En otras palabras, un tratado de derechos humanos, por el solo hecho de ser aprobado legislativamente y depositado el instrumento de ratificación, se incorpora al derecho interno de la República, y desde ya tienen jerarquía superior a las leyes. Si además se pretende darle jerarquía constitucional, debe tener una segunda aprobación del Congreso, con la mayoría agravada mencionada más arriba.¹¹⁵⁰

Considerando las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos expresos en el artículo 75.22 de la Constitución de Argentina y aquellos que fueron aprobados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de

¹¹⁵⁰ Cfr. Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 627.

cada Cámara del Congreso argentino, enumeramos aquí los doce tratados y declaraciones internacionales que, en ese país, están dotados del *status* constitucional: (i) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; (ii) la Declaración Universal de Derechos Humanos; (iii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (iv) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; (vi) la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; (vii) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; (viii) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; (ix) la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; (x) la Convención sobre los Derechos del Niño; (xi) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y (xii) la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Además de esos documentos normativos internacionales y de los demás tratados internacionales que podrán disfrutar del rango constitucional, la Constitución de Argentina también establece, en su artículo 75.24 que pueden ser aprobados *«tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos»*. En esa hipótesis, las normas producidas por la entidad supranacional no solo serían aplicables directa e inmediatamente sino también estarían dotadas de *«jerarquía superior a las leyes»*.

Pese a que existan todavía algunos tratados internacionales de derechos humanos sin el *status* constitucional en Argentina¹¹⁵¹, esos tratados, de una o de otra, están relacionados con los derechos humanos que ya forman parte del bloque de constitucionalidad argentino. Por lo tanto, aunque, formalmente, no posean esos tratados internacionales el rango constitucional, ellos asimismo se integran con las normas constitucionales argentinas a fin de garantizar la máxima protección de los derechos humanos en ese país.

¹¹⁵¹ Entre otros tratados que no disfrutaban formalmente del rango constitucional en Argentina, podemos citar la Convención 169 de la OIT, que es el principal tratado internacional en que están reconocidos derechos humanos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

De esa manera, consideramos que ya se concluyó, *grosso modo*, la consolidación del proceso histórico de integración constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Argentina. Esa integración permitió que, en los últimos veinte años, no solo las normas internacionales de derechos humanos sean aplicadas por los jueces y tribunales argentinos sino también que esos órganos jurisdiccionales puedan aprovechar, con mucha intensidad, la interpretación y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos a fin de construir una mejor interpretación de la Constitución de Argentina; pero eso lo examinaremos en un capítulo posterior.

9.8 La aplicabilidad y el rango de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile

9.8.1 La Constitución chilena de 1980 y la jurisprudencia constitucional pre-1989

El Estado de Chile, así como Argentina, fue responsable por muchas de las más graves violaciones sistemáticas de los derechos humanos de América Latina¹¹⁵², precisamente en el período de la dictadura militar de Augusto Pinochet Ugarte, que perduró hasta 1990, aunque se haya notado una apertura política progresiva en la década de los ochenta, así como en toda Sudamérica. De esta manera, la Constitución chilena de 1980 no podría, por el contexto político e histórico de aquel entonces, presentar cualquier evolución en el tema de la garantía de la supremacía de los derechos humanos.

¹¹⁵² Las sistemáticas violaciones de derechos humanos en Chile motivaron una manifestación de rechazo de la comunidad internacional, concretizada en una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de diciembre de 1975, que aprueba un Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la misma organización internacional y condena al Estado de Chile por las violaciones a los derechos humanos, solicitando la adopción de medidas urgentes para la protección de los derechos violados. Dicha Resolución puede ser considerada una de las muchas motivaciones históricas para la nueva Constitución del país. En ese sentido, vid. Carlos Andrade Geywitz: «La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma: doctrina y jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis*, año 9, n. 1, 2003, pp. 375-401.

En la nueva Constitución chilena aprobada en 1980 por un proceso poco democrático, considerando la ausencia de participación efectiva de la oposición en los trabajos constituyentes y en el plebiscito que la aprobó, no se trató del *status* normativo de los tratados internacionales en el sistema jurídico interno, y mucho menos fue delineado el rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, aunque el Estado de Chile haya ratificado muchos de los principales pactos internacionales de derechos humanos, como la Convención para la Prevención y la Punición del Delito de Genocidio, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, el PIDCP y el PIDESC, antes del periodo militar y dictatorial de Pinochet, que se inició en 1973.

Tampoco en los tribunales chilenos del período militar fue posible desarrollar una jurisprudencia respecto a la eficacia de los derechos humanos. De hecho, aunque el Tribunal Constitucional de Chile ya volvió a funcionar desde 1981, su jurisprudencia, en la década de los ochenta, se posicionaba contra la plena aplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos en el país, como bien anota Marisol Peña Torres.¹¹⁵³

¹¹⁵³ Marisol Peña Torres menciona algunos precedentes judiciales del Tribunal Constitucional de Chile que apuntan para la dirección de la ineficacia jurídica de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile. Como fallo paradigmático, Peña Torres cita la sentencia rol 46, de 21 de diciembre de 1987; veamos sus palabras respecto a eso *leading case*: «Dentro del primer grupo de pronunciamientos cabe mencionar, en primer término, la sentencia Rol N° 46, de 21 de diciembre de 1987, referida a la responsabilidad que se atribuía al ex Canciller Clodomiro Almeyda por haber incurrido en algunos de los ilícitos constitucionales tipificados en el primitivo artículo 8° de la Carta Fundamental. En dicha oportunidad, el requerido impugnó la aplicación a su respecto de la mencionada norma constitucional sosteniendo que era intrínsecamente ilegítima, pues vulneraba los artículos 18 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como los artículos 18 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos ratificados por Chile e incorporados al ordenamiento jurídico nacional. (...) El Tribunal Constitucional consideró, en esa oportunidad, que resultaba “inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones” en atención a que “las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales” (considerando 27°). Agregó que una interpretación contraria “significaría ría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118” (considerando 28°) y, además, apeló a lo dispuesto en el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para afirmar que el concepto de autodefensa de la democracia y de los derechos fundamentales, a que se refería el primitivo artículo 8° de la Constitución, no era ajeno a los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (considerando 30°).» Cfr. Marisol Peña Torres: «La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno», en *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 1, 2008, p. 210.

9.8.2 La reforma constitucional chilena de 1989

En 1989, Chile pasó por una gran transformación democrática, que ya había iniciado en el año anterior, con el plebiscito de 1988, en que los ciudadanos chilenos rechazaron la continuidad del gobierno Pinochet. Ese país, decidiendo trillar una vez más el camino democrático, realizó una intensa reforma constitucional y refrendó, por una masiva mayoría, esa reforma de la Constitución, la cual representó un nuevo pacto político, jurídico y social entre los chilenos.

Evidentemente, considerando el contexto histórico que sacudió Chile en aquel entonces, el tema de los derechos humanos ganó importancia en 1989 y en los años siguientes. En el nuevo texto de la Constitución, particularmente en el artículo 5.2, se registró que la soberanía del Estado no es ilimitada; su límite es el respeto absoluto a los derechos humanos. Veamos el texto reformado del mencionado dispositivo constitucional chileno:

Artículo 5°. 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 individuo 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.

El segundo inciso del artículo 5° no solo establece que las normas — constitucionales e internacionales— de los derechos humanos limitan la soberanía estatal sino también determina que debe el Estado chileno respetar y promover los derechos expresos en la Constitución así como los derechos garantizados *«por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes»*. Sin embargo, es posible argumentar, incluso después de la reforma constitucional de 1989, que la Constitución chilena continuó no siendo clara en cuanto al rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos, lo que plantea muchas discusiones en los ámbitos doctrinarios y judiciales.

Sin embargo, a nuestro juicio, la Constitución establece claramente el principio de la supremacía de los derechos humanos. Como ya hemos visto, el artículo 5.2 de la Constitución chilena expresa que la soberanía estatal está limitada al respeto a los derechos humanos¹¹⁵⁴, lo que nos posibilita decir, obviamente, que los actos estatales, normativos o administrativos, incluso los legales, no pueden derogar las normas internacionales de derechos humanos, las cuales gozarían, por lo menos, de primacía en caso de conflicto con el derecho interno chileno.

Igualmente, y de forma todavía más contundente, el mismo artículo 5° de la Constitución chilena (también después de 1989) declara que es «*deber de los órganos del Estado*» respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como los derechos humanos garantizados «*por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*», lo que nos permite concluir en favor de la necesidad de la integración normativa entre los derechos establecidos en la Constitución nacional y aquellos que están reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Ciertamente, cuando la Constitución establece que los derechos humanos limitan el poder soberano (¡incluso el poder de reforma constitucional!) y que los derechos humanos «internacionales» deben ser protegidos al igual que los derechos humanos «constitucionales», está bastante claro que ambicionó el Poder Constituyente de 1989¹¹⁵⁵ atribuir un igual grado de importancia jurídica entre los derechos humanos expresados en la Constitución y los derechos humanos que se encuentran reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos válidos en el ámbito interno de Chile.

¹¹⁵⁴ La mencionada norma constitucional chilena, como hemos visto, está de acuerdo con la evolución del propio concepto de soberanía, que no debe ser entendido —interna o externamente— como un poder absoluto que pueda olvidar el respeto —este sí absoluto— de los derechos humanos.

¹¹⁵⁵ Si consideramos el contexto histórico y la legitimación popular de la Constitución de 1980 y de la reforma constitucional de 1989, podremos incluso concluir que, en ese segundo momento, el Poder Constituyente Originario (revolucionario desde la perspectiva política-institucional) se encontró más verdaderamente presente que en 1980. De hecho, la Constitución de 1980 representaba la continuidad del régimen dictatorial de Pinochet (sin el respaldo masivo de los ciudadanos chilenos), mientras que la Reforma de 1989 representó la genuina vuelta al régimen democrático en Chile, con el apoyo de casi toda la sociedad chilena.

9.8.3 La doctrina y la jurisprudencia chilena pos-1989

Con arrimo en los preceptos y aspectos constitucionales supramencionados, algunos juristas chilenos ya defendían, desde hace muchos años, que los tratados internacionales de derechos humanos, en Chile, gozan de la jerarquía constitucional.¹¹⁵⁶ Otros juristas del mismo país, sin embargo, defendían que no se podría reconocer el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, ya que tal reconocimiento estaría en conflicto con el sistema jurisdiccional constitucional chileno que establece, incluso de forma preventiva, el control de constitucionalidad de todos los tratados internacionales.¹¹⁵⁷

Existían aun otros juristas que defendían una solución alternativa, aunque más próxima a la doctrina del rango constitucional, como Humberto Nogueira Alcalá, que, en 1992, planteaba que *«los derechos y garantías supranacionales y nacionales se complementan los unos con los otros, en el sentido de una protección máxima de los derechos fundamentales, debiendo aplicarse el principio de la preeminencia de las garantías más favorables sobre las garantías menos favorables»*.¹¹⁵⁸

A pesar de la significativa adhesión doctrinaria chilena en favor del rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (o de un rango *casi constitucional*), el Tribunal Constitucional chileno no siempre aceptó tal doctrina.

Como sabemos, aunque ya estuviese anteriormente previsto, el Tribunal Constitucional chileno volvió a funcionar efectivamente en 1981, pero solo desarrolló una jurisprudencia favorable a la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos después de la redemocratización real del país, con la salida de su antiguo dictador

¹¹⁵⁶ Entre otras obras y ensayos chilenos publicados en Chile publicados en este sentido, anteriormente al cambio jurisprudencia que hubo en el Tribunal Constitucional de aquel país, cfr. Víctor Rodrigo Muñoz Torres: «Jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en la Carta de 1980», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n. 8, 2000, pp. 341-349.

¹¹⁵⁷ En ese sentido, cfr. Lautaro Ríos Álvarez: «Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos», en *Gaceta Jurídica*, n. 215, 1998, pp. 7-14.

¹¹⁵⁸ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá: «El sistema constitucional chileno», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, editado por Domingo García Belaude, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, p. 292.

Augusto Pinochet. En ese primer momento de funcionamiento, como era de se esperar, el Tribunal Constitucional chileno trató de firmar su jurisprudencia en el sentido de la supremacía absoluta de la Constitución chilena sobre todos los demás actos normativos válidos en Chile, incluso sobre los tratados internacionales.

Sin embargo, según nos enseña la jurista Liliana Galdámez Zelada, incluso en una fase de la jurisdicción constitucional concentrada chilena siguiente, posterior a salida de Pinochet del gobierno del país, fase esa que, según Galdámez Zelada, se extendería entre los años 1990 y 2006, el Tribunal Constitucional afirmó, por ejemplo, en una importante sentencia de 2002, que la adhesión de Chile al tratado internacional que instituye el Tribunal Penal Internacional demandaba la previa aprobación de una reforma constitucional¹¹⁵⁹; de otra manera, el mencionado tratado internacional sería inconstitucional.

De hecho, uno de los principales *leading cases* respecto al rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile es la sentencia del rol 346/2002, firmada el 8 de abril por el Tribunal Constitucional en Chile.¹¹⁶⁰ En aquel caso, treinta y cinco diputados requirieron la declaración de inconstitucionalidad del tratado internacional que establece el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, lo cual fue aprobado por la Cámara de Diputados con el mismo cuórum de aprobación de la ley orgánica constitucional.

Entre otras alegaciones, los solicitantes argumentaron que el mencionado tratado internacional violaría la soberanía del Estado chileno, en la medida en que transfiere parte de los poderes soberanos del Estado chileno a una entidad extranjera, como el poder de aplicar la justicia y de ejercer la jurisdicción. También agregaron que, aunque sea posible la aprobación, por Chile, de tratados internacionales que transfieran competencias y poderes a órganos supranacionales, esos tratados requerirían expresa autorización constitucional, lo que exigiría, en ese caso, una previa reforma de la Constitución.

¹¹⁵⁹ De acuerdo con la Constitución chilena, el Tribunal Constitucional es competente para decidir, previamente, sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.

¹¹⁶⁰ El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol 346/2002 se puede obtener en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=346-02>>. Fecha de acceso: 5.9.2014.

En su fallo del 8 de abril de 2002, el Tribunal Constitucional chileno consideró correctas las alegaciones de los demandantes y declaró la inconstitucionalidad del tratado internacional que estableció el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Entre los fundamentos del fallo, del Tribunal Constitucional de Chile declaró, en síntesis, que la Corte Penal Internacional es un verdadero tribunal supranacional y su estatuto, al establecer una jurisdicción que puede ser «correctiva y sustitutiva de las nacionales», estaría «prorrogando a una jurisdicción nueva» no admitida por el orden constitucional chileno, lo que significaría una transferencia de soberanía inconstitucional, vulnerando el artículo 5° de la Constitución chilena.¹¹⁶¹

Contra la conclusión del fallo del Tribunal, el juez Marcos Libedinsky Tschorne presentó un voto divergente, que considera la sentencia del Tribunal incompatible con la integración normativa que se espera entre el sistema constitucional chileno y el sistema internacional de derechos humanos.

Fundamentando su voto en el artículo 5.2 de la Constitución de Chile (la cláusula de limitación de la soberanía estatal por las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos), Libedinsky Tschorne pregunta lo siguiente: *«¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana»? ¿En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?».*

Ante esas cuestiones, Libedinsky Tschorne contestó que no. Ciertamente, no es admisible considerar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional está en

¹¹⁶¹ Vid. el 31° considerando de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol 346/2002.

contradicción con la Constitución de Chile. Todo lo contrario, el mencionado tratado internacional está absolutamente en sintonía con el espíritu y los valores introducidos en el sistema constitucional chileno por la reforma política, institucional y constitucional de 1989.

Como podemos percibir del examen del fallo del Tribunal Constitucional en el rol n° 346/2002, ese Tribunal no solo interpretó de forma insuficiente el artículo 5.2 de la Constitución, sin extraer de ese dispositivo todo el contenido semántico-normativo que sería necesario para obtener la máxima protección de los derechos humanos, sino también negó la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (como el propio tratado que establece el Estatuto de la Corte Penal Internacional), desconsiderando no solo el texto del mismo artículo 5.2 de la Constitución sino también el contexto histórico de la reforma constitucional de 1989, que significó el reencuentro del Estado chileno con la comunidad internacional y una nueva apertura constitucional en favor del respeto absoluto de los derechos humanos.

Un año después, en septiembre de 2003, el Tribunal Constitucional de Chile tuvo la oportunidad de realizar el control de constitucionalidad de otro importante tratado internacional de derechos humanos: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém, Brasil. En la sentencia referente al rol 383-08, dieciocho senadores solicitaron al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de la mencionada convención, alegando, en síntesis, que: (i) la convención violaría la soberanía del país, al reconocer la posible competencia de tribunales extranjeros sobre hechos constitutivos de delitos ocurridos en Chile; y (ii) las normas de la convención solo podrían ser introducidas en el sistema interno chileno por medio de una reforma constitucional.¹¹⁶²

El centro de la discusión en el rol 383-08 fue la introducción, en Chile, del principio de la universalidad de jurisdicción para la persecución criminal de los delitos de desaparición forzada de personas. Según la tesis ofrecida por el Presidente de la República (que defendía la conformidad constitucional de la convención), la Convención

¹¹⁶² El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol 383-08 se puede obtener en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=383-03>>. Fecha de acceso: 7.9.2014.

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas sería no autoaplicable (non *self-executing*), lo que impediría la producción de efectos concretos por el tratado internacional y, de esa manera, excluiría cualquier posible vicio de inconstitucionalidad. El Tribunal, sin embargo, rechazó esa interpretación; tenemos aquí la consideración del Tribunal respecto a esa cuestión:

Que la tesis sostenida por el Presidente de la República ha sido, efectivamente pero en general, la sustentada por esta Magistratura. Sin embargo, ella no resulta aplicable en el presente caso, pues el artículo IV, inciso segundo, de la Convención en estudio, no puede calificarse como una norma no autoejecutable, por la consecuencia especial que deriva de su aplicación, de conformidad a sus propios términos. En efecto, el precepto aludido cobra plena eficacia, y se basta a sí mismo, ratificado que sea por Chile el Tratado, ya que cualquier Estado Parte de él que lo haya incorporado a su ordenamiento jurídico interno y hubiese ajustado su legislación, tendrá jurisdicción para juzgar a un chileno por actos cometidos en Chile que configuren el delito de desaparición forzada de personas, bastando para ello que no proceda extraditarlo, independientemente de si Chile adecuó o no su propia legislación;¹¹⁶³

Entendió el Tribunal Constitucional de Chile que la convención interamericana impugnada sí produciría efectos jurídicos concretos, lo que, por una parte, sería positivo para la plena implementación en el sistema jurídico chileno de las normas de derechos humanos contempladas en la convención. Sin embargo, debido a que sería autoejecutable, a juicio del Tribunal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas debería ser aprobada por el mismo cuórum y procedimiento por los que son aprobadas las leyes orgánicas constitucionales. Veamos la fundamentación del Tribunal:

Decimoséptimo: Que sin emitir, directa ni indirectamente, opinión o juicio acerca de cuestiones de fondo, materiales o sustantivas de aquel requerimiento, excluidas por completo de esta sentencia, lo cierto es que la Constitución fija los trámites que deben ser cumplidos para que el Acuerdo Aprobatorio y la Convención sobre la cual aquel recae sean reputados constitucionalmente inobjectables en su tramitación. Entre tales exigencias se hallan las enunciadas a continuación:

A. Lo previsto en el artículo 63, inciso segundo, de la Constitución, es decir, la reunión del cuórum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio para la aprobación de ese proyecto de Acuerdo en relación con la Convención a la cual él se refiere;

B. La caracterización de las leyes orgánicas constitucionales, y de los

¹¹⁶³ Cfr. el tercer considerando de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol 383-08.

preceptos de esa misma naturaleza, hecha por este Tribunal Constitucional, principalmente en sus sentencias de 26 de noviembre y 22 de diciembre, ambas de 1981 (Roles Nos 4 y 7, respectivamente). De esa jurisprudencia fluye que las normas de las leyes orgánicas constitucionales deben reunir, en lo atinente al caso *sub lite*, entre otras, las características siguientes: contar con el cuórum fijado en el artículo 63, inciso segundo, de la Carta Fundamental; y no efectuar la delegación de facultades legislativas donde el Código Político ha reservado la regulación de un asunto a tal clase de preceptos legales;

Decimoctavo: Que, cumpliendo el rol de contralor preventivo de la supremacía que le corresponde, de acuerdo con el inciso primero, número 2º, e inciso cuarto del artículo 82, de la Constitución, en armonía con el ya citado artículo 63, inciso segundo, de ella, este Tribunal requirió, para servir su misión, de ambas ramas del Congreso Nacional la certificación del cuórum con que fue adoptado, en cada una de ellas, el Proyecto de Acuerdo y la Convención cuyo requerimiento motiva esta sentencia;

Decimonoveno: Que recibidas y analizadas las dos certificaciones aludidas en el considerando precedente, el Tribunal ha constatado lo que se resume a continuación:

A. En la Cámara de Diputados, el Proyecto de Acuerdo aprobatorio de dicha Convención fue despachado con el cuórum que la Constitución, en su artículo 63, inciso final, exige con respecto a las leyes simples o comunes, incumpliendo así lo ordenado en el artículo 63, inciso segundo, de aquella. En efecto, según consta del oficio N° 4499, de 21 de agosto de 2003, en esta Cámara Legislativa el referido Acuerdo fue sancionado, en general y en particular, con el voto afirmativo de 45 Diputados, de un total de 118 de ejercicio; y

B. En el Senado, y por contrario, se reunió el cuórum constitucionalmente exigido, satisfaciéndose así lo requerido por la Carta Fundamental en el precepto indicado, puesto que conforme al oficio N° 22756, de 21 de agosto de 2003, en dicha Corporación el Acuerdo respectivo fue aprobado por 31 votos a favor, 16 en contra y 1 abstención, de un total de 48 Senadores en ejercicio;

Vigésimo: Que la constatación de esa disparidad, hecha de manera inequívoca y objetiva, obliga a esta Magistratura a desprender, en relación con el caso concreto del requerimiento, la consecuencia de rigor. Tal secuela, ya demostrada, en general, en los considerandos anteriores de esta sentencia, aquí consiste en que el Proyecto de Acuerdo y la Convención a la cuál aquél se refiere, no fueron aprobados, en la Cámara de Diputados, con el cuórum que la Constitución exige. Esta razón es suficiente, por lo explicado, para concluir, desde el ángulo estrictamente formal, que uno y otra infringen la Carta Fundamental y que debe ser así declarado;¹¹⁶⁴

En síntesis, podemos deducir del *leading case* aquí examinado que, en la opinión del Tribunal Constitucional de Chile de aquel entonces, los tratados internacionales (sean o no sean de derechos humanos) pueden estar dotados de un rango normativo

¹¹⁶⁴ Cfr. los 17º a 20º considerandos de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol n° 383-08.

especial. Sin embargo, para eso, haría falta la aprobación del tratado internacional por el mismo procedimiento y el mismo cuórum que son constitucionalmente exigidos para las leyes internas que tratan de los temas especiales establecidos en las normas legislativas de la Constitución. En el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, su aprobación en Chile, de conformidad con lo que declaró el Tribunal, no cumplió con el cuórum necesario y, por eso, fue declarado inconstitucional por ese Tribunal.

9.8.4 La reforma constitucional de 2005 y la jurisprudencia constitucional posterior

El 26 de agosto de 2005, fue aprobada la ley n° 20050, que reformó la Constitución de Chile.¹¹⁶⁵ Entre otras disposiciones, la mencionada ley alteró el texto del artículo 54.1 de la Constitución¹¹⁶⁶, que trata de la aprobación de los tratados internacionales. La redacción del precepto constitucional pasó a ser la siguiente:

Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los cuórum que corresponda, en conformidad al artículo 63, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

Según dispone el artículo 54.1 de la Constitución de Chile, el cuórum de aprobación de los tratados internacionales depende del contenido del tratado. De esa manera, también se deberá observar la norma establecida en el artículo 66 de la Constitución, la cual determina que las *«normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio»* y que las *«normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o único derogación, de las cuatro séptimas partes de los*

¹¹⁶⁵ El texto de la ley 20050, del 26 de agosto de 2005, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20050>. Fecha de acceso: 6.9.2014.

¹¹⁶⁶ El texto actualizado de la Constitución de Chile está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Fecha de acceso: 4.9.2014.

diputados y senadores en ejercicio».

Por lo tanto, debido a la reforma constitucional, la definición del cuórum de aprobación de los tratados internacionales debe respetar la regla del artículo 66. En el caso de los tratados internacionales de derechos humanos, si se considera que ellos establecen *«normas legales que interpreten preceptos constitucionales»*, se exigiría, para su aprobación, los votos de *«las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio»*. Por otro lado, si se considera que los tratados internacionales de derechos humanos contienen normas *«a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional»*, serían necesarios los votos *«de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio»*.

En ese punto de la reforma constitucional chilena de 2005, observamos que se trató de incorporar en texto de la Constitución la ya comentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional firmada en el rol 383-08, en que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas precisamente debido al cuórum insuficiente de la aprobación de dicho tratado internacional.

Por encima de eso, el texto del artículo 93.1 también fue alterado por la ley 20050/2005, que ahora establece que es una de las atribuciones del Tribunal Constitucional *«ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación»*. Si interpretamos literalmente el citado dispositivo constitucional, llegaremos a la conclusión que los tratados internacionales de derechos humanos pueden contener normas propias de las leyes orgánicas constitucionales, pasando a disfrutar del rango normativo de esas normas legales y estando, por lo tanto, sujetos a una posible declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, que debería realizar un control previo de constitucionalidad.

Si bien las normas establecidas en la reforma constitucional chilena de 2005 permiten el reconocimiento de un rango normativo especial a los tratados internacionales, por otro lado, esa misma reforma puede servir a la interpretación de que los tratados

internacionales de derechos humanos no ocupan, formalmente, el bloque de constitucionalidad de Chile.

Igualmente, la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional de Chile, reformada y sistematizada por la Ley 17997, publicada el 10 de agosto de 2010, también establece que los tratados internacionales (no está claro si también los pactos de derechos humanos) están sujetos al control de constitucionalidad.¹¹⁶⁷

Sin embargo, según manifiesta Liliana Galdámez Zelada, después de 2005, la jurisprudencia constitucional chilena cambió y se desarrolló, pasando a admitir que los tratados internacionales de derechos humanos, ya que tratan de los mismos derechos establecidos en la Constitución nacional de Chile, se integran al conjunto normativo constitucional, en el sentido de que: (i) refuerzan y esclarecen el contenido de las normas constitucionales; (ii) aportan otros elementos para la delimitación de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales y la definición de sus titulares; (iii) amplían el propio parámetro de constitucionalidad; (iv) promueven el reconocimiento constitucional de otros derechos esenciales; y (v) sirven de criterio interpretativo para la resolución del juicio de constitucionalidad.¹¹⁶⁸

Si confrontamos las opiniones académicas de Galdámez Zelada con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, encontramos algunas divergencias. De hecho, incluso después de la reforma de 2005, verificamos la existencia de algunos fallos del Tribunal que no atribuyen la máxima eficacia normativa de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico interno de Chile.

A modo de ejemplo, si examinamos la sentencia del Tribunal Constitucional en el rol 1483-09, del 7 de septiembre de 2009, observamos que, en los considerandos de su fundamentación jurídica, el Tribunal atribuye a los pactos de derechos humanos una dimensión normativa menor de la que se espera de un sistema constitucional integrado con

¹¹⁶⁷ Cfr. los artículos 31, 48 y 61 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional de Chile, cuyo texto está disponible en la siguiente página: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29427>>. Fecha de acceso: 6.9.2014.

¹¹⁶⁸ Cfr. Liliana Galdámez Zelada: «Incidencia de los tratados y del *ius cogens* internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile» en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, v. 77, 2012, pp. 308-313.

los sistemas supranacionales de derechos humanos.¹¹⁶⁹

En el rol 1483-09, estaba siendo previamente examinada la constitucionalidad de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. En su fallo, aunque el Tribunal Constitucional no haya se manifestado sobre la conformidad constitucional de la convención, ya que consideró que *«no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas” por no contemplar normas que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales»*, tampoco reconoció la aplicabilidad plena e inmediata de la convención, puesto que, a su juicio, cualquier disposición de esa convención sería *«no autoejecutable»*, pues *«impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle a esta efectiva vigencia»*.¹¹⁷⁰ De esa forma, se consideró limitada la eficacia normativa de ese importante tratado internacional de derechos humanos.

El citado fallo publicado por el Tribunal Constitucional de Chile en 2009 contrasta con lo que fue decidido por el mismo Tribunal en 2003, en el caso en que se declaró la inconstitucionalidad de la incorporación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En el fallo de 2003, se consideró que la convención sería autoejecutable y, debido a eso, dependería del cumplimiento de las normas procedimentales para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales. En el segundo fallo, de 2009, el mismo Tribunal consideró que el tratado internacional que trata del mismo tema (la desaparición forzada de personas), a diferencia de la convención interamericana similar, no sería autoejecutable y, por eso, no debería ser examinada su constitucionalidad, de forma preventiva, por el Tribunal Constitucional.

En los dos casos, en nuestra opinión, el Tribunal Constitucional perdió una oportunidad óptima para considerar que los mencionados tratados internacionales de derechos humanos pasaron a integrar, formal e informalmente, el bloque de constitucionalidad de Chile, considerando que las reglas procedimentales de recepción de

¹¹⁶⁹ El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional en el rol 1483-09 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1483-09>. Fecha de acceso: 6.9.2014.

¹¹⁷⁰ Cfr. el octavo considerando de la sentencia del Tribunal Constitucional en el rol 1483-09.

los tratados internacionales «genéricos» no deben ser aplicadas a la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos, que no son leyes orgánicas y no sirven solo para la interpretación de la Constitución nacional.

También en la jurisprudencia de los años siguientes del Tribunal Constitucional de Chile, continuamos encontrando algunos fallos en que no está reconocido el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, si bien existen algunas sentencias del Tribunal en que son aplicados los tratados internacionales de derechos humanos en complementación a las normas constitucionales chilenas.

Así, por ejemplo, en el rol 1988-11, que trataba de un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de los artículos 7, 10.3, 14.2, 14, 15, 16, 17 y 40 del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, el Tribunal Constitucional, entre otros temas y cuestiones, tuvo que decidir si el derecho a la consulta previa y adecuada a los pueblos indígenas y tradicionales, que está reconocido en la Convención 169 de la OIT (un verdadero tratado de derechos humanos de los pueblos indígenas), era, en el sistema jurídico chileno, aplicable y autoejecutable. A esa cuestión el Tribunal Constitucional contestó que sí, que las normas de la Convención 169 de la OIT son plenamente aplicables y deberían ser observadas en el proceso legislativo que aprobó, en Chile, el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales. A pesar de eso, el Tribunal entendió que, en el caso concreto, no era posible saber si la Convención 169 de la OIT fue o no violada.¹¹⁷¹

En noviembre de 2011, encontramos otro *leading case* polémico, en que el Tribunal Constitucional de Chile decidió sobre otro importante tema de los derechos humanos: el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En la sentencia referente al rol 1881-10, pronunciada el 3 de noviembre de 2011, se buscaba determinar si la aplicación del artículo 102 del Código Civil chileno, que solo admite el matrimonio entre un hombre y una mujer, sin autorizar que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio, viola o no el derecho a la igualdad ante la ley, garantizado en el artículo 19. 2 de la Constitución

¹¹⁷¹ Cfr. el decimonoveno considerando de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol 1988-11.

de Chile.¹¹⁷²

En el mencionado fallo, el Tribunal Constitucional consideró que «*los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional*»¹¹⁷³ y que la ley impugnada no estaba en contradicción con la Constitución. Por eso, el Tribunal rechazó la petición de los requirentes, que buscaban el reconocimiento de la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, bajo la crítica de muchos defensores de los derechos humanos en Chile, el Tribunal Constitucional no tomó en consideración las normas internacionales de los derechos humanos que podrían haber sido evocadas en favor de los requirentes. El único voto disidente fue pronunciado por el juez Hernán Vodanovic Schnake.¹¹⁷⁴

En enero de 2013, el Tribunal Constitucional tuvo una oportunidad más para examinar el tema de la eficacia y del rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos, en la sentencia del rol 2387-12.¹¹⁷⁵ Se discutía, en ese rol, la constitucionalidad de un proyecto de ley que modificaba la Ley General de Pesca y Acuicultura. Estaba en cuestión, una vez más, la aplicación de la Convención 169 de la OIT, considerando que, supuestamente, el proyecto violaba el derecho de los pueblos originarios de acceso a los recursos naturales, especialmente a los pescados, sin que los pueblos indígenas y tradicionales afectados hayan participado de las discusiones del proyecto. Según los senadores que solicitaron al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del proyecto de ley en defensa de los pueblos indígenas, la Convención 169 de la OIT, que garantiza derechos humanos a los pueblos originarios, estaría dotada del rango constitucional en Chile.

Para resolver el caso del rol 2387-12, el Tribunal Constitucional tuvo que

¹¹⁷² El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile proferida en el rol 1881-10 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>>. Fecha de acceso: 5.9.2014.

¹¹⁷³ Cfr. el cuarto considerando de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile proferida en el rol 1881-10.

¹¹⁷⁴ Es interesante observar que los votos mayoritarios (contra la autorización para el matrimonio entre parejas del mismo sexo) mencionan el PIDCP, en su artículo 23.2, que reconoce el derecho al matrimonio entre hombres y mujeres, mientras que el voto disidente del juez Hernán Vodanovic Schnake (que estuvo en sintonía con los movimientos de derechos humanos) en ningún momento hizo referencia a las normas internacionales de derechos humanos.

¹¹⁷⁵ El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en el rol 2387-12 puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2387-12>>. Fecha de acceso: 7.9.2014.

examinar, en primer lugar, cuál es el rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile y, en segundo lugar, cuál es la eficacia normativa de la Convención 169 de la OIT en el orden jurídico chileno. Eso lo hizo el Tribunal entre los considerandos 10° y 20° de la fundamentación jurídica de su sentencia; veamos:

Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N° 17°, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma.

Precisamente ésta fue la conclusión sentada por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 346, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, oportunidad en la que, haciendo suya la tesis explicada por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se sostuvo que: «En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica ...» y que «las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales. Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa» (considerando 75°). El Tribunal Constitucional reiteró, en esta sentencia, el criterio previamente vertido en la sentencia Rol N° 46, de 1987, donde había advertido que el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto (considerando 70°), con lo cual descartó la tesis de que a tales tratados pudiera reconocérseles rango constitucional;

Que resulta necesario reflexionar sobre el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que subraya y resalta, especialmente, el deber de todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como ocurre con el mencionado Convenio 169.

Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* —que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, que obliga a todos los órganos del

Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena).

Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar —ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en ejercicio del Poder Constituyente tales tratados a rango constitucional;

Que, en el mismo orden de consideraciones, el deber de «respetar» los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes se refiere al imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de hacer cumplir las normas que los contienen cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional. En cambio, la obligación de «promover» tales derechos alude a la necesidad de remover los obstáculos que dificultan su libre ejercicio;

Que esta Magistratura Constitucional cree útil recordar que el Convenio N° 169 de la OIT se incorporó al ordenamiento jurídico nacional como ley de la República al promulgarse, por Decreto Supremo N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 14 de octubre de 2008, luego de haber sido aprobado por el Congreso Nacional y haberse dado cumplimiento a la exigencia constitucional de control previo de su constitucionalidad por parte de este Tribunal;

(...)

Que los motivos precedentes son suficientes para desechar los requerimientos acumulados, en lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad formal del proyecto de ley reclamado, por infracción al Convenio 169 de la OIT, y así se declarará. Resulta claro que, descartada la tesis originalmente sustentada por los requirentes en orden a que el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tenga rango constitucional, podría simplemente procederse a rechazar los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad de forma contrastando normas de un proyecto de ley con otra —artículo 6° del aludido Convenio— que no tiene rango constitucional;

(...)

Que lo anterior resulta esencial de tener presente, pues si bien este mismo Tribunal, en sentencias recaídas en los roles N°s 309 y 1050, ha calificado al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como una norma autoejecutable o *self-executing*, ello debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales, lo que posibilita diversas interpretaciones de aplicación, en el derecho interno, de los parámetros conceptuales que ellas contienen. Este margen de discrecionalidad sobre la oportunidad y materia de la consulta puede ser perfectamente delimitado por la experiencia, guías y buenas prácticas que la Organización Internacional del Trabajo ha acumulado a lo largo de los años de vigencia del Convenio N° 169. Así, por lo demás, se desprende del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

Con esas consideraciones, el Tribunal Constitucional de Chile desestimó las inconstitucionalidades alegadas en los requerimientos y dejó claro su posición actual de que los tratados internacionales de derechos humanos en Chile no están dotados del *status* constitucional y no forman parte, ni siquiera materialmente, del bloque de constitucionalidad del orden jurídico chileno.

Pese a que el Tribunal Constitucional de Chile mantenga la orientación que aquí describimos, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del mismo país, podemos encontrar importantes precedentes jurisprudenciales en favor del reconocimiento de la fuerza normativa especial de las normas internacionales de derechos humanos en Chile.

Una de las principales sentencias de la Corte Suprema de Justicia en que está marcada la posición en favor del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico chileno es la sentencia de 24 de septiembre de 2009 de su Segunda Sala, que rechazó el recurso de casación de dos autores del delito de tormentos o rigor innecesario causando lesiones graves.

En tal sentencia, la Corte Suprema chilena negó efectos jurídicos a la amnistía concedida en el Decreto-Ley 2191/1978, basándose en principios internacionales de derechos humanos que *«gozan de primacía constitucional, de modo que una interpretación progresiva y finalista de la Constitución los hace prevalecer sobre la legislación interna»*.¹¹⁷⁶

Como pudimos fácilmente deducir, la posición jurisprudencial conservadora del Tribunal Constitucional de Chile no ha sido un impedimento para que la Corte Suprema de Justicia y también la doctrina constitucionalista del país consideren como correcta la tesis que los tratados internacionales de derechos humanos, en Chile, están dotados del rango constitucional y deben ser aplicados de forma integrada con la Constitución del Estado.

¹¹⁷⁶ El mencionado fragmento de la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, p. 26.

9.8.5 La necesidad de una evolución hermenéutica respecto al tema del rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile

En el ítem anterior, fue posible concluir que el Tribunal Constitucional de Chile tiene una jurisprudencia ya consolidada contra el reconocimiento del rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en el país. Hubo casos incluso en que el Tribunal reconoció que las normas internacionales de derechos humanos no serían *self-executing*, como el caso del fallo sobre la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Sin embargo, esa interpretación no es absoluta en la jurisprudencia de los demás órganos judiciales del país (como la Corte Suprema de Justicia) y tampoco es compartida de forma unánime por los constitucionalistas chilenos, lo que nos permite considerar que, en el futuro, sea posible que haya una evolución de la jurisprudencia constitucional chilena, en favor de una fuerza normativa más intensa de los tratados internacionales de derechos humanos.

Intentando superar o interpretar mejor la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a ese tema, todavía encontramos juristas chilenos, como Regina Ingrid Díaz Tolosa¹¹⁷⁷, que defienden que no existe necesariamente una relación de subordinación o jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno chileno, sino una relación de complementación (tal como defendía Humberto Nogueira Alcalá en 1992), ya que los ámbitos jurídicos internacional y chileno se integrarían y formarían un sistema conjunto que busca la afirmación de los mismos valores humanísticos y de la dignidad humana.

Aunque, desde su perspectiva, Díaz Tolosa defiende no existir una situación de jerarquía jurídica, creemos que su idea —que no parece equivocada— de integración entre las normas de los tratados internacionales de derechos humanos y las normas internas que tratan de los mismos derechos (normalmente, normas constitucionales) lleva a la misma conclusión de que las normas internacionales de derechos humanos, en Chile, están

¹¹⁷⁷ Cfr. Regina Ingrid Díaz Tolosa: «Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación?», en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, v. 77, 2012, pp. 263-274.

integradas formal y materialmente en el sistema constitucional chileno (gozando, por lo tanto, de rango constitucional), complementando las normas constitucionales que tratan de los derechos humanos fundamentales en aquel Estado, tal y como defiende Humberto Alcalá Nogueira desde los años noventa¹¹⁷⁸ y hoy día también defiende Marisol Peña Torres¹¹⁷⁹.

De esa manera, con apoyo especialmente en el artículo 5.2 de la Constitución chilena, y por los fundamentos que ya explicamos, creemos que todavía sea posible desarrollar la interpretación constitucional en Chile a fin de reconocerse que los tratados internacionales de derechos humanos integran, formal y materialmente, el bloque de constitucionalidad del país.

9.9 El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Uruguay

La vigente Constitución de Uruguay, repitiendo los anteriores textos constitucionales uruguayos (de 1934, 1942 y 1952), en el único dispositivo que hace referencia a los tratados internacionales (art. 6°)¹¹⁸⁰, nada menciona respecto a su rango normativo.

De esta manera, como bien notó Augusto Guevara Palacios¹¹⁸¹, tocó a la doctrina jurídica uruguaya defender —o construir la teoría de— que los tratados internacionales, en general, tienen el mismo rango interno de las leyes, pero las normas de los tratados internacionales —y demás normas internacionales— de derechos humanos disfrutaban de una posición jerárquica igual al de la Constitución, formando parte del bloque

¹¹⁷⁸ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá: «El sistema constitucional chileno», ob. cit., p. 292.

¹¹⁷⁹ Cfr. Marisol Peña Torres: ob. cit, p. 221.

¹¹⁸⁰ Así consta en el artículo 6° de la Constitución de Uruguay: «*En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.*» El texto de la Constitución de Uruguay está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Fecha de acceso: 22.2.2014.

¹¹⁸¹ Cfr. Augusto Guevara Palacios: ob. cit, p. 527.

de constitucionalidad, debido a la cláusula de los derechos implícitos, establecida en el artículo 72 de la Constitución de Uruguay.¹¹⁸²

Pese a que los constitucionalistas e iusinternacionalistas uruguayos, liderados por el extraordinario jurista Héctor Gros Espiell¹¹⁸³, hayan ya defendido, hace mucho tiempo, la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, fue solo en 2009 (por medio de la sentencia 365/2009) cuando la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, por primera vez, reconoció formalmente la existencia de un bloque de constitucionalidad integrado por normas de derechos humanos y derechos fundamentales, que deben interaccionar en favor de la máxima protección de los derechos humanos.¹¹⁸⁴

La sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay trataba de examinar una excepción de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscalía Nacional contra la Ley 15848/86, conocida como «Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado», que amnistiaba los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares, policiales o equiparados, cometidos con ocasión del cumplimiento de sus funciones durante el periodo político represor y antidemocrático. La Fiscalía Nacional impugnó la mencionada ley debido a su contrariedad con las normas del Pacto de San José y la jurisprudencia unívoca y reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁸⁵

A fin de declarar la inconstitucional de la mencionada ley de amnistía, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay tuvo que reconocer que los tratados internacionales de derechos humanos válidos en el país están integrados en el orden constitucional. Transcribimos aquí el fragmento de la sentencia 365/2009 que reconoce el concepto de un bloque de constitucionalidad integrado por las normas internacionales de derechos

¹¹⁸² El artículo 72 de la Constitución de Uruguay tiene el siguiente contenido: «*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*».

¹¹⁸³ Cfr. Héctor Gros Espiell: «Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional», en *Problemas actuales del derecho constitucional: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, pp. 183-186.

¹¹⁸⁴ Cfr. Augusto Formento y José Miguel Delpiazzo: «Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 18, 2010, p. 101.

¹¹⁸⁵ El texto de la sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 9, 2010, pp. 191-214.

humanos:¹¹⁸⁶

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, «El «Estado de Derecho» (Rechtsstaat)», en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604).

El citado autor sostiene: «En el Uruguay, los principios generales de derecho «inherentes a la personalidad humana», tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario» (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15).

En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que «en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana» (Risso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Más recientemente, también encontramos en la sentencia 20/2013 de la Suprema Corte de Justicia en el mismo sentido de la integración del bloque de constitucionalidad y de la aplicación del principio *pro homine* en el mencionado

¹¹⁸⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 210-211.

bloque:¹¹⁸⁷

En aplicación de la interpretación pro homine de los DDHH conforme el bloque de constitucionalidad, cuya aplicación es imperativa para todos los órganos jurisdiccionales, como afirmara esta Corte en Sabalsagaray, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad cuyo contenido fuera descrito en aquel pronunciamiento.

En síntesis, observamos que, en Uruguay, existe una coincidencia de opiniones en la jurisprudencia constitucional y en los medios académicos, que reconocen la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y la existencia de un bloque de constitucionalidad —material y formal— integrado por normas de origen constitucional e internacional, que interaccionan en favor de la máxima protección de los seres humanos.

9.10 El rango de los tratados internacionales de derechos humanos en Paraguay

9.10.1 La Constitución paraguaya de 1967

En la anterior Constitución paraguaya de 1967 (promulgada en un régimen dictatorial) ya estaba reconocido como norma constitucional el respeto fundamental de los derechos humanos.¹¹⁸⁸ También los tratados internacionales fueron reconocidos en esa constitución nacional como parte integrante del derecho paraguayo (y quizá gozando de primacía ante la ley). Así constaba en los artículos 8° y 9° del mencionado texto constitucional:

Artículo 8. Esta Constitución es la ley suprema de la Nación. Los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales, ratificados y canjeados, y las leyes, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

¹¹⁸⁷ El texto de la sentencia 20/2013 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://medios.elpais.com.uy/downloads/2013/sentenciascj.pdf>>. Fecha de acceso: 5.3.2014.

¹¹⁸⁸ El texto de la Constitución de Paraguay de 1967 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsje.gov.py/constituciones.php>>. Fecha de acceso: 5.3.2014.

Artículo 9° La República admite los principios del Derecho Internacional; condena la guerra de agresión y de conquista y toda forma de colonialismo e imperialismo; acepta la solución pacífica de las controversias internacionales por medios jurídicos; y proclama el respeto a los Derechos Humanos y a la soberanía de los pueblos. Aspira a vivir en paz con todas las Naciones y a mantener con ellas relaciones de amistad, culturales y de comercio, sobre la base de la igualdad jurídica, la no intervención en los asuntos internos y la autodeterminación de los pueblos. La República podrá incorporarse a sistemas multilaterales internacionales de desarrollo, cooperación y seguridad.

Aunque el mencionado texto constitucional de Paraguay estableciese el respeto a los derechos humanos como norma constitucional, y pese a la fuerza normativa reconocida a todos los tratados internacionales «ratificados y canjeados» por Paraguay, no quedaba evidente en el orden constitucional de 1967 la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos; al contrario, se suponía, en aquel entonces, que las normas internacionales (todas ellas) estaban en un nivel inferior al constitucional. Además de eso, la promesa de respeto a los derechos humanos parecía meramente retórica política, ya que el país se encontraba, desde el año 1954 (y hasta 1989), sujeto al poder absoluto antidemocrático del general Alfredo Stressner.¹¹⁸⁹

De esa forma, a pesar del texto constitucional aparentemente progresista, los tratados internacionales de derechos humanos, en Paraguay, hasta el fin del periodo dictatorial, no gozaban efectivamente de la aplicabilidad directa e inmediata o de cualquier fuerza normativa.

9.10.2 La Constitución de la República de 1992

El régimen dictatorial paraguayo solo llegó a su fin en 1989. Tres años después, en 1992, entró en vigor una nueva Constitución que, debido a su momento histórico, simbolizó la redemocratización de Paraguay y la afirmación constitucional del

¹¹⁸⁹ Cfr. Fátima Andrada: «Instituciones internas de protección de los derechos humanos», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 42.

respeto a los derechos humanos.

A pesar de la apertura democrática, institucional e internacional proporcionada por la nueva Constitución, esta, en su literalidad, no manifiesta con exactitud el rango de los tratados internacionales. De hecho, en el ya renovado orden constitucional democrático, el sistema jerárquico de fuentes del sistema jurídico paraguayo está así dispuesto en el artículo 137 de la Constitución de Paraguay:¹¹⁹⁰

Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

El artículo de la Constitución de Paraguay, si es interpretado literalmente, nos deja la impresión de que todos los tratados internacionales son incorporados en el sistema paraguayo con el rango normativo meramente legal. Sin embargo, el artículo 142 del texto constitucional paraguayo contiene una norma que respalda la defensa del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos.¹¹⁹¹ Transcribimos aquí la mencionada cláusula constitucional paraguaya:

¹¹⁹⁰ El texto de la Constitución de Paraguay de 1992 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsje.gov.py/constituciones.php>>. Fecha de acceso: 5.3.2014.

¹¹⁹¹ En ese sentido, defendiendo el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en Paraguay, cfr. Cynthia González Feldmann: «La implementación de los tratados internacionales de derechos humanos por el Paraguay», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 20. En otro sentido, apoyando un rango «cuasiconstitucional», vid. María Elodia Almirón Prujel: «Los derechos y Constitución nacional», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 35.

Artículo 142 — DE LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS

Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.

De acuerdo con el artículo 142 de la Constitución de Paraguay, solo un procedimiento legislativo idéntico al de la reforma constitucional es apto para derogar un tratado internacional de derechos humanos en Paraguay. Por lo tanto, si solo un acto legislativo del mismo nivel de una enmienda a la Constitución puede derogar una norma internacional de derechos humanos, se puede concluir, lógicamente, que tal norma internacional goza de un rango normativo constitucional. Si fuese ella una norma con rango meramente legal, no tendría sentido establecer el procedimiento de enmienda constitucional para su derogación.

Además de eso, en el artículo 145 de la misma Constitución, está establecido que la República admite (y, por lo tanto, se somete a) un orden jurídico supranacional de protección de los derechos humanos. Veamos el contenido del artículo 145:

Artículo 145 - DEL ORDEN JURIDICO SUPRANACIONAL

La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, 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.

Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Como se puede percibir, a la vez que la Constitución paraguaya reconoce la supremacía sola de la propia Constitución, también somete la República de Paraguay a un orden jurídico superior que «*garantice la vigencia de los derechos humanos*». A nuestro juicio, las dos prescripciones normativas no son contradictorias. Si entendemos que el sistema supranacional de derechos humanos se integra con las normas constitucionales paraguayas, podremos legitimar el orden internacional y, a la vez, continuar afirmando, de modo pleno, la supremacía constitucional en Paraguay.

Examinando la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, observaremos que los tratados internacionales de derechos

humanos están siendo efectivamente aplicados conjuntamente con las normas constitucionales del país. Así, por ejemplo, en la sentencia 1306, del 15 de octubre de 2013, en un *leading case* que trataba del derecho humano fundamental a la información, la Corte Suprema de Justicia paraguaya integró la norma del artículo 28 de la Constitución de Paraguay con las normas del artículo 13 del Pacto de San José y del artículo 19 del PIDCP, a fin de garantizar al ciudadano el mencionado derecho de acuerdo con la jurisprudencia ya expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo que la nómina de los funcionarios públicos y sus respectivas remuneraciones constituyen informaciones públicas a las que pueden acceder cualquier ciudadano, en razón del derecho humano fundamental garantizado en la Constitución y en los mencionados pactos de derechos humanos.¹¹⁹²

De esa forma, nos parece que los tratados internacionales de derechos humanos están siendo aplicados en Paraguay de forma integrada con las demás normas de la Constitución que integran el bloque de constitucionalidad de ese Estado.

9.11 El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Bolivia

Ya hemos mencionado anteriormente en la presente tesis la importancia para el constitucionalismo latinoamericano de la Constitución boliviana de 2009, la cual, además de proporcionar la inclusión democrática de los pueblos originarios y reconocer diversos nuevos derechos humanos fundamentales emergentes, también estableció la apertura constitucional al sistema internacional de los derechos humanos, favoreciendo la integración entre las normas internacionales y las normas constitucionales que garantizan derechos humanos fundamentales, por medio de la formación de un nuevo bloque de constitucionalidad boliviano.

De veras, el sistema constitucional boliviano, después de la vigencia de la

¹¹⁹² El texto de la sentencia 1306/2013 de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.pj.gov.py/descargas/AYS-1306.pdf>>. Fecha de acceso: 8.9.2014.

nueva Constitución de 2009, también consagra claramente la distinción entre el rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos y el rango de los demás tratados internacionales. De acuerdo con el artículo 410.2, los tratados internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad, mientras que los demás tratados internacionales son recibidos con una jerarquía superior a la de las leyes, pero inferior al rango constitucional. Así está determinado en el texto constitucional de Bolivia hoy vigente.¹¹⁹³

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 de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales.
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Como se puede percibir de la lectura de la Constitución boliviana de 2009, el constituyente de Bolivia tuvo mucho cuidado en especificar la jerarquía de las fuentes jurídicas del país, a fin de que no surja ninguna duda sobre el tema. Sin embargo, creemos que el texto constitucional debe ser interpretado de una forma todavía más lógica, en el sentido de que no solo los «tratados internacionales» tengan primacía sobre las leyes, sino también todas las normas internacionales generales que están integradas al sistema jurídico boliviano. Otrosí, no solo los «*tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos*» deben estar formalmente integrados al bloque de constitucionalidad, sino también todas las normas internacionales —como las normas de la costumbre internacional— que traten de la protección y garantía de los derechos humanos. A nuestro juicio, tal conclusión interpretativa está compatible con los propósitos de la Constitución boliviana: garantizar el respeto, con primacía, de las normas internacionales y, en el tema de los derechos humanos, garantizar a todos los seres humanos que están sujetos a la

¹¹⁹³ El texto integral de la vigente Constitución de Bolivia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>>. Fecha de acceso: 4.2.2014.

jurisdicción del Estado el máximo respeto de sus derechos elementales.

En la Constitución boliviana, también está expresado que las normas constitucionales que tratan de los derechos y garantías deben ser interpretadas de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. De acuerdo con el artículo 13.3 de la Constitución de Bolivia, los «*derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*». Tenemos la cláusula de interpretación conforme a los derechos humanos, o cláusula de la integración hermenéutica de los derechos humanos, que determina que las normas nacionales que garantizan derechos (en el caso boliviano, los derechos constitucionales) deben ser interpretadas de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

La mencionada norma constitucional integradora (artículo 13.3) fortalece la norma antes mencionada, que reconoce la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en Bolivia (artículo 410.2). Interpretando conjuntamente las dos normas, podemos también concluir que otro principio también debe ser considerado como perteneciente al sistema constitucional boliviano: el principio *pro homine*, o *pro persona*.

De hecho, si las normas internacionales de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional y deben influenciar la interpretación de las normas constitucionales del Estado boliviano, el principio *pro homine*, ampliamente reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, debe ser admitido y aplicado, a fin de que, en los casos concretos, la norma jurídica más protectora de los derechos humanos sea aprovechada.

El principio *pro homine* también debe ser entendido como una consecuencia lógica de la aplicación de normas de derechos humanos o de derechos fundamentales. Una norma que garantiza un derecho humano o fundamental nunca establece un nivel máximo de protección del derecho, sino un nivel mínimo que debe ser respetado y puede ser elevado por normas adicionales. De esta manera, normas internacionales de derechos humanos y normas constitucionales de derechos fundamentales deben ser integradas a fin de elevar al máximo ese nivel de protección. En Bolivia, esa integración normativa que

respeto el principio *pro homine* está favorecida por las dos normas constitucionales ya mencionadas, que reconocen la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos y que determinan la integración hermenéutica, con el respeto de esas normas y de su interpretación internacional.

La jurisprudencia constitucional boliviana ha aplicado las dos normas constitucionales mencionadas, la que reconoce las normas internacionales de derechos humanos como pertenecientes al bloque de constitucionalidad y la que contiene el principio de la interpretación conforme a los derechos humanos. En un caso emblemático, que trataba de la libertad de conciencia (sentencia constitucional 1662/2003-R, de 17 de noviembre de 2003), el Tribunal Constitucional boliviano reconoció, esclareció y aplicó las dos normas ya descritas. Transcribimos aquí el subítem 3.2 de los fundamentos jurídicos de la sentencia:¹¹⁹⁴

En el sistema constitucional boliviano, los derechos humanos invocados por la recurrente, como son el derecho a la objeción de conciencia, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de religión, no están expresamente consagrados como derechos fundamentales en el catálogo previsto por el art. 7 de la Constitución, ni siquiera como derechos constitucionales. De otro lado, el derecho a la libertad de cultos, si bien no está consagrado como derecho fundamental pero sí lo está como un derecho constitucional, toda vez que el art. 3 de la Ley Fundamental, a tiempo de establecer la religión oficial del Estado, la católica, apostólica y romana, reconoce que se garantiza el ejercicio público de todo otro culto.

Sin embargo, cabe señalar que en las normas que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos están expresamente consagrados los derechos invocados por la recurrente. En efecto, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque cabe aclarar que los referidos instrumentos internacionales proclaman los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de religión y a la libertad de cultos, no así a la objeción de conciencia, pues como se tiene referido precedentemente no es un derecho autónomo sino un elemento constitutivo del derecho a la libertad de conciencia.

Ahora bien, cabe señalar que este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del

¹¹⁹⁴ El texto de la sentencia 1662/2003-R del Tribunal Constitucional de Bolivia está disponible en la página: <<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/all/modulostcp/busqueda/buscador/pwresolconficha.php>>. Fecha de acceso: 18.2.2014.

orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda.

La misma posición jurisprudencial fue reafirmada, entre otros momentos, en mayo de 2010, por medio de la sentencia constitucional 110/2010-R, que trataba de la revisión de una acción de amparo interpuesta por algunos individuos que fueron acusados de los crímenes concernientes a la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza, ocurrida en 1971. En esa sentencia, el Tribunal Constitucional de Bolivia señaló que el bloque de constitucionalidad boliviano está «*conformado como unidad sistémica por tres compartimentos conexos entre sí: la Constitución Política del Estado vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y finalmente principios y valores de rango constitucional*». ¹¹⁹⁵

En síntesis, debemos reconocer que se alcanzó el consenso en Bolivia respecto a la existencia de un bloque de constitucionalidad que está formado por normas constitucionales y por normas internacionales de los derechos humanos, lo que permite a los tribunales del país aplicar conjuntamente los derechos establecidos en la Constitución plurinacional y los derechos garantizados por pactos supranacionales, favoreciendo, otrosí, como veremos posteriormente, la integración jurisprudencial en materia de derechos humanos.

9.12 El rango de los tratados internacionales de derechos humanos en Perú

9.12.1 La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución de 1979

Conforme observó Carlos M. Ayala Corao, en la anterior Constitución

¹¹⁹⁵ Cfr. el mencionado fragmento de la sentencia constitucional 110/2010-R en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, p. 25.

peruana de 1979¹¹⁹⁶, de forma inédita en la América Latina, se introdujo un precepto expreso estableciendo que los preceptos contenidos en los tratados internacionales relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Veamos el artículo 105 de la Constitución de 1979:¹¹⁹⁷

Artículo 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Así, ya en aquel entonces, la Constitución peruana deja bastante claro que las normas internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad del país, lo que se suponía que sería un gran avance histórico en la protección interna de los derechos humanos en Perú.

9.12.2 La actual Constitución peruana de 1993

En 1993, fue proclamada en Perú una nueva Constitución Política del Estado que, sin ninguna explicación razonable, dejó de repetir el texto del artículo 105 del texto constitucional anterior, que establecía el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

De hecho, la Constitución peruana actualmente vigente está dotada de todo un capítulo, el capítulo II del título II, solo para el tema de los tratados internacionales, pero quizá no es tan clara como la Constitución anterior en el tema de definir el rango normativo de las normas internacionales.

En la primera regla de tal capítulo II del título II de la Constitución de Perú, exactamente en el artículo 55, está establecido que «*los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*». No obstante, no existe, en tal capítulo, regla expresa sobre el rango normativo de los tratados internacionales en la Constitución de Perú, tal como existía en el texto constitucional anterior.

¹¹⁹⁶ El texto de la anterior Constitución peruana de 1979 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1979.htm>>. Fecha de acceso: 2.3.2014.

¹¹⁹⁷ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., p. 47.

Aunque no se encuentre norma expresa respecto al rango normativo de los tratados internacionales en Perú, existe una norma que presupone que algunos —o todos, dependiendo de la interpretación elegida— tratados internacionales están en un nivel inferior al de la Constitución. Tal norma está descrita en el artículo 200.4 de la Constitución nacional, la cual establece que es una garantía constitucional la acción de inconstitucional, que «*procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*».

Si interpretamos literalmente el artículo 200.4 de la Constitución peruana, concluiremos que los tratados internacionales, en Perú: (i) están sujetos al control de constitucionalidad, debiendo obediencia a la Constitución; (ii) «*tienen rango de ley*», es decir, no gozan de primacía en el derecho interno peruano. Adoptando la interpretación literal de la Constitución, parte de la doctrina jurídica peruana defiende la posición de que los tratados internacionales (incluso los derechos humanos) tienen el mismo rango de las leyes.¹¹⁹⁸

El origen de la contradicción entre los textos constitucionales peruanos de 1979 y 1993 está así explicada por Francisco José Eguiguren Praeli¹¹⁹⁹:

La experiencia peruana en cuanto al reconocimiento constitucional y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno y la jurisprudencia ha estado marcada por movimientos pendulares y contradicciones bastante acentuadas durante los últimos veinte años. El entusiasta avance que significó la Constitución de 1979, con una norma pionera que reconocía rango constitucional a las normas referidas a derechos humanos contenidas en pactos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, fue severamente afectado durante el régimen de facto ulterior al autogolpe del presidente Fujimori, al punto que la Constitución de 1993 eliminó este tipo de estipulación y atribuyó a los tratados mero rango de ley.

¹¹⁹⁸ Cfr. Fabián Novak y Elizabeth Salmón: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 111-116; y Luis García-Corrochano: «Las normas internacionales y la Constitución: reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución política de 1993», en *Agenda Internacional*, n. 31, 2013, p. 117.

¹¹⁹⁹ «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», en *Ius et Praxis*, v. 9, 2003, p. 5.

Pese a la aparente omisión (o desorientación) en el capítulo II del título II de la Constitución peruana y literalidad del artículo 200.4 del mismo texto constitucional, en su texto se encuentra una cláusula de integración normativa de las normas de los derechos humanos similar a la de las constituciones de España y Portugal, ya examinadas en otro capítulo. Transcribimos aquí la disposición cuarta de las «Disposiciones Finales y Transitorias» de la Constitución de Perú:

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.

De acuerdo con la citada norma constitucional peruana, los derechos reconocidos en la Constitución del país deben ser interpretados de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos convencionales y también con las normas de la DUDH, que simbolizan el conjunto del *ius cogens* internacional que trata de la protección básica de los derechos humanos. Así, como también ya examinamos en otro subítem, la Constitución peruana, además de determinar la aplicación del principio de la interpretación conforme a los derechos, reconoció, al mismo tiempo, que las normas internacionales del *ius cogens* también aplicables integran, materialmente, el sistema jurídico peruano.

La cláusula de interpretación conforme a los derechos humanos, adoptada expresamente por la Constitución peruana, nos parece ser incompatible con la admisión de que un tratado internacional de derechos humanos pueda ser derogado por una ley nacional posterior. Efectivamente, no tiene sentido determinar que la propia Constitución sea interpretada de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y, simultáneamente, admitir el rango meramente legal de tales normas. Lo más lógico sería que tales normas internacionales tengan el rango normativo supralegal o quizá constitucional.¹²⁰⁰

¹²⁰⁰ En ese mismo sentido es la opinión de Francisco José Eguiguren Praeli: «Consideramos que la existencia de esta norma y su contenido permiten sostener una interpretación que conduce a que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional. Y es que si los derechos plasmados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, se atribuye a estos el papel de parámetro o límite para el contenido de dichos derechos y su interpretación, lo que no podría ser posible si fueran normas de rango inferior a la Constitución. Es más: incluso podría argumentarse

A nuestro juicio, los mencionados artículos 55 y 200.4 de la Constitución peruana, así como la disposición cuarta de las disposiciones finales y transitorias, deben ser interpretados de forma integrada con el artículo 1° de la Constitución de Perú, que así prescribe:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El primer artículo que abre la Constitución de Perú debe ser considerado la piedra fundamental del sistema constitucional peruano. Su significado está bastante claro: todas las normas constitucionales de Perú, así como todo el sistema jurídico peruano, están orientadas por el respeto absoluto de la persona humana y de su dignidad intrínseca, y ese es «*el fin supremo de la sociedad y del Estado*». Los seres humanos, por lo tanto, deben ser considerados el fin supremo del Estado peruano y de la Constitución de Perú.

La Constitución nacional es también un acto del Estado. Ella es un acto de fundación y estructuración del Estado y, a la vez, un acto fundamental por medio del cual el Estado pacta con toda la sociedad y el pueblo las condiciones básicas de su funcionamiento. Por lo tanto, si el Estado establece, en su Constitución, que su «fin supremo» debe ser el respeto de la persona humana y de su dignidad, está el Estado reconociendo igualmente que los derechos básicos de las personas humanas, que sean derivadas de su propia dignidad, deben igualmente ser respetados como un fin supremo del Estado.

Si admitimos que el respeto a los derechos humanos debe ser el *fin supremo* del Estado peruano, debido a la piedra jurídica fundamental ubicada en el primer artículo de la Constitución de Perú, entonces debemos concluir que las normas internacionales de derechos humanos deben gozar de *supremacía* en el orden jurídico peruano cuando garanticen más derechos humanos a las personas. Debemos concluir, por lo tanto, compartiendo la opinión de muchos juristas latinoamericanos¹²⁰¹, que el artículo 1° de la

que este papel rector o delimitador de los tratados sobre derechos humanos, para efectos de la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional. En todo caso, es necesario y recomendable que la futura reforma constitucional estipule expresamente el rango, cuando menos, constitucional de los tratados sobre derechos humanos» («Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», ob. cit., p. 8).

¹²⁰¹ Vid., por ejemplo, Augusto Guevara Palacios: ob. cit., p. 497.

Constitución peruana interfiere positivamente en la interpretación de los demás artículos de esa Constitución y resulta en la afirmación del principio *pro homine*, o *pro persona*, en el sistema jurídico de Perú. Otrosí, creemos que la aplicación del principio *pro homine* no solo demanda el reconocimiento de la primacía de las normas internacionales de derechos humanos cuando está en confrontación con las normas legales, sino que también debe significar, en Perú, la aceptación de que esas normas deben estar integradas en el bloque de constitucionalidad del país.

Como hemos observado, el principio *pro homine* (art. 1º de la Constitución) y el principio de la interpretación conforme a los derechos humanos (disposición cuarta de las disposiciones finales y transitorias) están acogidos por la Constitución peruana. Así, si la norma maximizadora de los derechos humanos debe prevalecer y si las normas constitucionales que reconocen derechos deben ser interpretadas de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, creemos que es más adecuada la interpretación constitucional en Perú que reconoce la jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos que están integradas el sistema jurídico peruano.

Esa misma conclusión surge si examinamos, desde la perspectiva histórica, la Constitución peruana. Se supone que, en el tema de la protección de los derechos humanos, el actual sistema constitucional peruano está más avanzado, desarrollado en su sistema anterior. Por eso, no tiene ningún sentido aceptar que el actual sistema constitucional haya rebajado el rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos.

Los sistemas constitucionales deben avanzar en la protección de los derechos humanos, nunca retroceder, respetando el principio de la progresividad de los derechos humanos. Si las normas internacionales de derechos humanos no más gozan del rango constitucional en Perú, esto sería un retroceso en la protección y desarrollo de los derechos humanos. A fin de rechazar tal retroceso constitucional, creemos que se debe reconocer, sin lugar a dudas, la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en el Estado peruano.

9.12.3 El reconocimiento del rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos por la jurisprudencia constitucional de Perú

Según Francisco José Eguiguren Praeli, la jurisprudencia constitucional peruana, en los últimos 15 años (tras el fin del régimen presidencial de Fujimori y la reincorporación al Tribunal Constitucional de los tres magistrados arbitrariamente destituidos por el Congreso, y asimismo con la ulterior renovación de los otros cuatro magistrados) caminó en el mencionado sentido de reconocer la jerarquía especial a las normas internacionales de derechos humanos en Perú, aplicando las normas internacionales de derechos humanos de forma integrada con las normas constitucionales en muchísimos precedentes que trataban, por ejemplo, de temas de reclusión penitenciaria, derecho al debido proceso, detenciones provisionales, libertad de tránsito, derecho al juez natural, derecho de ser juzgado en un plazo razonable, aplicación de principio *non bis in idem*, libertad de información y expresión, derecho al trabajo, legislación antiterrorista etc., a fin de alcanzar la máxima tutela de los derechos humanos de los jurisdicionados de Perú.¹²⁰²

Entre muchas otras sentencias de esa nueva etapa democrática y humanista del Tribunal Constitucional de Perú, podemos citar la sentencia relativa al expediente 1230-2002-HC/TC¹²⁰³, en que el mencionado tribunal reconoció que «*en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos*». Otrosí, en la sentencia referente al expediente 2488-2002-HC/TC (recurso extraordinario en *habeas corpus*), el Tribunal Constitucional de Perú reconoce la existencia en la Constitución peruana de «*una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de*

¹²⁰² Cfr. Francisco José Eguiguren Praeli: «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», ob. cit., pp. 15-32.

¹²⁰³ El texto de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú fue obtenido por medio de la siguiente página electrónica: <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>. Fecha de acceso: 5.3.2014.

gobierno».¹²⁰⁴

Combinando las dos sentencias, podemos concluir, de conformidad con la jurisprudencia constitucional de Perú, que las normas de derechos humanos son acogidas por la Constitución de Perú como normas constitucionales y la propia Constitución peruana, debido a dicha integración normativa, debe pasar a ser interpretada conforme determinan los tratados internacionales de derechos humanos.

En suma, el examen del texto constitucional peruano conjugado con la consideración de la historia constitucional del país, así como de la doctrina y la jurisprudencia constitucional de Perú, nos demuestra que, también en ese Estado latinoamericano, los tratados internacionales de derechos humanos están incorporados con el rango constitucional.

9.13 La jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en Ecuador

La reciente historia constitucional del Ecuador demuestra que, en este país, incluso en los textos constitucionales pasados, ya estaba consolidado el principio de la primacía de las normas internacionales sobre el derecho interno.

De hecho, en la anterior Constitución ecuatoriana de 1998, ya estaba establecido, en su artículo 163, que las *«normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía»*.¹²⁰⁵ Por lo tanto, en aquel entonces, ya se reconocía en Ecuador que no solo los tratados internacionales de derechos humanos gozan del rango normativo supralegal (y, en ese caso, infraconstitucional), sino también todas las normas internacionales aplicables en

¹²⁰⁴ El texto de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 137-149.

¹²⁰⁵ El texto de la Constitución ecuatoriana de 1998 (ya no vigente) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0061>>. Fecha de acceso: 21.2.2014.

el país.

Pero la actual Constitución ecuatoriana, de 2008¹²⁰⁶, está todavía más abierta al orden jurídico internacional y, en especial, al derecho internacional de los derechos humanos. Según el artículo 84, las leyes del Estado deben adecuarse a los derechos humanos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Veamos:

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.

Está claro en el dispositivo constitucional ecuatoriano transcrito que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos son, conjuntamente, el parámetro normativo de validez de las leyes y las demás normas infraconstitucionales. Por lo tanto, los derechos humanos «constitucionales» y los derechos humanos «internacionales» se integran y se funden en el bloque de constitucionalidad del Ecuador, a fin de garantizar la dignidad de los seres humanos y de las comunidades, pueblos y nacionalidades del país.¹²⁰⁷

Veamos, otrosí, lo que está señalado en el artículo 417 de su vigente Constitución:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

El artículo 424 de la misma carta constitucional establece, por otra parte, no solo que las normas internacionales de derechos humanos se integran materialmente con las normas constitucionales sino que también reconoce que, entre ellas, se debe aplicar el

¹²⁰⁶ El texto de la presente Constitución ecuatoriana (de 2008) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Fecha de acceso: 21.2.2014.

¹²⁰⁷ Cfr. Danilo Alberto Caicedo Tapia: «El bloque de constitucionalidad en el Ecuador: derechos humanos más allá de la Constitución», en *Revista de Derecho UASB-Ecuador*, n. 12, 2009, *passim*.

principio *pro ser humano*.

El nuevo texto constitucional del Ecuador marca claramente la evolución en la protección constitucional de los derechos humanos en ese país y en América Latina. De hecho, la Constitución ecuatoriana de 2008 es una de las más progresistas del mundo en el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales emergentes y, por supuesto, no podría dejar de acompañar la tendencia latinoamericana de integrar las normas internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad del país.

La conclusión a la que llegamos aquí está también basada en la reciente jurisprudencia constitucional ecuatoriana, que ha interpretado los ya mencionados artículos de la Constitución en el sentido de que las normas internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador. Una de las sentencias emblemáticas de la Corte Constitucional del Ecuador en que se discutió la integración normativa de las normas internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad es la sentencia 001-10-SIN-CC, dictada el 18 de marzo de 2010.¹²⁰⁸

La sentencia 001-10-SIN-CC es resultado de algunas acciones de inconstitucionalidades contra la Ley de Minería, interpuestas ante la Corte Constitucional del Ecuador por los Presidentes de la Confederación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador y de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay. Según los legitimados activos, la ley impugnada violaría normas de la Convención 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la CADH, el Protocolo de San Salvador y el PIDESC, además de diversas normas expresadas en la Constitución del Ecuador.

En el mencionado *leading case*, la Corte Constitucional del Ecuador, si bien hubo aceptado todas las alegaciones de inconstitucionalidades, determinó, en base a la Convención 169 de la OIT, que la ley impugnada no puede producir efectos jurídicos en «*los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias*». Para eso, tuvo la Corte que interpretar y aplicar, conjuntamente, los derechos

¹²⁰⁸ Una copia de la sentencia 001-10-SIN-CC, dictada el 18 de marzo de 2010, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.inredh.org/archivos/casos/mineria/mineria_sentencia.pdf>. Fecha de acceso: 8.9.2014.

constitucionales del Ecuador con el derecho humano a la consulta previa y adecuada de los pueblos indígenas y tradicionales, que está garantizado en la mencionada Convención de la OIT.

El *leading case* de la Ley de Minería nos demuestra que, sin duda, está reconocido en el sistema jurídico ecuatoriano que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucional del Ecuador. Sin embargo, todavía quedan dudas respecto a la mejor forma de interpretar y aplicar ese bloque de constitucionalidad. Ese es un problema que se puede solucionar mejor por medio de la integración jurisprudencial entre el sistema constitucional ecuatoriano y —especialmente— el sistema interamericano de derechos humanos.

9.14 El rango de las normas internacionales de derechos humanos en Colombia

9.14.1 La Constitución colombiana de 1886

La Constitución colombiana de 1886 fue una de las más duraderas de América Latina, estando vigente durante más de un siglo, hasta la actual Constitución de 1991.

En su artículo 76.18, establecía la Constitución de 1886 que corresponde al Congreso «*aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional*». En la segunda parte del mismo dispositivo, también estaba fijado que «*por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados*».

La misma Constitución también indicaba, en su artículo 120.20, que corresponde al Presidente de la República «*celebrar con otros Estados y entidades de*

*derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso».*¹²⁰⁹ Respecto a la recepción de las normas internacionales de derechos humanos no se encontraba ninguna norma.

Considerando que el texto constitucional de 1886 no fijaba, expresamente, ninguna regla sobre la jerarquía de las fuentes normativas, la doctrina jurídica colombiana y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia consolidaron, según narra Yannick Galland, hasta el final de la década de los ochenta, la interpretación de que los tratados internacionales en Colombia estaban dotados del mismo rango normativo de las leyes nacionales, siendo, por lo tanto, inferiores a las normas constitucionales.¹²¹⁰

9.14.2 La Constitución de Colombia de 1991

En el actual orden constitucional de Colombia, el rango normativo de las normas internacionales de los derechos humanos está definido en el artículo 93 de la Constitución de 1991, que aquí transcribimos:

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 texto constitucional colombiano, como vemos, establece que las normas internacionales de derechos humanos «*prevalecen en el orden interno*». En principio, si leemos solamente la primera parte del artículo 93, sería posible interpretar tal cláusula constitucional de dos formas distintas: (i) las normas internacionales de derechos humanos

¹²⁰⁹ El texto de la Constitución colombiana de 1886 está disponible en la siguiente página electrónica: <ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/cp/constitucion_politica_1986.html>. Fecha de acceso: 9.9.2014.

¹²¹⁰ Cfr. Yannick Galland: «Constitución, Tratados y Mistificaciones», en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, editado Manuel José Cepeda, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 161-162.

gozan de rango superior al conferido a las leyes internas; (ii) las normas internacionales de derechos humanos prevalecen sobre todas las normas internas, debiendo ser integradas al bloque de constitucionalidad del Estado de Colombia.

Sin embargo, si nos fijamos en la segunda parte del artículo 93 («*los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*»), podemos concluir que es correcta la segunda opción hermenéutica, es decir, que las normas internacionales de derechos humanos son integradas, formal y materialmente, al bloque de constitucionalidad de Colombia.¹²¹¹

De hecho, esa segunda parte del texto constitucional transcrito garantiza el principio de la interpretación constitucional conforme a los derechos humanos.¹²¹² Tal principio determina que las normas constitucionales deben ser interpretadas en conformidad con las normas internacionales de derechos y asimismo con la interpretación —y jurisprudencia— internacional consolidada sobre esos derechos.

Aunque sea posible afirmar que la integración hermenéutica no dependería, necesariamente, de una integración formal de las normas internacionales al bloque de constitucionalidad, no se puede olvidar que la equivalencia de jerarquía normativa favorece la conjugación de las normas de derechos humanos y la aplicación de la interpretación que más favorezca la eficacia amplia de esos derechos. Además de eso, enlazando las dos partes del artículo 93 de la Constitución, así como respetando los valores constitucionales que están firmados en la Constitución colombiana y en el constitucionalismo latinoamericano del final del siglo XX e inicio del siglo XXI, creemos ser más adecuado el reconocimiento del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos que están incorporadas al sistema jurídico de Colombia.

¹²¹¹ Allan R. Brewer-Carías sostiene una opinión todavía más «progresista» que la nuestra. Según el constitucionalista venezolano, por *orden interno* (mencionado en el artículo 93) debe entenderse no solo las leyes sino la propia Constitución, lo que concedería un rango supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en Colombia. Cfr. Allan R. Brewer-Carías: «Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 7, t. I, 2007, p. 89.

¹²¹² Cfr. Augusto Guevara Palacios: ob. cit., p. 494.

9.14.3 La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos

Fundamentándose en el mismo artículo de la Constitución colombiana, la Corte Constitucional de Colombia, desde su creación en 1991 (debido a la nueva Constitución nacional promulgada en aquel entonces), ha, de forma reiterada, reconocido la prevalencia de los derechos humanos en el sistema constitucional colombiano y aplicado el principio *pro homine*. Ha reconocido la Corte Constitucional colombiana, igualmente, de modo expreso, que las normas internacionales de derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad de Colombia.

Uno de los primeros precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana en favor de la prevalencia de los derechos humanos fue la sentencia C-4/92, pronunciada el 7 de mayo de 1992. En la mencionada sentencia, aunque haya sido declarado conforme a la Constitución el Decreto 333 de 24 de febrero de 1992, por el cual el gobierno de Colombia declaró el estado de emergencia social, está expreso, en su párrafo 12, que los derechos humanos no pueden ser suspendidos en el estado de excepción, tal y como determina el derecho internacional de los derechos humanos y el artículo 93 de la Constitución nacional.¹²¹³

Por su parte, en la sentencia C-295/93, dictada el 29 de julio de 1993, la Corte Constitucional reconoce que, debido a la norma inscrita en el artículo 93 de la Constitución nacional, los tratados internacionales de derechos humanos gozan de «preeminencia, superioridad o supremacía» en el orden jurídico interno. No obstante, en la misma sentencia, la Corte registró que «es condición indispensable para que los tratados o convenios internacionales prevalezcan, que sus normas no contraríen o vulneren los preceptos consagrados en nuestra Carta Política» y que el artículo 93 de la Constitución «se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a estos cuando tales instrumentos internacionales “prohíben su limitación en los Estados de excepción”, es decir, que para

¹²¹³ El texto de la sentencia C-4/92 de Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-004-92.htm>>. Fecha de acceso: 13.2.2014.

que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de excepción».¹²¹⁴ De tal forma, en ese momento, la Corte Constitucional de Colombia admitía, pero también restringía, parcialmente, el alcance de la supremacía de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico colombiano.

La jurisprudencia firmada en la sentencia C-295/93 fue reproducida un año después, en el pronunciamiento de la sentencia C-179/94¹²¹⁵. En ese último caso, la Corte Constitucional decidía sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que regulaba los Estados de excepción en Colombia. En la mencionada sentencia, la Corte utilizó expresamente, como parámetro de control de constitucionalidad, la CADH y el PIDCP, reconociendo que por lo menos el derecho internacional humanitario (o sea, aplicable en situaciones de conflictos armados) se integra formal y materialmente en la Constitución nacional de Colombia.

También tratando de la aplicación del derecho internacional humanitario en el orden interno, la Corte Constitucional, en la sentencia C-225/95, de 18 de mayo de 1995, decidió sobre la constitucionalidad de la ley de incorporación (ley 171/94) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.¹²¹⁶ En esa sentencia, como ya hemos verificado anteriormente, la Corte Constitucional de Colombia reconoció que también las normas de derechos humanos del *ius cogens* internacional forman parte del sistema jurídico colombiano y gozan de primacía. Pero, en esa sentencia, la Corte colombiana avanzó más y declaró que las normas internacionales de derechos humanos (aquí incluidas las normas de derecho humanitario, aplicables a conflictos armados) integran el bloque de

¹²¹⁴ El texto de la sentencia C-295/93 de Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm>>. Fecha de acceso: 13.2.2014.

¹²¹⁵ El texto de la sentencia C-179/94 de Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-179-94.htm>>. Fecha de acceso: 13.2.2014.

¹²¹⁶ El texto de la sentencia C-179/94 de Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>>. Fecha de acceso: 13.2.2014.

constitucionalidad del país. Así está expresado en la sentencia¹²¹⁷:

A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de «bloque de constitucionalidad», proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

(...)

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un «bloque de constitucionalidad», cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los Estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

¹²¹⁷ Cfr. el fundamento jurídico 12 de la mencionada sentencia.

La jurisprudencia constitucional colombiana respecto a la integración de las normas internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad fue reiterada en los años siguientes. En el mismo año 1995, en la sentencia C-578/95¹²¹⁸, la Corte Constitucional reafirmó la posición de las normas internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad.

En 1997, surgió un nuevo precedente de la Corte Constitucional de Colombia en favor de la integración de las normas internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad. En la sentencia C-327/97, tratando del tema de la detención preventiva, es decir, de un tema que no está abarcado por el derecho internacional humanitario, la Corte reiteró su jurisprudencia anterior, reconociendo jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.¹²¹⁹ Sin embargo, también volviendo a la interpretación firmada en 1993 y 1994, la Corte declaró que no todas las normas de los tratados internacionales están integradas en el bloque de constitucionalidad; lo estarían en ese nivel jerárquico superior las normas de derechos humanos que no pueden ser suprimidas en el Estado de excepción.

A su vez, en la sentencia C-358/97, de 5 de agosto de 1997, la Corte Constitucional de Colombia parece reconocer que no todos los tratados internacionales tienen el rango constitucional, pero que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de este rango superior.¹²²⁰ Así está registrado en la fundamentación de la sentencia¹²²¹:

La Corte ha señalado con claridad «que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior». Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución

¹²¹⁸ El texto de la sentencia C-578/95 la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-578-95.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

¹²¹⁹ El texto de la sentencia C-327/97 de la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-327-97.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

¹²²⁰ El texto de la sentencia C-358/97 de la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-358-97.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

¹²²¹ Cfr. el fundamento jurídico 6 de la mencionada sentencia.

al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.

En mismo año 1997, encontramos asimismo un importante *leading case* en que la Corte Constitucional colombiana reconoció que las normas sobre los derechos humanos de participación, de integridad étnica y cultural y a la consulta de las comunidades tradicionales, establecidos en la Convención 169 de la OIT (es decir, una norma que nada tiene que ver con el derecho internacional humanitario de los conflictos armados), también forma parte del bloque de constitucionalidad de Colombia. De acuerdo con lo que está registrado en el subítem 3.3 de la fundamentación de la sentencia SU-39/97, las normas del mencionado tratado internacional de derechos humanos, reforzando el derecho constitucional a la participación (art. 40 de la Constitución colombiana), fueron incorporadas por el sistema colombiano como normas de rango constitucional.¹²²² Transcribimos un fragmento de la aludida sentencia en ese sentido:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que forma parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

En el año siguiente, por medio de la sentencia C-191/98, de 6 de mayo de 1998, la Corte Constitucional de Colombia reafirma su jurisprudencia inaugurada en los años anteriores y menciona expresamente que las normas internacionales de derechos humanos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional consolidada de ese país, están integradas, formal y materialmente, al bloque de constitucionalidad.¹²²³ Otrosí, en esa

¹²²² El texto de la sentencia SU-39/97 de la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>>. Fecha de acceso: 26.2.2014.

¹²²³ El texto de la sentencia C-191/98, de 6 de mayo de 1998, la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C->

sentencia, la Corte Constitucional, didácticamente, explica lo que serían los bloques de constitucionalidad *lato y stricto sensu*. Extraemos aquí algunos fragmentos del ítem 5 de la fundamentación de la mencionada sentencia:

En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de «supralegalidad». Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior, de las leyes orgánicas (C.P., artículo 151), de las leyes estatutarias (C.P., artículo 152) y, como se verá adelante, de los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido lato, es decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad.

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los Estados de excepción (C.P., artículo 93). (...)

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. (...)

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.

La conceptualización del bloque de constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-191/98, que divide los bloques *lato y stricto sensu*, se aproxima a la definición de los bloques de constitucionalidad formal y material, pero no se

identifica totalmente con ese último concepto. Según la Corte colombiana, el rasgo distintivo entre el bloque de constitucionalidad *lato sensu* y el *stricto sensu* no es el contenido o la forma de la norma, sino su efecto jurídico o rango normativo. A nuestro juicio, esa distinción no es propicia al esclarecimiento del tema. Mejor sería reconocer, simplemente, el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, considerando el contenido constitucional de esas normas y dotándolas de la jerarquía formalmente constitucional.

Sin embargo, independientemente de la incógnita respecto al alcance del bloque de constitucionalidad en Colombia, es decir, del cuestionamiento sobre si todas las normas internacionales de derechos humanos gozan de esa jerarquía constitucional o si solo las normas de derechos humanos que no pueden ser suprimidas en el estado de excepción están integradas en el bloque de constitucionalidad colombiano, o también de la cuestión sobre qué normas estarían en el bloque de constitucionalidad *lato sensu* y cuáles estarían en el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, la verdad es que se firmó, en la jurisprudencia constitucional de ese país, la idea de que las normas de derechos humanos están dotadas de rango constitucional. Eso se puede percibir en precedentes jurisprudenciales más recientes.

En la sentencia C-1200/2003, por ejemplo, en que fue examinada la constitucionalidad del acto legislativo 3/2002, que reformaba el texto de la Constitución nacional, la Corte Constitucional de Colombia, pese a que haya rechazado las alegaciones de inconstitucionalidad, registró el voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, que afirmó que las normas internacionales de derechos humanos (tanto las normas de los tratados de derechos humanos como las normas de la costumbre internacional que forman parte del *ius cogens* internacional) constituyen un límite material a la reforma constitucional. Así está registrado en el fundamento jurídico 18 del mencionado voto:¹²²⁴

Estas normas de derecho internacional, sobre derechos humanos, que tienen una jerarquía superior a las normas de derecho interno, constituyen un límite positivo a la reforma de la Constitución, que no puede violarlas o los límites de derecho positivo, contenidos en la propia Constitución o en las normas de derecho internacional (derecho internacional de los derechos humanos, que tengan como fuente los tratados internacionales o la costumbre internacional o el *ius*

¹²²⁴ El texto de la sentencia C-1200/2003 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

cogens consagrado en la convención de Viena sobre los tratados internacionales).

En la sentencia C-1200/2003, la magistrada Clara Inés Vargas Hernández también defendió que las normas internacionales de derechos humanos constituyen un límite implícito al poder constituyente derivado. A su juicio, «*existen en todo ordenamiento constitucional unos límites implícitos al poder de reforma de las Cartas Políticas, no susceptibles de ser alterados por el constituyente derivado, en especial, en materia de derechos humanos por cuanto estos emanan directamente de la dignidad humana y constituyen la razón última de ser de un Estado Social de Derecho*».

Dos años después, en la conclusión de la sentencia 590/2005, de 8 de junio de 2005, que trata del examen de constitucionalidad del artículo 185 del Código de Procedimiento Penal, que limitaba la impugnación de fallos definitivos por medio de acciones judiciales, la Corte Constitucional colombiana reafirmó que las normas de la CADH e del PIDCP forman parte del bloque de constitucionalidad del país.¹²²⁵ Otrosí, en la sentencia C-401/2005, la aludida Corte colombiana reafirmó que los tratados internacionales de la OIT (que tratan de los derechos humanos al trabajo) también integran el bloque de constitucionalidad colombiano.¹²²⁶ Según Manuel Fernando Quinche Ramírez, ese precedente jurisprudencial consolidó la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que los tratados internacionales de la OIT son incorporados por ese país con el rango de normas constitucionales.¹²²⁷

En el mismo año 2005, la Corte Constitucional colombiana, retomando el parcialmente la jurisprudencia firmada en la sentencia C-1200/2003 y examinando la constitucionalidad del acto legislativo 2/2004, que reformaba la Constitución, reiteró que las normas internacionales de derechos humanos integradas en el sistema interno colombiano forman parte del bloque de constitucionalidad; sin embargo, la Corte asimismo aseveró que esas normas internacionales de derechos humanos no disfrutaban de una jerarquía supraconstitucional en Colombia. Así está registrado en el subítem 7.10.4 de la

¹²²⁵ Cfr. el fundamento jurídico 46 de la sentencia 590/2005 de la Corte Constitucional de Colombia, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

¹²²⁶ El texto de la sentencia C-401/2005 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-401-05.htm>>. Fecha de acceso: 26.2.2014.

¹²²⁷ Cfr. Manuel Fernando Quinche Ramírez: *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, p. 85.

sentencia C-1040/2005 de 19 de octubre de 2005:¹²²⁸

En la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables. Todas las normas de la Constitución tienen la misma jerarquía y no es posible juzgar si una norma de la Constitución viola otra norma de la misma Constitución considerada superior, sin perjuicio de que unas normas constitucionales sean más importantes que otras, lo cual es un asunto diferente. Tampoco existen en Colombia normas supraconstitucionales que sirvan de parámetro para juzgar la validez del contenido de una reforma constitucional. Los tratados internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad orientan al juez constitucional en la identificación de los elementos esenciales que definen la fisonomía insustituible de la Constitución de 1991, pero no son tales tratados un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una reforma de la Carta.

Posteriormente, en la sentencia C-370/2006, de 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia, en el examen de la constitucionalidad de la ley 975/2005, que trataba de 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»*, no solo utilizó normas convencionales de derechos humanos (el PIDCP, la CADH, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) como parámetro de control constitucional, sino que también utilizó, en su fundamentación jurídica, normas de la DUDH, una Declaración de la Unesco sobre el derecho a la paz, la *«Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz»*, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, celebrada en París el 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997, y el *«Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad»*, proclamados por la Comisión de Derechos Humanos de la Onu en 1998.¹²²⁹ Tales normas fueron, en la mencionada sentencia, aplicadas de forma integrada con la Constitución nacional, a fin de decidir sobre la constitucionalidad de las normas de la ley

¹²²⁸ El texto de la sentencia C-1040/2005 de la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

¹²²⁹ Cfr. el ítem 4 de la fundamentación de la sentencia C-370/2006 de la Corte Constitucional de Colombia, que está disponible en la siguiente página: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

impugnada.¹²³⁰

Finalmente, en 2013, tratando del tema de los derechos humanos de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional presentó un importante *leading case* más sobre la composición del bloque de constitucionalidad del Estado colombiano. En su sentencia C-66/2013, de 11 de febrero de 2013, la Corte de Colombia consideró que las normas internacionales de derechos humanos de las personas con discapacidad también forman parte del bloque de constitucionalidad del país.¹²³¹ Citamos aquí, especialmente, algunos fragmentos de los ítems 7 y 16 de la fundamentación jurídica de la mencionada sentencia:

7. La regulación jurídica de los derechos de las personas con discapacidad ha sido particularmente analizada por normas del derecho internacional de los derechos humanos, que al tener ese carácter se comprenden incorporadas al bloque de constitucionalidad.

(...)

16. En conclusión, la Corte ha admitido el control de constitucionalidad de expresiones normativas que, al referirse a posiciones jurídicas predicables de las personas en situación de discapacidad, vulneran su dignidad humana o su igualdad. En la mayoría de los casos analizados por la jurisprudencia, esa afectación tiene lugar cuando dichas expresiones (i) incorporan tratos discriminatorios o peyorativos, generalmente en razón de su anacronismo; (ii) imponen prohibiciones genéricas e injustificadas para que las personas en situación de discapacidad ejerzan derechos o facultades jurídicas de diversa naturaleza; o, lo que resulta especialmente relevante para esta decisión (iii) invisibilizan y/o exotizan a las personas con situación de discapacidad, contrastándolas con un pretendido parámetro de «normalidad», en contra del mandato de inclusión y reconocimiento para esa población, que se derivan de las normas que, al declarar derechos humanos, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Como se puede fácilmente percibir, la doctrina según la cual las normas internacionales de derechos humanos están integradas al bloque de constitucionalidad

¹²³⁰ Conyugando normas internacionales y nacionales sobre el derecho a la paz, la Corte Constitucional concluyó, en el subítem 4.1.8, que «cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento». Con el fundamento en tal conclusión, fueron desestimadas las solicitudes de inconstitucionalidad contra diversas normas de la ley que establecían una «puerta de retorno» a los antiguos miembros de movimientos paramilitares colombianos.

¹²³¹ El texto de la sentencia C-66/2013 de la Corte Constitucional de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-066-13.htm>>. Fecha de acceso: 19.2.2014.

colombiano está, hoy día, bastante sedimentada en la jurisprudencia constitucional de Colombia.

Dicho progreso en la interpretación de la Constitución colombiana ha representado un fuerte avance en la protección de los derechos humanos por los tribunales del país, especialmente por su Corte Constitucional, que es internacionalmente reconocida por ser una de las cortes constitucionales más garantistas del hemisferio sur.¹²³² La labor de ese admirable tribunal constitucional ha demostrado que la medida más efectiva de protección de los derechos humanos es exactamente su integración normativa con los sistemas constitucionales, de una forma que pueda garantizar a los seres humanos el más amplio y efectivo goce de sus derechos elementales.

9.15 La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Venezuela

En el anterior texto constitucional de Venezuela, de 1961, no había ninguna norma expresa respecto al rango normativo de los tratados internacionales (sean o no de derechos humanos). Ese «vacío» en la determinación del rango las normas internacionales ponía en duda, internamente, también el rango de las normas supranacionales de derechos humanos en el sistema jurídico venezolano.

Sin embargo, según Allan R. Brewer-Carías, la inexistencia de precepto constitucional expreso sobre la jerarquía de la fuentes normativas no impidió a la Corte Suprema de Justicia venezolana de reconocer, en los años ochenta, haciendo hincapie en el artículo 50 de la Constitución, que las normas de la CADH formaban parte del bloque de constitucionalidad de Venezuela, ya que los derechos reconocidos en el sistema interamericano serían inherentes a la persona humana. Según Brewer-Carías, eso lo entendió la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, el 5 de diciembre de 1996, al decidir una acción popular de inconstitucionalidad enjuiciada contra la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas (caso *Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros*), por no

¹²³² Cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., p. 105.

haberse respetado los derechos de participación de las comunidades indígenas en la producción normativa.¹²³³

En cambio, después de diciembre de 1999, con la aprobación de un nuevo texto constitucional, el Estado venezolano pasó a admitir, expresamente, que las normas internacionales de derechos humanos gozan del mismo rango de las normas constitucionales. De acuerdo con el artículo 23 de la vigente Constitución de Venezuela, 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 en 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*».¹²³⁴

El reconocimiento del rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en Venezuela está en sintonía con la doctrina constitucionalista del país. Como bien ha señalado el constitucionalista venezolano —y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— Pedro Nikken, «*no hay razón lógica, conceptual ni jurídica para que los derechos humanos reconocidos expresamente solo en instrumentos internacionales tengan un rango inferior a aquellos que también ha sido objeto de reconocimiento explícito en la Constitución*».¹²³⁵

Como se puede percibir del artículo 23 de la Constitución venezolana, no solo está establecido el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, sino que está asimismo definida la aplicación del principio *pro homine*, o *pro persona*, en el sentido de que, cuando hay un conflicto —real o aparente— entre normas internacionales, constitucionales y legales de protección y garantía de los derechos, debe prevalecer la que sea, en el caso concreto, la más favorable.

La Constitución venezolana también ampara, expresamente, el principio de

¹²³³ Cfr. Allan R. Brewer-Carías: «Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos», ob. cit., pp. 82-83.

¹²³⁴ El texto integral de la vigente Constitución de Venezuela está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.me.gob.ve/media/contenidos/2013/d_27200_395.pdf>. Fecha de acceso: 3.2.2014.

¹²³⁵ Cfr. Pedro Nikken: «El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno», en *Revista IIDH*, v. 57, 2013, p. 53.

la progresividad de los derechos humanos y de la integración jurídica de los derechos humanos. De hecho, tales principios están reconocidos en el texto constitucional de Venezuela, así como están ahí reconocidos los principios de la irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Trascibimos aquí el artículo 19 de la Constitución venezolana:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Debido al principio de la progresividad, las normas de derechos humanos deben ser siempre expandidas, nunca retraídas. Siendo una conquista histórica del pueblo y de la humanidad, los derechos humanos no pueden admitir retroceso. Así, si sumamos el principio de la progresividad (artículo 19) con la norma constitucional de Venezuela que incluye en el bloque de constitucionalidad las normas internacionales de derechos humanos (artículo 23), deberemos concluir que las normas de derechos humanos en ese país, además de gozar de la jerarquía constitucional, no pueden sufrir retroceso y, por ende, no pueden sufrir derogación por otra norma constitucional posterior.

En ese sentido, las normas de derechos humanos forman parte, en el sistema jurídico venezolano, del núcleo de irreformabilidad constitucional, de su núcleo de identidad irreformable; son cláusulas pétreas que no admiten reforma negativa, sino solo expansión. Esa expansión de los derechos humanos en Venezuela, en virtud de la última parte del mencionado artículo 19, puede venir no solo de normas constitucionales o internacionales, sino también de normas legales que desarrollen —expanden— los derechos humanos.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, encontramos algunos precedentes aplicando las normas internacionales de derechos humanos de forma integrada con la Constitución venezolana. Entre muchos otros casos, podemos citar la sentencia 1560/2000¹²³⁶, que trataba de una disputa sobre la guardia de una menor, en que la Sala Político Administrativa reconoció expresamente el rango

¹²³⁶ El texto de la mencionada sentencia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/01560-040700-16293.htm>>. Fecha de acces: 6.3.2014.

constitucional de la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, la cual fue aplicada como razón de decidir del Tribunal. Veamos un fragmento de la mencionada sentencia:

Que la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, tiene rango Constitucional, es de aplicación inmediata, y otorga competencia a los Tribunales de Menores para conocer de las solicitudes o demandas, para la devolución de los Menores, que de acuerdo al procedimiento se ordenará el emplazamiento de quien deba devolver el menor, para hacer su oposición, por lo que dicho juez conoce y decide; pudiendo ordenar la restitución del menor, -sin que ello implique prejuzgar sobre el fondo — o rechazarla.¹²³⁷

Sin embargo, pese a la claridad del texto constitucional venezolano en favor de la máxima integración de las normas internacionales de derechos humanos con el sistema constitucional del país, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha, en los últimos diez años, demostrado un cierre hermenéutico e institucional hacia el sistema internacional de derechos humanos.

Así, por ejemplo, en la sentencia 1309/2001, la Sala Constitucional aseveró que *«los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado»* y que *«no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución»*.¹²³⁸

El ícono de tal tendencia negativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela reside, de hecho, en la sentencia 1942/2003.¹²³⁹ En ese importante precedente, la Sala Constitucional de Venezuela no solo limita la influencia internacional en la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al bloque

¹²³⁷ Cfr el cuarto fundamento jurídico de la sentencia 1560/2000, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

¹²³⁸ Los fragmentos de la sentencia 1309/2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela fueron obtenidos por medio del texto de la sentencia 1939/2008, que está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>>. Fecha de acceso: 7.3.2014.

¹²³⁹ Los fragmentos de la sentencia 1942/2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela fueron obtenidos por medio del texto de la sentencia 1939/2008, que está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>>. Fecha de acceso: 7.3.2014.

de constitucionalidad venezolano (dejando operacionalmente sin efectos la propia incorporación de las normas internacionales en el bloque de constitucionalidad) sino que también justifica (o intenta justificar) el propio incumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme examinaremos en otro capítulo. Esa fricción institucional entre el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo su auge en la sentencia 1939/2008, en que (como explicaremos posteriormente) la Sala Constitucional llegó a solicitar al gobierno del país la denuncia de la CADH, tal como hiciera el Estado de Perú, en los tiempos de Alberto Fujimori.

Pese a la tendencia equivocada de la jurisprudencia constitucional venezolana que aquí registramos, la misma Sala Constitucional no niega lo que está claro en el texto constitucional del país: las normas internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad de Venezuela. El problema que queda por resolver en la jurisdicción constitucional venezolana, efectivamente, es el de cómo armonizar la interpretación nacional con la interpretación internacional de esas mismas normas de derechos humanos.

9.16 El rango constitucional (o supraconstitucional) de las normas internacionales de derechos humanos en Costa Rica

En Costa Rica, debido a una norma expresa del texto constitucional, también gozan los tratados internacionales de derechos humanos de un rango superior a las leyes y, a lo mejor, un rango constitucional, ya que tales tratados son aplicados de forma integrada a la Constitución nacional y forman parte del parámetro de control del recurso de amparo.¹²⁴⁰

De hecho, debido a la reforma constitucional de 1968, que modificó el artículo 7º (primer párrafo) de la Constitución costarricense de 1949, todos los tratados

¹²⁴⁰ Cfr. Rubén Hernández Valle: «El sistema constitucional costarricense», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, editado por Domingo García Belaude, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, p. 222.

internacionales en Costa Rica tienen «*autoridad superior a las leyes*». Otrosí, de acuerdo con el artículo 48, que es fruto de la reforma constitucional de 1989, toda «*persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República*». Así, procesalmente, tanto los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional como otros derechos humanos garantizados en tratados internacionales válidos en Costa Rica pueden ser defendidos judicialmente por medio del recurso de amparo.¹²⁴¹

Progresivamente, el texto constitucional de Costa Rica ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de ese país en un sentido todavía más avanzado, al punto de reconocer que las normas internacionales de derechos humanos no solo integran el bloque de constitucionalidad costarricense sino que también, en muchos casos, pueden incluso gozar de primacía en los casos de conflicto con la propia Constitución nacional.

Eso es lo que nos explica Gilbert Antonio Armijo Sancho, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:¹²⁴²

Sobre este extremo, y solo como acotación, podemos decir que recorrimos desde 1990 dos grandes etapas. En la primera, se sostuvo que los tratados sobre derechos humanos tenían no solo un valor superior a la ley ordinaria (artículo 7 de la Constitución Política), sino que integraban su parte dogmática (voto 3805-1992). En ese momento, esta doctrina recorrió América Latina al amparo de lo que se denominó el *bloque de constitucionalidad*. Recordemos que los franceses en la década de los años cincuenta incorporaron —a falta de una regulación, en su Constitución, de los derechos individuales—, vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaba parte del bloque de constitucionalidad.

En una segunda etapa, la Sala fomentó que, en el tanto y el cuanto, la normativa internacional le concediera al ciudadano mayores derechos que los que otorgaba la Constitución; ellos primaban sobre esta. Así, la doctrina del *valor supraconstitucional de los derechos humanos* nace como consecuencia de un asunto que es presentado ante la Sala, pues nuestra Constitución disponía que la

¹²⁴¹ Cfr. José Miguel Villalobos Umaña: «El valor jurídico de los convenios internacionales sobre derechos humanos en el sistema constitucional costarricense», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, pp. 264-273.

¹²⁴² Cfr. Gilbert Antonio Armijo Sancho: «Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editado por Víctor Bazán y Claudio Nash, Bogotá, Konrad Adenauer, 2011, pp. 143-144.

mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido.

Conforme ha puesto de manifiesto el juez constitucional costarricense Armijo Sancho, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha pasado por dos etapas: en la primera etapa, estuvo reconocido el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos; en una segunda etapa, fue necesario reconocer que las normas de derechos humanos deben primar también sobre las demás normas constitucionales de Costa Rica, aplicando, de esta forma, el principio *pro homine*.

El punto de inflexión mencionado por el magistrado Armijo Sancho fue el caso de *Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones*, (sentencia 3435-92 y su aclaración, 5759-93).¹²⁴³ En ese caso, el recurrente alegaba que estaba casado con una ciudadana costarricense y que fue denegado su solicitud de naturalización formulado con fundamento en el artículo 14.5 de la Constitución de Costa Rica.¹²⁴⁴ Solicitaba el recurrente, ante la Sala Constitucional, que la norma constitucional no fuese aplicada en su sentido literal, sino en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, que prohíben cualquier discriminación jurídica entre hombres y mujeres.

Acogiendo los argumentos del recurrente, y observando la jurisprudencia firmada por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 4/1984¹²⁴⁵, que fue emanada

¹²⁴³ El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones*, (sentencia 3435-92) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://gestor.pradpi.org/download.php?id_doc=746>. Fecha de acceso: 7.2.2014.

¹²⁴⁴ En aquel entonces, el texto constitucional registraba que: «*Son costarricenses por naturalización: (...) la mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense*». Literalmente, solo las mujeres extranjeras podrían naturalizarse con fundamento en esa norma constitucional, pero no los hombres extranjeros. Debido a la sentencia de la Corte Suprema en el mencionado caso, el texto constitucional fue posteriormente reformado, pasando ahora a constar lo siguiente: «*Son costarricenses por naturalización: (...) las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo período en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense*».

¹²⁴⁵ En la OC 4/84, la Corte Interamericana respondió a una consulta formulada por Costa Rica sobre un proyecto de reforma constitucional que, entre otras cosas, modificaba el artículo 14 de su Constitución, el cual trataba de las condiciones jurídicas para la naturalización de los extranjeros. El mencionado proyecto repetía el texto de la Constitución vigente en aquel entonces en la parte en que discriminaba hombres y mujeres en una de las hipótesis de naturalización: el matrimonio de un(a) extranjero(a) con un(a)

en respuesta a una consulta formulada por el propio Estado costarricense, la Sala Constitucional se arrimó en las normas —y jurisprudencia— internacionales de derechos humanos para decidir que la Constitución nacional de Costa Rica no podría ser aplicada de forma discriminatoria, y así determinó que *«el recurrente debe ser inscrito como costarricense si satisface los demás requisitos constitucionales y legales para la naturalización privilegiada del extranjero que se case con costarricense sin distinción de género»*.

Otro importante *leading case* de Sala Constitucional costarricense en el sentido de la «supraconstitucionalidad» de las normas internacionales de derechos humanos fue la resolución 2000-9685, de 1º de noviembre de 2000, en que los jueces constitucionales de Costa Rica respondieron a una consulta sobre el proyecto de ley que aprobaba el estatuto de la Corte Penal Internacional.¹²⁴⁶ En ese importante precedente jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Constitucional, no solo afirmó la supremacía máxima de las normas de derechos humanos, sino también afirmó que no solo las normas convencionales de derechos humanos gozan de esa jerarquía especial en Costa Rica, sino que también las normas de derechos humanos de la costumbre internacional.

En los casos antes mencionados, sería posible, teóricamente, interpretar extensivamente el texto constitucional (en caso de la naturalización, por ejemplo, interpretando la palabra «mujer» como sinónimo de «persona») a fin de alcanzar la interpretación autorizada por la Corte Interamericana y, por lo tanto, de se obedecer a las

nacional(a) solo permitiría la naturalización de la persona extranjera si está fuese una mujer. En el punto 5 de las conclusiones opinativas, la Corte, por unanimidad, entendió que *«sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges»*. La razón jurídica principal para tal conclusión está representada en el párrafo 67 de la fundamentación, en que se lee lo siguiente: *«En consecuencia, la Corte interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio. En este aspecto, sin perjuicio de otras observaciones que se hicieron al texto de la resolución propuesta por los diputados dictaminadores, [cf. supra, párrs. nos. 45 et seq], esta expresa el principio de igualdad conyugal y, en consecuencia, se adecúa mejor a la Convención. Según ese proyecto tales condiciones serían aplicables no solo a "la mujer extranjera" sino a toda "persona extranjera" que case con costarricense.»* El texto de la opinión consultiva 4/1984 de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Fecha de acceso: 9.2.2014.

¹²⁴⁶ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: «Integración del derecho internacional de los derechos humanos en Costa Rica: los instrumentos no convencionales como fuentes de derecho», en *Diálogo Jurisprudencial*, n. 2, 2007, pp. 11-37.

normas internacionales de derechos humanos. Sin embargo, en otro caso bastante controvertido de la jurisdicción constitucional costarricense, en el año 2003, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica juzgó anticonvencional una norma de la Constitución nacional que prohibía la reelección del presidente de la República.

De hecho, en la sentencia 2771/2013, la mencionada Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la Ley 4349/1969 que había reformado la Constitución política costarricense.¹²⁴⁷ La finalidad de la exitosa acción de inconstitucionalidad fue rechazar la prohibición absoluta de reelecciones para el cargo de presidente de la República, que constaba en el artículo 132.1 del texto constitucional¹²⁴⁸, y permitir, implícitamente al expresidente Óscar Arias (que ya había sido presidente anteriormente, entre los años 1986 y 1990) concurrir otra vez al cargo máximo del Poder Ejecutivo de la nación.

La Corte Suprema de Justicia juzgó procedente la acción de inconstitucionalidad. Según los magistrados de la Sala Constitucional, la reforma constitucional de 1969 (anterior a la ratificación de la CADH por el Estado de Costa Rica) violó el derecho humano fundamental a la elección; tal derecho, a su entender, está basado en normas internacionales que se integran con las normas costarricenses de derechos fundamentales. En el último párrafo de la fundamentación de la sentencia 2771/2013, la Sala Constitucional consignó que:

El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso

¹²⁴⁷ El texto de la sentencia 2771/2013, de 4 de abril de 2003, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/132/Sentencia%20reeleccion.doc>. Fecha de acceso: 10.2.2014.

¹²⁴⁸ Debido a lo que se estableció en la sentencia 2771/2013, hubo una repristinación constitucional, y el texto de la Constitución anterior a 1969 (el apartado 1º del artículo 132) pasó a estar revalidado. Su contenido es el siguiente: «*No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente: 1) El que hubiera servido a la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección, ni el Vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiere servido durante la mayor parte de cualquiera de los períodos que comprenden los expresados ocho años*».

que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: «1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades...b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores,... »; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: «2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.» De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados. La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena. Por otro lado, Costa Rica suscribió este Convenio sin reserva alguna, aceptando el ejercicio de tales derechos en la mayor libertad posible, asumiendo como únicas limitaciones las que deriven del inciso 2 del artículo 23. De resultar inconstitucional la forma en que la Asamblea Legislativa suprimió este derecho, implicaría que su restauración deba sujetarse al procedimiento correspondiente.

Con tal fundamento, en la conclusión de la sentencia 2771/2013, la Sala Constitucional así decidió:

Estimamos que la acción resulta procedente por haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado la restricción y por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado además, en el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la anulación de la reforma practicada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política mediante Ley n. 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma. (...)

De forma bastante clara, en la sentencia 2771/2003, la Sala Constitucional de Costa Rica asumió la doctrina de que la reforma constitucional no puede violar o disminuir el grado de satisfacción de los derechos humanos reconocidos supranacionalmente. Un rasgo particular del caso es que el Estado de Costa Rica ratificó la CADH con posterioridad a la reforma constitucional impugnada. La ley constitucional es de 1969 y la ratificación de la CADH es de 1970. Tal circunstancia no impidió a la Sala Constitucional de usar las normas de la CADH como parámetro de control de constitucionalidad y así invalidar la ley constitucional que era anterior. Quizá lo más

adecuado sería considerar derogada la Ley 4349/1969, por estar en confrontación con la CADH, supuestamente.

Observando, en su conjunto, los precedentes jurisprudenciales de Costa Rica, y asimismo examinando su sistema constitucional, creemos que, si se promueve la integración formal y material de las normas internacionales los derechos humanos con las normas constitucionales de derechos fundamentales, tal vez no haga falta declarar que esas normas internacionales son formalmente «supraconstitucionales», de acuerdo con la jurisprudencia constitucional del país. Si interpretamos y aplicamos de forma lógica y teleológica las normas constitucionales costarricenses, respetando el principio *pro homine*, podremos concluir que todas las normas constitucionales deben ser interpretadas en conformidad con las normas —internacionales o constitucionales— que reconocen y garantizan derechos humanos o derechos fundamentales, a fin de que tales derechos no sean violados por una interpretación constitucional inadecuada.

Igualmente, la superveniencia de una norma de derecho humano o derecho fundamental retira la eficacia de una norma —o interpretación normativa— constitucional en contrario, sin que, con eso, sea necesario declarar que las normas de derechos sean «supranacionales». Por otro lado, siendo los derechos humanos asimilados como derechos fundamentales en Costa Rica, debido al principio de progresividad de los derechos humanos y fundamentales, cualquier reforma constitucional o legal que viole tales derechos debe ser considerada inválida.

Por otro lado, materialmente, la jurisprudencia constitucional costarricense significa la primacía máxima de los derechos humanos, es decir, su prevalencia sobre todas las demás normas del sistema jurídico interno. Desde esa nueva perspectiva, aunque no haya, formalmente, jerarquía entre normas constitucionales, la apertura constitucional para el orden internacional y la evolución —incluso mutación— constitucional en favor de la protección de los derechos humanos termina por conferir a las normas de derechos humanos una fuerza y eficacia material casi «supraconstitucional».

9.17 El rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en Nicaragua

La Historia nicaragüense de los siglos XIX y XX está marcada por muchos periodos de guerra e inestabilidad política. La misma inestabilidad está reflejada en la Historia Constitucional de Nicaragua, que computa, hasta hoy, el increíble número de trece Constituciones (de los años 1824, 1826, 1838, 1858, 1893, 1905, 1911, 1939, 1948, 1950, 1974, 1979 y 1986), además de otras cuatro Constituciones «non natas» (de 1848, 1854, 1911 y 1913) y muchísimas reformas constitucionales, lo que es impresionante para un país que cuenta con menos de doscientos años de independencia.¹²⁴⁹

En el tema del reconocimiento constitucional de la fuerza normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución nicaragüense de 1979, promulgada después de la Revolución Sandinista y del fin del régimen dictatorial de la familia Somoza, estableció, en su artículo 6º, la recepción automática de los principales pactos de derechos humanos existentes en aquel entonces. Veamos el texto del citado precepto constitucional:¹²⁵⁰

Art. 6. Se garantiza la plena vigencia de los Derechos Humanos consignados en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes de Hombre de la Organización de Estados Americanos, en la forma establecida en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los nicaragüenses que se dicte simultáneamente con el presente.

Así como en otras constituciones de América Latina, la incorporación textual de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución nacional de Nicaragua significó una señal de que el poder constituyente deseó la inclusión de esos tratados en el bloque de constitucionalidad y que la nueva sociedad política nicaragüense que surgía en 1979 buscaba, supuestamente, fundamentarse en los preceptos internacionales de los derechos humanos.

¹²⁴⁹ Cfr. Margine Calderón Marengo y Edwin Castro Rivera: *Derecho constitucional nicaragüense*, Managua, Ediciones Calderón-Castro, 2007, pp. 15-72.

¹²⁵⁰ El texto de la Constitución de Nicaragua de 1979 está disponible en la siguiente página electrónica: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/1A224F38057E9DC5062573080055C4DE?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/1A224F38057E9DC5062573080055C4DE?OpenDocument). Fecha de acceso: 11.9.2014.

Actualmente, está vigente en Nicaragua la Constitución de 1986, que ya fue reformada algunas veces.¹²⁵¹ En su artículo 46, se reproduce, *grosso modo*, la mencionada norma del artículo 6º de la Constitución anterior. Veamos:

Arto. 46 En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Debido a la reforma constitucional instituida, en 1995, por la Ley 192, que alteró el texto del artículo 71 (entre otros) de la Constitución de Nicaragua, también está incorporada en el orden constitucional nicaragüense la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña. Así, además de los pactos y declaraciones de derechos humanos mencionados en el artículo 46, también forman parte del bloque de constitucionalidad de Nicaragua —expresamente— la convención mencionada en el artículo 71.

Si bien no está expresado en el texto de la Constitución nicaragüense que los tratados y las declaraciones internacionales de derechos humanos ahí mencionados están dotados, formalmente, del rango constitucional, está es una conclusión lógica del mismo precepto constitucional. Ciertamente, si una ley interna viola cualquiera de los tratados o declaraciones internacionales mencionados en los artículo 46 y 71 de la Constitución, estará la misma ley violando el precepto pertinente (artículo 46 o 71) de la Constitución, siendo, por lo tanto, inconstitucional; por lo tanto, esos documentos normativos internacionales deben ser considerados incorporados al propio texto constitucional de Nicaragua, disfrutando de la jerarquía constitucional.

Se puede cuestionar si otros tratados internacionales de derechos humanos también están dotados del rango constitucional en Nicaragua. Considerando que solo algunos pactos y declaraciones de derechos humanos están mencionados expresamente en

¹²⁵¹ El texto de la Constitución de Nicaragua de 1986 (con sus reformas) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.asamblea.gob.ni/opciones/infidip/constitucion.pdf>>. Fecha de acceso: 11.9.2014.

la Constitución, y considerando también que el artículo 182 de la Constitución nicaragüense dispone que «no tendrán valor alguno» las disposiciones de los tratados internacionales que se opongan o alteren disposiciones de la Constitución, sería posible concluir que los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Nicaragua no disfrutarían del mismo *status* constitucional.

Sin embargo, esa posible solución normativa que desnivela y desintegra los derechos humanos en dos niveles normativos diferentes está en contradicción con los principios de la unidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Los derechos humanos son derivados del valor absoluto de los seres humanos y, por eso, no comportan grados de importancia y valor entre los derechos. No sería viable declarar que, en Nicaragua, unos derechos humanos son más importantes que otros. Lo que sí es posible es verificar graduaciones en las violaciones de los derechos humanos y verificar también la diferencia de intensidad en la protección de los seres humanos, pero no clasificar los derechos humanos como más importantes o menos importantes en razón de si el tratado internacional está o no está expresado en el texto constitucional.

Además de eso, debemos observar que el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua determina que «*toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos*», lo que incluye, implícitamente, la protección de los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales de derechos humanos que fueron ratificados por Nicaragua pero no están mencionados explícitamente en el texto constitucional. En ese sentido, como bien anota Byron G. Cárdenas Velásquez:¹²⁵²

No obstante, la cláusula enunciativa del artículo 46, como sostiene Ayala (1998), representa un problema de desactualización frente a nuevos instrumentos que puede originar dificultades interpretativas. En ese sentido, dicho precepto entraña otra cuestión constitucional a resolver; esto es, conocer cuál es la jerarquía normativa de los instrumentos sobre derechos humanos excluidos del texto constitucional, lo cual, de acuerdo con Ayala (1998) podría encontrar solución en la interpretación de la «proyección progresiva de la norma», considerando que la enumeración de los instrumentos es a «título enunciativo y no taxativo, que deberá entenderse como *numerus apertus* no excluyente» (p.51). Asimismo, la declaración en términos generales del reconocimiento de «derechos inherentes a las personas»

¹²⁵² Cfr. Byron G. Cárdenas Velásquez: «La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución y la jurisprudencia de Nicaragua», en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana*, n. 15, 2011, p. 82.

del artículo 46 implicaría una referencia a otros derechos excluidos del texto constitucional; es decir, también, un reconocimiento implícito de derechos, haciendo constar su equivalencia con los derechos constitucionalizados.

Desde esa perspectiva, los derechos internacionales integrados en el orden jurídico interno van a adquirir un rango constitucional no autónomo, sino en virtud de aquel reconocimiento implícito de derechos en la Constitución, porque los derechos recogidos en el texto se configuran en un sistema abierto a los derechos contenidos en los instrumentos internacionales. Se puede inferir, como ha sostenido Bazán (2006) para el caso Argentino, que existen instrumentos internacionales sobre derechos humanos que ostentan una «jerarquía constitucional originaria y otros que receptionan una jerarquía constitucional derivada» (p. 374). Los primeros, serían aquellos instrumentos enunciados en los artículos 46 y 71 y los segundos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Nicaragua, y excluidos del texto constitucional.

Nos parece claro que la interpretación postulada por Byron G. Cárdenas Velásquez merece la consideración por los jueces y tribunales nicaragüenses. Empero, como bien enfatizó el propio Cárdenas Velásquez, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua todavía no presenta precedentes en que reconoce el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos no mencionados en el texto constitucional. Según narra Cárdenas Velásquez, en las sentencias 57/2010 y 78/2012, de marzo de 2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua reconoció que *«las disposiciones de los artículos 46 y párrafo segundo del 71, otorga a estos instrumentos internacionales rango y reconocimiento constitucional, los integra con carácter de normas constitucionales, por tanto, en el ámbito de la jerarquía normativa comparten el carácter de Supremacía que la Constitución Política tiene frente a las normas ordinarias del ordenamiento jurídico»*, pero nada estableció respecto a la jerarquía de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el orden jurídico nacional.¹²⁵³

Considerando la tendencia latinoamericana de integración de los tratados internacionales de derechos humanos en los bloques de constitucionalidad de los Estados de la región, creemos que el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua deberá, con más frecuencia en el futuro, ser interpretada y aplicada de manera que maximice la fuerza normativa de los instrumentos supranacionales de derechos humanos.

¹²⁵³ Cfr. Byron G. Cárdenas Velásquez: ob. cit., p. 85.

9.18 El rango de las normas internacionales de derechos humanos en Honduras

Así como en otros Estados de América Latina, la década de los ochenta fue un periodo de redemocratización para Honduras. El retorno a la democracia, en Honduras, estuvo jurídicamente positivado en la Constitución de 1982, la cual supuso el reconocimiento constitucional de los valores y principios internacionales de los derechos humanos. Efectivamente, en el artículo 59 de la Constitución hondureña, está establecido que «*la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado*» y que «*la dignidad del ser humano es inviolable*», lo que presupone el respeto a los derechos humanos reconocidos, en el ámbito internacional, por el Estado de Honduras.¹²⁵⁴

Aunque el respeto absoluto a la dignidad humana sea la piedra fundamental de la Constitución hondureña de 1982, no existe en su texto ninguna norma explícita respecto al rango especial que las normas internacionales de derechos humanos tienen en el orden jurídico de país. De esa forma, el examen de la jerarquía de esas normas de derechos humanos en Honduras debe empezar por el análisis de las normas constitucionales sobre la recepción de los tratados internacionales.

La recepción de los tratados internacionales en el sistema jurídico hondureño está definida en el capítulo III, artículos 16 a 21, de la Constitución hondureña. Transcribimos aquí los tres primeros artículos:

Artículo 16. Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo.

Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

Artículo 17. Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, de igual manera el precepto constitucional afectado debe ser modificado por el mismo procedimiento, antes de ser ratificado el Tratado por el Poder Ejecutivo.

Artículo 18. En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley,

¹²⁵⁴ El texto de la Constitución de Honduras, actualizado por las reformas constitucionales, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.congresonacional.hn/dmdocuments/2014/CONSTITUCION-2005.pdf>>. Fecha de acceso: 12.9.2014.

prevalecerá el primero.

Como se puede percibir claramente desde el texto constitucional hondureño, los tratados internacionales (sean de derechos humanos, sean de otras materias), en ese país, gozan de primacía sobre las normas infraconstitucionales (artículo 18); sin embargo, cuando haya un conflicto entre la norma internacional y una norma constitucional, determina la misma Constitución (artículo 17) que el tratado internacional sea aprobado «*por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución*», al contrario, por ejemplo, que la Constitución española, que determina, en tal hipótesis, que sea la propia Constitución previamente reformada.

La comparación de la norma constitucional hondureña con la norma constitucional española es interesante. En el caso de Honduras, no determina la Constitución que sea ella propia previamente reformada (tal y como en España); establece la Constitución hondureña, esto sí, que el procedimiento de aprobación del tratado internacional sea el mismo que rige la reforma de la Constitución. Aprobado por medio de tal procedimiento legislativo, nos parece que el tratado internacional pasa a gozar del mismo rango normativo de la Constitución, formando parte, por ende, del bloque de constitucionalidad.

Conforme hemos mencionado anteriormente, esa es la misma solución normativa de la Constitución brasileña reformada en 2004, la cual, en su artículo 5º, párrafo 3º, determina que los tratados internacionales de derechos humanos, cuando son aprobados por el mismo procedimientos de la enmiendas a la Constitución, gozan de jerarquía constitucional (por lo menos los aprobados después de la vigencia de la Enmienda Constitucional 45/2004). En ese caso, la diferencia de la solución constitucional de Honduras para la solución de Brasil es que el texto máximo hondureño no restringe a los tratados internacionales de derechos humanos la posibilidad de acceder al rango constitucional; es decir, todos los tratados internacionales (sean de derechos humanos o no sean), en Honduras, pueden estar dotados de fuerza normativa constitucional, bastando, para tal, que su aprobación ocurra por medio del mismo procedimiento legislativo idóneo para la reforma constitucional.

Sin embargo, esa interpretación que afiliamos no es unánime en la doctrina jurídica latinoamericana. Por ejemplo, sobre el mismo texto de la Constitución de Honduras, Humberto Henderson sigue un raciocinio contrario. Para él, si un tratado internacional, cuando es aprobado por el rito de reforma constitucional, puede contrariar la propia Constitución nacional, él pasa a disfrutar de un rango incluso superior al de esa Constitución, siendo, por lo tanto, supraconstitucional.¹²⁵⁵

La misma opinión parece ser compartida por Carlos M. Ayala Corao, que, no obstante, también pone de manifiesto que el texto del artículo 18 de Honduras permite que un tratado internacional de derechos humanos sea considerado meramente *supralegal*, cuando no está aprobado por el mismo procedimiento de reforma constitucional.¹²⁵⁶

La opinión expresada por Carlos M. Ayala Corao nos remite a la teoría del *doblo estatuto*, que está adoptada, por ejemplo, en Brasil, por su Supremo Tribunal Federal. ¿Sería que posible que, en Honduras, algunos tratados internacionales de derechos humanos (que no pasaron por el rito especial de la reforma constitucional) tengan el rango infraconstitucional mientras que otros tratados internacionales (que, tal vez, establezcan reglas sobre los mismos derechos humanos) estén dotados del rango normativo constitucional (o incluso supraconstitucional)?

Aquí debemos exponer las mismas objeciones que narramos en el examen de la jurisprudencia constitucional brasileña. No nos parece posible o conveniente que las normas internacionales de derechos humanos tengan jerarquías distintas en un mismo sistema jurídico.

Si admitimos diferentes rangos normativos para los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por un mismo orden jurídico interno, estaremos negando la unidad e indivisibilidad de los derechos humanos, ya que rangos diferentes significarían una graduación de importancia jurídica entre esos derechos. Igualmente, también la integración jurisprudencial y hermenéutica de los derechos humanos estaría perjudicada, considerando que las interpretaciones oficiales sobre los tratados internacionales de derechos humanos no tendrían el mismo valor jurídico, dependiendo del

¹²⁵⁵ Cfr. Humberto Henderson: «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*», en *Revista IIDH*, v. 39, 2004, p. 76.

¹²⁵⁶ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., pp. 42-43 y 48.

rango normativo (constitucional o infraconstitucional) de los tratados que establecen los órganos internacionales que cuidan de esos pactos.

El examen de la jurisprudencia hondureña no esclarece, de forma explícita, cual sea el rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, encontramos algunas sentencias, como, por ejemplo, la sentencia en el expediente CP-129-2009, en que la Corte Suprema de Justicia de Honduras aplicó conjuntamente la Constitución nacional con el artículo 8.2.h de la CADH (el «*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*») y el artículo 14.5 del PIDCP (el cual garantiza que «*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*») a fin de reconocer que un error en la vía recursiva del proceso criminal no impide el tribunal *ad quem* de conocer del recurso.¹²⁵⁷

En síntesis, los tratados internacionales de derechos humanos están dotados, en Honduras, de un rango superior al de las leyes, pero no hay unanimidad, en la doctrina y la jurisprudencia del país, sobre el rango constitucional de esos tratados. Futuros casos que se presenten ante la Corte Suprema de Justicia de Honduras podrán esclarecer si esos tratados son o no aplicados en ese Estado latinoamericano de forma integrada al bloque de constitucionalidad, siguiendo la opción normativa y hermenéutica más prestigiada en América Latina.

9.19 El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en El Salvador

Un año después de la Constitución democrática de Honduras, en 1983, el Estado de El Salvador también consolidó su regreso a la democracia con la proclamación de una nueva Constitución. Esa Constitución de 1983, como las demás de la región, fundamenta el sistema jurídico del país al respeto absoluto de los seres humanos, lo que

¹²⁵⁷ El texto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras en el expediente CP-129-2009 está disponible en la siguiente página: <<http://www.poderjudicial.gob.hn/Jurisprudencia/Documents/CP-129-2009.pdf>>. Fecha de acceso: 12.9.2014.

supone también el respeto integral de los derechos humanos. Veamos el artículo 1º (párrafo 1º) de la actual Constitución salvadoreña:¹²⁵⁸

Art. 1º El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Sin embargo, la Constitución de El Salvador no fija, explícitamente, el rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos, si bien establece, en su artículo 144.2, la prevalencia de todos los tratados internacionales en caso de conflicto con las leyes internas.

En efecto, la introducción de los tratados internacionales en el sistema jurídico de El Salvador se encuentra reglada en el título VI, capítulo I, sección tercera del texto constitucional salvadoreño. Allí encontramos algunas cláusulas constitucionales que, si son interpretadas por el método puramente literal, nos impone el reconocimiento del rango supralegal e infraconstitucional de los tratados internacionales en el país. Citamos aquí, especialmente, los artículos 144, 145, 146 y 149 de su Constitución nacional:

Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Art. 145.- No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República.

Art. 146.- No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplica a los tratados internacionales o

¹²⁵⁸ El texto actualizado de la Constitución de El Salvador está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.asamblea.gob.sv/asamblea-legislativa/constitucion/Constitucion_Actualizada_Republica_El_Salvador.pdf/view. Fecha de acceso: 12.4.2014.

contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un Estado extranjero.

Lo anterior no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacional.

(...)

Art. 149.- La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

Se puede ya extraer de la mera lectura del texto constitucional transcrito que, en el sistema jurídico salvadoreño, las normas internacionales (en su género, que alcanza más materias que los derechos humanos) están dotadas de un rango normativo supralegal (artículo 144), pero infraconstitucional (artículo 145).¹²⁵⁹ Sin embargo, debemos intentar superar la perspectiva simplista y literal del texto constitucional salvadoreño y verificar si, en materia de los derechos humanos, es posible concluir que la integración normativa de las normas internacionales merece una solución mejor elaborada.

Desde luego, reafirmamos que el núcleo básico de normas de derechos humanos (que encuentran resonancia en la Constitución salvadoreña) perteneciente al *ius cogens* internacional está incorporado automática e informalmente por el sistema constitucional de El Salvador (así como de los demás Estados latinoamericanos). Ese simple dato ya quiebra la premisa que todas las normas internacionales, en El Salvador, tienen jerarquía infraconstitucional.

En segundo lugar, debemos observar que la fórmula constitucional salvadoreña es común en el derecho comparado latinoamericano (o incluso *ultra mares*). De hecho, muchos sistemas internos atribuyen a las normas internacionales el rango mínimo de norma supralegal e infraconstitucional, pero, a la vez, confieren a las normas internacionales de derechos humanos un *status* diferenciado, incluso constitucional. Por lo tanto, la alusión en el texto constitucional de El Salvador de que los tratados

¹²⁵⁹ En ese sentido, cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., pp. 53-54.

internacionales no pueden derogar norma constitucional debe ser comprendida con mucho cuidado.

Está claro que, en El Salvador, un tratado internacional no puede violar la Constitución. No obstante, debemos tener el cuidado de percibir que una norma internacional de derechos humanos, por su esencia, no viola la Constitución de ese país. El texto constitucional salvadoreño establece la cláusula de apertura de los derechos humanos, según la cual la enumeración de los derechos humanos (en el texto constitucional, especialmente) no excluye otros derechos sean implícitos, que estén vinculados a los principios de los derechos humanos, que sean productos del desarrollo de otros derechos humanos o que sean incorporados desde la fuente normativa internacional.

En el artículo 52 (segunda parte) de la Constitución de El Salvador, está establecido textualmente que la *«enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social»*. La *«justicia social»*, mencionada en la cláusula de apertura del artículo 52, también está referida en el mismo texto constitucional (artículo 1º) como una obligación fundamental del Estado, junto con la libertad, la salud, la cultura y el bienestar económico.

Entre otras palabras, es posible afirmar que los principios básicos y nucleares de los derechos humanos (libertad, igualdad, solidaridad y justicia social) son principios fundamentales del Estado salvadoreño, de los cuáles surgen diversos derechos humanos implícitos o incorporados por la fuente normativa internacional. Entonces, los *«principios de justicia social»* mencionados en el artículo 52, en realidad, deben ser interpretados como principios básicos de derechos humanos que pueden ser desarrollados, por ejemplo, por medio de los tratados internacionales, los cuáles, en ese caso, pasan a interaccionar con las normas constitucionales de protección y garantía de derechos humanos y fundamentales.

Una Constitución como la de El Salvador, que es fruto de una renovación democrática y que está abierta a la recepción de nuevos derechos humanos, nunca puede ser considerada violada o derogada por una norma internacional de derechos humanos. Todo lo contrario, una norma supranacional que agrega nuevos derechos básicos a los seres humanos debe ser percibida como una complementación positiva del texto constitucional

salvadoreño, no una derogación.

Por eso, si, hipotéticamente, una norma internacional de derechos humanos parece contrariar una norma constitucional de El Salvador, tal contrariedad es meramente aparente. Si hay una cláusula de apertura de los derechos humanos en la propia Constitución, está claro que la Constitución no está siendo derogada, sino complementada, desarrollada por nuevas normas que dejan sin efectos cualesquiera restricciones anteriores de los derechos humanos.

Igualmente, conforme ya examinamos anteriormente, un principio básico de integración de las normas de derechos humanos es el principio de la armonización, que busca conciliar la norma constitucional y la norma internacional de derechos humanos, a fin de ampliar el alcance de esos derechos y limitar cualquier interpretación del texto constitucional que pueda chocar contra los derechos humanos. Aplicándose el principio de la armonización, asimismo es posible rechazar la posibilidad de que una norma internacional de derechos humanos sea comprendida como una derogación de la norma constitucional.

Con todas esas consideraciones, concluimos que los artículos 145 y 149 de la Constitución de El Salvador no deben ser interpretados en el sentido de que todas las normas internacionales de derechos humanos están sometidas al control de constitucionalidad y tiene una jerarquía inferior al de la Constitución.

Con los matices que exponemos, creemos que la situación jurídica de las normas de derechos humanos, en El Salvador, se diferencia de la situación de las demás normas internacionales; mientras que estas son incorporadas como normas jurídicas infraconstitucionales, las normas internacionales de derechos humanos interactúan con las normas constitucionales y pueden, igualmente, complementar el parámetro normativo del control de constitucionalidad.

Actualmente, nos parece que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (especialmente de su «Sala de lo Constitucional») está direccionada en ese mismo sentido. De hecho, en su reciente sentencia referente al proceso de inconstitucionalidad 61-2009, de 29 de julio de 2010, en que se argüía la

inconstitucionalidad de normas del Código Electoral que estarían en conflicto con el derecho humano establecido en el artículo 23.2 de la CADH, la Corte Suprema salvadoreña estableció el siguiente:¹²⁶⁰

Respecto a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno, esta Sala, en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003 (Considerando V.3), explicó que los tratados de derechos humanos y el catálogo de derechos fundamentales guardan entre sí una relación que no es de jerarquía, sino de compatibilidad o —como en una decisión posterior se precisó— de «coordinación» (Auto de 18-XI-2009, Inc. 47-2007 [Considerando II.1.B]). Ello significa que los derechos fundamentales y los tratados internacionales de derechos humanos se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación conforme a una finalidad común: realizar la concepción humanista del Estado y de la sociedad.

Como se puede extraer de la sentencia de 2010, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador nada más hizo que reafirmar —y consolidar— una posición jurisprudencial que ya había sido presentada el 1º de abril de 2004, en el proceso de inconstitucionalidad 52-2003, en que la misma Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña sostuvo la existencia de una relación de complementariedad entre las normas constitucionales del país y las normas internacionales de derechos humanos válidas en El Salvador.¹²⁶¹ El ese caso paradigmático, que trataba de examinar la validez de la «Ley Antimaras», están alineados los fundamentos para la aplicación integrada de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito constitucional de ese país.

Veamos un fragmento de la fundamentación de aquella sentencia de abril de 2004 (proceso de inconstitucionalidad 52-2003), en ese exacto sentido:

En definitiva, el art. 144 inc. 2º Cn., conectado con la concepción personalista del Estado —art. 1 y Preámbulo—, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una *apertura normativa* hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura

¹²⁶⁰ El texto de la mencionada sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 47-71.

¹²⁶¹ El texto de la mencionada sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 153-63.

a la establecida en la llamada *parte dogmática* de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el art. 144 inc. 2° Cn., cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

Y es que, los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un status jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo —marco de la convivencia humana—; por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona, también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del DIDH, a partir del prisma *dignidad humana*, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el Derecho Constitucional y el DIDH —por la vía del art. 144 inc. 2° Cn.— es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente *no es de jerarquía*, sino de *compatibilidad*, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.

Dicho precedente jurisprudencial referente al proceso de inconstitucionalidad de la Ley Antimaras de El Salvador, según averiguamos, establece y firma, hasta hoy, la posición oficial de la jurisprudencia constitucional salvadoreña respecto a la integración y fuerza normativa de las normas internacionales de derechos humanos en ese Estado.

Por lo tanto, con esas consideraciones, creemos que los tratados internacionales de derechos humanos también integran el bloque de constitucionalidad del sistema jurídico salvadoreño.

9.20 La preeminencia de las normas internacionales de derechos humanos en Guatemala

9.20.1 El sistema constitucional guatemalteco de 1965

Hasta el surgimiento de la Constitución guatemalteca de 1985, no se encontraba en los textos constitucionales de Guatemala una regla explícita respecto al rango normativo de las normas internacionales de derechos humanos. De hecho, eso se explica por el hecho de que, con una u otra excepción, hasta los años 80, Centroamérica no era una región en que se reconocía y se respetaba, efectivamente, la fuerza normativa de las normas supranacionales de derechos humanos; todo lo contrario, esa fue exactamente una de las regiones americanas con las más graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos que el mundo presencié en la segunda mitad del siglo pasado.

La Constitución anterior de Guatemala, de 1965, no determinaba expresamente cuál era el rango normativo de los tratados internacionales, pero, en su artículo 170.13, establecía que la ratificación de tratados internacionales que traten de algunos temas que demandan votación especial debería ser aprobada por el voto de dos terceras partes del Congreso.¹²⁶² De esa forma, el propio rito especial de aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos podría justificar el reconocimiento de un rango especial para sus normas en el ámbito del sistema jurídico interno guatemalteco. Sin embargo, no hubo, en aquel entonces, explícitamente, el reconocimiento de que las normas internacionales de derechos humanos están dotadas de una fuerza normativa especial

¹²⁶² El texto integral de la antigua Constitución de Guatemala de 1965 está disponible en la siguiente página: <http://www.minex.gob.gt/adminportal/data/doc/20100930182101427consti1965.art.1transi.pag.65.pdf>.
Fecha de acceso: 3.2.2014.

(supralegal o constitucional).

9.20.2 La Constitución guatemalteca de 1985

En la actual Constitución guatemalteca de 1985 (reformada en 1993), que es fruto de la oleada constitucional democrática de Centroamérica de los años ochenta, así como en otras constituciones de la región, afirma, en su primer artículo, que el sistema jurídico de Guatemala debe ser construido sobre la piedra fundamental del principio de la «protección a la persona» y, por ende, del respeto a la dignidad humana. Para desarrollar ese principio fundamental, determina la misma Constitución, en su artículo 2º, que es deber del Estado dotar a los seres humanos de bienes jurídicos fundamentales. Veamos el texto de los mencionados preceptos constitucionales:¹²⁶³

Artículo 1º. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Artículo 2º. Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Otrosí, existe en la Constitución guatemalteca de 1985 una norma expresa en el sentido de que los tratados internacionales de derechos humanos (o sea, no todos los tratados internacionales) gozan de «preeminencia» sobre el derecho interno. Veamos lo que está expresado en su artículo 46:

Artículo 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.

Finalmente, debemos observar la cláusula de apertura de los derechos humanos sellada en el artículo 44.1 de la Constitución, que así determina:

¹²⁶³ El texto integral de la vigente Constitución de Guatemala (1985) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.cc.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=219&Itemid=67>. Fecha de acceso: 3.2.2014.

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Para nosotros, la letra de la Constitución guatemalteca permite la construcción de tres opciones interpretativas: o (i) las normas internacionales de derechos humanos gozan de un rango supralegal pero infraconstitucional; o (ii) las normas internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad del sistema jurídico de Guatemala; o (iii) las normas internacionales de derechos humanos disfrutan de una posición jerárquica superior a todo el orden jurídico guatemalteco, con un rango supraconstitucional.

Sin embargo, para Carlos M. Ayala Corao, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, cuando menciona la «preeminencia» de las normas internacionales de derechos humanos sobre el «derecho interno», no haciendo distinción entre el derecho constitucional y el derecho infraconstitucional, está definiendo el rango supraconstitucional de tales normas en el sistema jurídico del país.¹²⁶⁴ También comulga con esta opinión Humberto Henderson, para quién los tratados internacionales de derechos humanos están dotados, en Guatemala, del rango normativo supraconstitucional.¹²⁶⁵

La preeminencia del respeto a los derechos humanos también está reflejada en el artículo 149 de la Constitución de Guatemala, que preceptúa los principios básicos de la República en el mantenimiento de sus relaciones internacionales. Veamos su texto:

Artículo 149. De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

Conjugando los preceptos constitucionales de los artículos 1º, 2º, 44, 46 y 149 de la Constitución de Guatemala, creemos que es posible desarrollar en ese país la doctrina de que los tratados internacionales de derechos humanos (que reconocen los derechos «inherentes a la persona humana») deben integrarse con las normas constitucionales explícitas, componiendo, formalmente, un mismo bloque de

¹²⁶⁴ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., p. 44.

¹²⁶⁵ Cfr. Humberto Henderson: ob. cit., p. 76.

constitucionalidad. Sin embargo, como veremos a continuación, esa todavía no es exactamente la interpretación oficial adoptada por la jurisprudencia constitucional guatemalteca.

9.20.3 La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Entre las tres opciones posibles de interpretación de los ya mencionados dispositivos de la Constitución guatemalteca, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, al principio de los años 90 (e inicio del actual período de normalidad democrática del país)¹²⁶⁶, parece haber preferido la primera opción hermenéutica que mencionamos anteriormente, o sea, la que asume el rango *supralegal* e infraconstitucional de pactos de derechos humanos.¹²⁶⁷

Trascribimos aquí un fragmento de la sentencia de amparo 280-90, de 19 de octubre de 1990, en que la Corte Constitucionalidad rechaza la jerarquía constitucional o

¹²⁶⁶ Aunque la «Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala» haya sido creada por la Constitución de 1965, ese tribunal constitucional funcionó, en sus primeros años, de forma interina; sus miembros eran magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo. En 1982, debido al conocido golpe de Estado que sufrió el país, la Corte cesó su funcionamiento. Posteriormente, por obra de la Constitución de 1985, pasó la Corte de Constitucionalidad a funcionar otra vez, y ahora con más amplios poderes y autonomía. Cfr. Jorge Mario García Laguardia: «La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala: orígenes y competencias», en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n. 8, 1994, pp. 38-42. En virtud del mencionado contexto histórico, la jurisprudencia respecto a la integración normativa de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema constitucional guatemalteco empezó a ser construido después de aquel entonces.

¹²⁶⁷ Para Alejandro Maldonado Aguirre, en 2001, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca debería ser entendida de forma diferente de la que planteamos. Según ese autor, la ubicación que la Corte ha reconocido al derecho internacional de los derechos humanos sería la del «tramo constitucional». Sin embargo, según Maldonado Aguirre, la Corte de Constitucionalidad, en su jurisprudencia, no admitía que los tratados internacionales de derechos humanos derogen o reformen la Constitución, lo que, para nosotros, claramente, es manifestación de una interpretación de supralegalidad de esos tratados. Vid. Alejandro Maldonado Aguirre: «Guatemala: recepción del derecho internacional de los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, p. 251. En el mismo año 2001, Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano también sostenía que la jurisprudencia guatemalteca reconocía el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. Vid. Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano: «Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno guatemalteco», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, p. 264. No obstante, ese mismo constitucionalista, como veremos en seguida, admitió, en otro artículo publicado en 2010, que ese no era el entendimiento prevaleciente de la Corte Constitucionalidad en la primera década del siglo presente.

supraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos¹²⁶⁸:

Al no haber disconformidad del artículo 186 inciso a) de la Constitución Política de la República con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sería necesario elucidar la pretendida preeminencia de ésta sobre la Constitución guatemalteca, como lo argumentan los sustentantes del presente amparo, que se apoyan para el efecto en lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de que «en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno». Sin embargo, por la aceptación que la sentencia examinada hace de este criterio, esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino —en consonancia con el artículo 2. de la Convención— por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice: «*Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.*» El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga, en virtud del juramento solemne que los liga para acatarla, y especialmente porque la función del Presidente de la República de «celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios» está expresamente condicionada a ejercerla «de conformidad con la Constitución» (Artículos 135 inciso b), 152 párrafo primero, 154 párrafo tercero in fine, 175, 183 incisos a) y o)

¹²⁶⁸ Cfr. el ítem 8 de la fundamentación jurídica de la sentencia de amparo 280-290 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.cc.gob.gt/sjc/mdlWeb/frmConsultaWPdf.aspx?St_DocumentoId=812374>. Fecha de acceso: 20.2.2014.

de la Constitución Política), y que podría estar sujeta a control previo de constitucionalidad, como lo establece el artículo 272 inciso e) de la misma.

La argumentación podría conducir a sostener que el artículo 46 de la Constitución se refiere a normas preconstitucionales, lo cual o bien demuestra que no existe ninguna contradicción entre el artículo 186 inciso a) de la Constitución con el artículo 23 apartados 1. y 2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o confirma que el legislador constituyente no incluyó a las normas de rango constitucional en la expresión «derecho interno», pues entonces la repetición de los derechos humanos positivados a nivel constitucional resultaba redundante, en el caso de que no hubiera disconformidad de los textos; y si en ellos hubiere colisión o choque, entonces sería suponer que los constituyentes ignoraban el contenido de los tratados y convenios vigentes, lo que un intérprete no puede permitirse presumir. Finalmente, debe advertirse que en este tema se entiende que el Estado, en sus relaciones internacionales, no debe oponer las reglas de Derecho interno para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones frente a la comunidad de las naciones (artículo 149 de la Constitución), pero aquí no es este el caso, en que un supuesto conflicto entre normas hubiese de resolverse por la jerarquización o preeminencia, puesto que -aparte de que no existe contradicción alguna- es típicamente una relación de soberanía política la definición de las condiciones habilitantes para el ejercicio de determinados cargos, en que no se discrimina en razón de hechos ajenos a las personas o a su condición social o económica o sus creencias, sino se ha legislado en protección del principio de autenticidad electoral y de efectividad de la autodefensa de la Constitución.

En la sentencia de amparo 280-90, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca no excluye textualmente la posibilidad de que las normas internacionales de derechos humanos integren el bloque de constitucionalidad del país. Su intención fue, sobre todo, excluir la preeminencia de tales normas supranacionales sobre la Constitución nacional. Sin embargo, aunque intenta demostrar que no hay conflictos reales entre las normas internacionales y la Constitución, la Corte de Guatemala termina por afirmar que, en caso de conflicto, prevalece la Constitución del Estado.

Sobre la sentencia de amparo 280-90, conocida también como sentencia del caso *Ríos Montt*, el expresidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano afirma que, a partir de tal *leading case*, la jurisprudencia constitucional guatemalteca se firmó en el sentido de que los tratados internacionales de derechos humanos se «constitucionalizan» materialmente (en el sentido de sufren una interacción con las normas constitucionales, ayudando a definir su sentido), pero no tienen supremacía sobre la Constitución, es decir, si la contradicen no pueden tener efectos; su primacía sería solo sobre las normas legales. Los tratados internacionales de derechos

humanos, así, serían supraleales, pero infraconstitucionales.¹²⁶⁹

Cinco años después, en el fallo relativo al expediente 334-95, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala reafirmó que los tratados internacionales de derechos humanos no forman parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco. Al final del segundo considerando de su fundamentación, la mencionada Corte registra que «*en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían estos últimos, pero como ya se dijo estos no son parámetros de constitucionalidad*».¹²⁷⁰

Como bien notó Augusto Guevara Palacios, el problema que encontró la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en aquel entonces, para reconocer el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (como en muchos otros sistemas jurídicos latinoamericanos) fue la norma establecida en el artículo 204 de la Constitución, según la cual los «*tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado*».¹²⁷¹

Esa cláusula de la supremacía constitucional (que puede estar enunciada de diversas otras formas) también está presente en muchas otras constituciones latinoamericanas y, por mucho tiempo, ha basado posiciones doctrinarias y decisiones judiciales contrarias a la integración de las normas internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, una parte de los juristas y jueces guatemaltecos ya defendían, hace muchos años, que una diferente perspectiva podría ser extraída de la Constitución de Guatemala, especialmente de los artículos 44 y 46. En ese sentido, Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, exmagistrado y expresidente de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, sostiene que tres normas pueden ser extraídas del texto constitucional de ese

¹²⁶⁹ Cfr. Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano: «Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 16, 2010, p. 540.

¹²⁷⁰ El texto del mencionado fallo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala está disponible en la siguiente página: <http://www.cc.gob.gt/sjc/mdlWeb/frmConsultaWPdf.aspx?St_DocumentoId=791790>. Fecha de acceso: 20.2.2014.

¹²⁷¹ Cfr. Augusto Guevara Palacios: ob. cit., pp. 508-514.

país: (i) los tratados internacionales de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno; (ii) los derechos humanos no identificados en la Constitución son igualmente derechos humanos (es decir, merecen el mismo grado de protección); y (iii) las normas del derecho internacional general de los derechos humanos son parte del derecho positivo guatemalteco.¹²⁷²

Según Rohrmoser Valdeavellano, esas tres bases constitucionales que legitiman la recepción de las normas internacionales de derechos humanos podrían ser desarrolladas por la jurisprudencia constitucional guatemalteca, en la dirección de la constitucionalización real de tales normas de derechos humanos.

A juicio de Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, existirían dos vías para la integración de las normas internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad de Guatemala. La primera vía sería la política, con la reforma de la Constitución, a fin de establecer expresamente tal integración. Para Rohrmoser Valdeavellano, no es verosímil que tal vía sea realizada por el Congreso de la República de Guatemala. Así, el exmagistrado constitucional guatemalteco exhorta la Corte de Constitucionalidad de Guatemala «*a proceder en tal sentido a través de sus propios fallos*», por medio de los instrumentos propios de la hermenéutica constitucional; esa sería la segunda vía de integración de los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad: la vía jurisprudencial.¹²⁷³

Si observamos la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca de los últimos cinco años, observaremos que la doctrina del bloque de constitucionalidad en Guatemala ya está consolidándose. Así, por ejemplo, en el tema del derecho humano de los pueblos indígenas a la consulta previa y adecuada, reconocida en la Convención 169 de la OIT, la Corte de Constitucionalidad, en una sentencia del 21 de diciembre de 2009 (expediente 3878-2007), pese a la ausencia de reglamentación interna de la norma convencional, aplicó la mencionada convención internacional afirmando que esta forma parte del bloque de constitucionalidad del país. Veamos un fragmento de la citada sentencia:

¹²⁷² Cfr. Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano: ob. cit., pp. 538-539.

¹²⁷³ Cfr. Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano: ob. cit., p. 542.

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal —sobre todo en cuanto a la legislación aplicable— a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país.¹²⁷⁴

Finalmente, en su sentencia referente al expediente 1822-2011, del 17 de julio de 2012, que trataba de una acción de inconstitucionalidad contra la omisión del Estado de incluir en la ley penal del país el delito de tortura tal y como está observado en el *ius cogens* internacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala desarrolló su interpretación respecto al bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico nacional, pasando a admitirlo —y, por ende, a admitir la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos— en los siguientes términos:¹²⁷⁵

De acuerdo a lo resaltado en los párrafos anteriores, para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances.

Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales con no sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del «bloque de constitucionalidad», institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no

¹²⁷⁴ Cfr. el considerando IV, ítem «d», segundo párrafo, de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el expediente 3878-2007, cuyo texto puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>. Fecha de acceso: 13.9.2014.

¹²⁷⁵ Cfr. el considerando IV de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el expediente 1822-2011, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.cc.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=766&Itemid=122>. Fecha de acceso: 13.9.2014.

advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República.

(...)

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país.

El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia:

(...)

Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.

El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél. En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de Derechos Humanos, para evidenciar si existe una omisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de «tortura».

Considerando las razones expuestas en el *leading case* de julio de 2012 de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, concluiremos que también ya se debe reconocer, en Guatemala, el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, así como de las normas del *ius cogens* internacional que tratan de los derechos humanos y que están informalmente incorporadas en el sistema constitucional de ese Estado.

9.21 La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en la República Dominicana

La derogada Constitución dominicana de 2002, así como las anteriores, no definía explícitamente en su texto el rango normativo de los tratados internacionales. Sin embargo, en su artículo 8º, determinaba que *«(s)e reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos»*.¹²⁷⁶

La norma del artículo 8º de la anterior Constitución de la República Dominicana era interpretada de forma conjunta con el artículo 46 del mismo texto constitucional, que expresaba que *«son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución»*. Mezclando esa cláusula de supremacía constitucional (art. 46) con la cláusula de la supremacía de los derechos humanos (art. 8º), la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana firmó el reconocimiento de que los tratados internacionales de derechos humanos son integrados en el orden jurídico dominicano con el rango normativo constitucional.

¹²⁷⁶ El texto de la derogada Constitución dominicana de 2002 está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/DomRep/domrep02.html>>. Fecha de acceso: 15.9.2014.

Por ejemplo, en su resolución 1920-2003, del 13 de noviembre de 2003, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana afirmó la existencia de un bloque de constitucionalidad formado por normas nacionales e internacionales, así considerando:¹²⁷⁷

Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.

En 2010, fue proclamada una nueva Constitución en la República Dominicana, la cual, entre otras cosas, determinó la institución de un Tribunal Constitucional, que pasó a ser intérprete oficial de las normas constitucionales del país. El nuevo texto constitucional dominicano, siguiendo la tendencia constitucional de los Estados latinoamericanos, progresó en la garantía de los derechos humanos y reconoció, expresamente, el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos introducidas en el sistema jurídico interno.

Esta es la disposición constitucional dominicana que reconoce la jerarquía constitucional de los derechos humanos (art. 74.3):¹²⁷⁸

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.

Como se percibe desde la lectura del nuevo texto constitucional dominicano, las normas internacionales de derechos incorporadas a su sistema jurídico no solo gozan del mismo rango que las demás normas constitucionales (que tratan, por ejemplo, de los derechos fundamentales) sino que también deben ser aplicadas directa e inmediatamente,

¹²⁷⁷ El texto de la resolución 1920-2003, del 13 de noviembre de 2003, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 3, 2008, pp. 29-50.

¹²⁷⁸ El texto integral de la vigente Constitución (de 2010) de la República Dominicana está disponible en la siguiente página: <<http://www.suprema.gov.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf>>. Fecha de acceso: 15.9.2014.

sin la necesidad de la producción de leyes concretas de transformación e implementación de los tratados internacionales.

Debido al nuevo texto constitucional de 2010, la jurisprudencia que se consolidó en la Suprema Corte de Justicia respecto a la integración de los tratados internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad ahora ya se reconoce en la República Dominicana como una norma explícita e incontestable de la Constitución nacional.

9.22 La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en México

La recepción y el rango normativo de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano (hasta la reforma de 2011) estaban superficialmente definidos en el artículo 133 de la Constitución de México (texto de la reforma constitucional de 1934):¹²⁷⁹

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.

Como se puede percibir, el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el artículo 6° de la Constitución federal de los EEUU, lo que no nos ayuda mucho en la tarea de definir el rango normativo de los tratados internacionales. Con arreglo a lo que está escrito en el texto constitucional transcrito, se puede deducir que los tratados internacionales, así como las leyes y la propia Constitución, son vinculantes para los jueces y todos los poderes públicos, pero no se puede, desde ahí, deducir cuál sea la jerarquía de las normas internacionales en el orden interno de México.

¹²⁷⁹ El texto actualizado de la Constitución de México está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Fecha de acceso: 15.9.2014.

Según Carlos M. Ayala Corao, la similitud entre la cláusula constitucional mexicana y la que está clásicamente consagrada en la Constitución de los EEUU influyó en la doctrina y jurisprudencia constitucional de México a asumir la teoría del rango legal de los tratados internacionales (sean o no de derechos humanos). Tal *communis opinio doctorum* mexicana perduró hasta los últimos años del siglo XX, cuando la tendencia se invirtió en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, que, en el amparo en revisión 1475/98 (decidido en 1999), decidió que las normas internacionales son incorporadas en el sistema jurídico mexicano con la jerarquía supralegal e infraconstitucional.¹²⁸⁰

De esta manera, hasta 1999, como también asevera Enrique Sánchez Bringas, prevalecía en la doctrina y la jurisprudencia mexicana la idea de que los tratados internacionales (de derechos humanos o no) y las leyes federales ocupaban el segundo nivel de la jerarquía normativa del sistema jurídico mexicano, en el grado inmediatamente inferior al nivel constitucional.¹²⁸¹

En el amparo en revisión 1475/98, la Sala Plena de la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumentó que los tratados internacionales son compromisos asumidos por el Estado de México en su conjunto y, por lo tanto, no podrían ser revisados o reformados por procedimientos legislativos ordinarios. Otrosí, argumentó que, en México, los tratados internacionales pueden tratar de cualquier materia (de competencia federal o local), lo que supone un rango superior de las normas internacionales, superior a las leyes federales o locales.¹²⁸²

Además de representar un avance en la protección de los derechos humanos (ya que muchos de los tratados internacionales ratificados por México tratan de esa materia; tales tratados de derechos humanos, así, tendrían el rango supralegal, como todos los otros tratados), el mencionado *leading case* introduce una diferenciación entre las normas internacionales de derechos humanos y las demás normas internacionales,

¹²⁸⁰ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: ob. cit., pp. 56-57.

¹²⁸¹ Cfr. Enrique Sánchez Bringas: *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, México, Editorial Porrúa, 2001, pp. 50-51.

¹²⁸² Cfr. Manuel Becerra Ramírez, Jorge Carpizo, Edgar Corso Sosa, Sergio López-Ayllón: «Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (Amparo en Revisión 1475/98)», en *Cuestiones Constitucionales*, n. 3, 2000, pp. 169-174.

afirmando que «*si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales*». ¹²⁸³

Como ya mencionamos, la protección de los grupos vulnerables es uno de los principios fundamentales de los derechos humanos. Así, cuando la Suprema Corte de Justicia mexicana menciona los tratados internacionales que amplían «*la esfera de libertades de los gobernados*» o comprometen «*al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles*», está refiriéndose, sin lugar a dudas, a los tratados internacionales de derechos humanos que, como afirma la Corte, «*deben considerarse como constitucionales*».

Pese a ser reconocida la importancia del precedente jurisprudencial del amparo en revisión 1475/98, en materia de recepción de los tratados internacionales de derechos humanos, el sistema constitucional mexicano (de forma parecida a los demás sistemas constitucionales latinoamericanos) presentó una clara y definitiva evolución solo con la realización de la reforma constitucional de 2011. Desde entonces, es posible admitir, de forma absoluta, que el sistema constitucional mexicano ya alcanzó —como veremos a continuación— el nivel máximo de reconocimiento de que las normas internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad del país.

Según Hugo Saúl Ramírez García y José Antonio Sanchez Barroso, la mencionada reforma constitucional mexicana empezó a ser construida en 2000, con la finalidad de reformar el propio Estado de México y garantizar la máxima protección de los derechos humanos en ese país.

Originalmente concebida por la «Comisión de Estudios para la Reforma del Estado», la propuesta de reforma constitucional mexicana establecía, según Ramírez García y Sanchez Barroso, cuatro puntos fundamentales: (i) el reconocimiento de la supremacía y del reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos; (ii) la plena autonomía de los órganos protectores de los derechos humanos y el carácter vinculatorio de sus recomendaciones; (iii) la lucha contra todas las formas de discriminación racial; y (iv) el establecimiento del derecho a la función pública y a la

¹²⁸³ Cfr. Manuel Becerra Ramírez, Jorge Carpizo, Edgar Corso Sosa, Sergio López-Ayllón: ob. cit, p. 175.

participación ciudadana.¹²⁸⁴

También según narran Hugo Saúl Ramírez García y José Antonio Sanchez Barroso, la mencionada iniciativa de la Comisión de Estudios para la Reforma del Estado fue acogida por el Senado mexicano, que ha propuesto llevar a cabo la reforma constitucional con tres propósitos fundamentales: (i) redimensionar la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México; (ii) profundizar la constitucionalización de los derechos humanos; (iii) fortalecer el sistema de defensa de los derechos humanos.¹²⁸⁵

La propuesta de reforma constitucional mexicana fue bien recibida por los Poderes Ejecutivo y Legislativo de México y, como bien resaltan Hugo Saúl Ramírez García y José Antonio Sanchez Barroso, estuvo centrada en la introducción del concepto —y, consigo, la teoría— de los derechos humanos en el texto constitucional.¹²⁸⁶

Al que igual otras constituciones latinoamericanas de la última oleada, la Constitución mexicana está hoy centrada en el compromiso fundamental con los derechos humanos (superando, así, la influencia inicial norteamericana y europea que privilegia la perspectiva de los derechos de la ciudadanía —los *civil rights*— o de los derechos fundamentales, en vez de la noción más amplia de los derechos humanos), alcanzando así un nivel más elevado de protección jurídico-constitucional de esos derechos.

Efectivamente, el último paso del proceso evolutivo constitucional de México se concretizó con la reforma de 2011. Hoy, la Constitución mexicana es más clara respecto a la fuerza normativa suprema de los derechos humanos. Veamos lo que está expresado en el artículo 1º de la Constitución de México (después de la reforma de junio de 2011):

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.

¹²⁸⁴ Cfr. Hugo Saúl Ramírez García y José Antonio Sanchez Barroso: «La *praxis* de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 27, 2012, pp. 216-217.

¹²⁸⁵ Cfr. Hugo Saúl Ramírez García y José Antonio Sanchez Barroso: ob. cit., p. 217.

¹²⁸⁶ Cfr. Hugo Saúl Ramírez García y José Antonio Sanchez Barroso: ob. cit., pp. 227-228.

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.

La mencionada norma constitucional mexicana, en su versión renovada (en virtud de la reforma de la Constitución en 2011) textualmente, equipara los derechos humanos fundamentales «*reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*». Así, en virtud de tal norma, los derechos constitucionales deben contar con el mismo grado de protección y respeto que los derechos humanos reconocidos internacionalmente y aplicables al sistema jurídico mexicano.

Por lo tanto, las normas internacionales de derechos humanos, en México, merecen un tratamiento diferente del que se confiere a las normas que no tratan de la protección de los seres humanos.¹²⁸⁷ De hecho, solo las normas internacionales de derechos humanos (y no todas normas internacionales) están dotadas del rango normativo constitucional.

Debido a la equiparación constitucional de los derechos humanos «*reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*», la interpretación de esos derechos debe ser armónica con la interpretación internacional. Por eso, la segunda parte del artículo 1º define que tales normas de derechos humanos deben ser interpretadas «*de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*». Esa cláusula contiene el principio *pro homine*, o *pro persona*, es decir, determina que las normas de derechos humanos (en la Constitución y las fuentes internacionales) sean integradas y aplicadas de forma que maximice la protección de los derechos humanos.

¹²⁸⁷ Esa jerarquización de las normas internacionales en México, dependiendo de su contenido (de derechos humanos o no), también quedó clara con el nuevo texto del artículo 15 de la Constitución mexicana (después de la reforma de 2011); veamos: «*No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*».

9.23 La tendencia latinoamericana hacia el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos y sus consecuencias

El análisis de los avances legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales respecto al tema del rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos en América Latina nos permite declarar que la mayoría de los Estados de la región ya reconoce que las normas internacionales de derechos humanos integran sus respectivos bloques de constitucionalidad.

En los Estados en que tal avance hacia la supremacía de los derechos humanos todavía no está terminado, aun así se percibe una clara evolución en esta dirección. Esa realidad fue percibida por el jurista chileno Humberto Nogueira Alcalá, cuando afirmó, en 2006, que *«en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que establece un bloque de constitucionalidad de derechos integrados por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana»*.¹²⁸⁸

Aunque algunos Estados, como Brasil, se resistan a reconocer la total supremacía de las normas internacionales de derechos humanos que están incorporadas en los órdenes jurídicos internos, es innegable la fuerte tendencia hacia la equiparación jerárquica entre esas normas internacionales y las normas constitucionales de los Estados latinoamericanos. Como ya decía el constitucionalista brasileño Pedro Calmon en 1947, el Estado moderno *«es un ambiente de derecho»* (o como diríamos nosotros: es un ambiente de *derechos*) y debe existir, principalmente, *«para asegurar a la colectividad el “máximo” de bienestar, de felicidad, de respeto a los principios que desde mucho tiempo lo*

¹²⁸⁸ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá: «Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia», en *Corpus Iuris Regionis*, v. 6, 2006, p. 43.

antecedieron».¹²⁸⁹

En otros términos, el Estado existe y se legitima para la protección de los derechos, especialmente de los derechos humanos, cuya garantía absoluta es indispensable para el «máximo» bienestar y la felicidad de los seres humanos. Por lo tanto, debe el Estado buscar la máxima integración de su sistema constitucional con los sistemas supranacionales que garantizan los mismos derechos humanos. Esa integración normativa, en América Latina, debe ser potencializada por medio del reconocimiento irrestricto de la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos incorporadas por los sistemas nacionales.

Como resultado, el control de convencionalidad se transforma, en América Latina, en un verdadero control de constitucionalidad. Los actos y normas internos que violan las normas supranacionales de derechos humanos pasan a ser no solamente «anticonvencionales», sino propiamente inconstitucionales. Queda así fortalecida la preeminencia de las normas de derechos humanos, ya que esas normas pasan a prevalecer incluso cuando están en conflicto con otras normas constitucionales previas, que deben ser consideradas derogadas.¹²⁹⁰

Igualmente, como consecuencia de tal realidad normativa, los «derechos fundamentales» (reconocidos constitucionalmente) y los «derechos humanos» (reconocidos supranacionalmente) pasan a encontrarse, integrarse, y quizá fusionarse (parcialmente) en favor de la máxima protección de todos los seres humanos, independientemente de género, nacionalidad, raza, etnia, origen, religión, orientación sexual etc.

De esa manera, progresivamente, los sistemas constitucionales latinoamericanos (*per se* o debido a la jurisprudencia constitucional) que admiten, con más

¹²⁸⁹ Cfr. Pedro Calmon: *Curso de direito constitucional brasileiro: Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 273.

¹²⁹⁰ A pesar de lo que explicamos, la transformación del control de convencionalidad en el control de constitucionalidad no determina, necesariamente, la desaparición del primero. De hecho, un juez de primera instancia puede dejar de aplicar una norma legal o administrativa realizando el control de convencionalidad (o sea, declarando que la norma interna viola la norma convencional), sin, necesariamente, declarar la inconstitucionalidad de norma rechazada. Sin embargo, la tendencia latinoamericana nos parece ser la substitución de un control por el otro, considerando la constitucionalización de las normas internacionales de derechos humanos en América Latina.

intensidad, la apertura de la propia Constitución nacional a los derechos humanos implícitos o reconocidos supranacionalmente tienden a admitir la fusión entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, confiriendo rango y fuerza normativos idénticos a ambos.

Lo que llamamos de «fusión» entre los derechos fundamentales y los derechos humanos en América Latina, cuando no alcanza la identidad de esos derechos, pone de manifiesto su complementariedad. Los tribunales y jueces internos latinoamericanos, aplicando conjuntamente las normas de derechos humanos y de derechos fundamentales, y aplicando también el principio *pro homine* (o *pro persona*), pasan a consolidar un sistema reforzado de garantías, como bien ha señalado el juez constitucional costarricense Gilbert Armijo Sancho, respecto a la jurisprudencia constitucional de su país:¹²⁹¹

La Sala Constitucional desde sus inicios (1990), dejó en claro que los ciudadanos, además de los «derechos fundamentales», gozan también del derecho a una protección especial que se deriva directamente de los «derechos humanos» que les son inherentes como persona. Se establece, así, un sistema reforzado de garantías en su favor, que es potenciado por nuestra jurisprudencia. En otra ocasión hemos sostenido que, tanto los derechos fundamentales como los humanos tienen la peculiaridad de un doble carácter. En primer lugar, son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto a que son inherentes a todos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan una determinada protección individual. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional e internacional, que exige conjugar, a un tiempo, sus dimensiones personal y colectiva.

Otrosí, la fusión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales en América Latina, quizá con más intensidad que en Europa, permite la construcción de teorías jurídicas sobre la existencia de una novedosa forma de constitucionalismo, el multiconstitucionalismo, también conocido como «constitucionalismo multinivel», «pluralismo constitucional», interconstitucionalidad, «transconstitucionalismo»¹²⁹²,

¹²⁹¹ Cfr. Gilbert Armijo Sancho: «La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica», en *Revista Ius et Praxis*, año 9, n. 1, 2003, pp. 43-46.

¹²⁹² El jurista brasileño Marcelo Neves, cuando construye su teoría sobre el «transconstitucionalismo», utiliza esa palabra para expresar una comunicación o un diálogo más abierto y quizá facultativo entre los sistemas jurídicos, como «formas de comunicación orientada para la absorción de la disensión». Cfr. Marcelo Neves: «Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina», en *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, pp. 193-196. En nuestra tesis doctoral, sin embargo, examinamos la integración de los derechos humanos en los sistemas jurídicos latinoamericanos desde la perspectiva de la prevalencia de los derechos humanos. No compartimos de la idea de Neves sobre el supuesto «imperialismo de los derechos humanos». Quizá

«constitucionalismo transnacional», «constitucionalismo global» o «constitucionalismo cruzado («*cross-constitutionalism*»)).¹²⁹³

Ese nuevo fenómeno del constitucionalismo se agrega al ya conocido movimiento *neoconstitucionalista*, que está caracterizado por la apertura de los sistemas constitucionales, por los efectos irradiantes de los derechos humanos fundamentales y también por la interpretación constitucional que reconoce fuerza especial a los principios jurídicos.¹²⁹⁴

Un importante efecto de la creciente apertura constitucional de los Estados latinoamericanos para el derecho internacional de los derechos humanos, que ha posibilitado la asimilación de «nuevos» derechos humanos como derechos fundamentales en tales sistemas constitucionales, es la continua renovación y actualización de la propia Constitución, que escapa de una posible fosilización y permanece con su vivacidad, con su rasgo novedoso y su capacidad de satisfacer las necesidades presentes y futuras de los seres humanos que permanecen fieles al pacto constitucional.

Igualmente, la fusión entre las normas de derechos humanos y las normas de derechos fundamentales satisface el carácter evolutivo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, ya que permite no solo el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, sino también la redefinición de los «antiguos» derechos fundamentales, de los derechos clásicos que pasan a ser revisitados, reinterpretados y redelimitados, considerando los cambios de los contextos sociales, culturales, económicos, medioambientales e históricos que demandan nuevos enfoques en la materia constitucional.

Procesalmente, la recepción de las normas internacionales de derechos humanos en los bloques de constitucionalidad latinoamericanos y la fusión conceptual, normativa y jurisprudencial entre los derechos fundamentales y los derechos humanos (que pasan a ser considerados «derechos humanos fundamentales») garantizan a todos los derechos humanos (reconocidos en los textos constitucionales o internacionales) la

nuestra perspectiva sea más universalista o idealista que comunitarista, aunque aceptemos la apertura cultural de los derechos humanos (cfr. ítem 3.3.6 de la tesis doctoral).

¹²⁹³ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das ordens jurídicas*, ob. cit., pp. 17-21.

¹²⁹⁴ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das ordens jurídicas*, ob. cit., p. 22.

protección por las mismas acciones, recursos y procedimientos especiales internos de cada Estado, como los recursos de amparo y las acciones de inconstitucionalidad. De ese modo, la igualdad valorativa de todos los derechos humanos queda reforzada por la igualdad de protección procesal y jurisdiccional de ellos.

El refuerzo de la protección procesal y jurisdiccional de los derechos humanos por los sistemas jurídicos nacionales reafirma el carácter subsidiario de la jurisdicción supranacional de los derechos humanos. Ciertamente, si los sistemas judiciales nacionales funcionan bien en la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, la instancia internacional de protección de esos mismos derechos no se manifiesta y pasa a funcionar, efectivamente, como una vía excepcional de tutela de esos derechos, lo cual es bueno, considerando que los órganos judiciales nacionales, estando más ramificados, presentan más condiciones para la realización de una prestación jurisdiccional tempestiva y efectiva de los derechos violados.

Adicionalmente, el reconocimiento formal de la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos en América Latina, paralelamente a la ratificación de los mismos tratados internacionales de derechos humanos por los Estados de la región, corrobora con el principio de la igualdad entre los ciudadanos latinoamericanos, que pasan a disfrutar de los mismos derechos básicos en todo el continente. Por supuesto, esa afirmación de la igualdad en el gozo de los derechos humanos es fundamental para la integración política, social, económica y cultural de los Estados latinoamericanos.

10 LA INTEGRACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

10.1 Consideraciones generales sobre la integración jurisprudencial de los derechos humanos y la jurisdicción constitucional en América Latina

Conforme ya hemos observado en muchos momentos de la presente tesis, la interpretación que los órganos internacionales —especialmente los órganos jurisdiccionales o casi jurisdiccionales, establecidos en los propios tratados— dedican a los tratados internacionales de derechos humanos integran el contenido normativo de los preceptos del tratado internacional, de manera que una violación de tal interpretación debe ser considerada una violación del propio tratado. Ese principio de la interpretación «conforme a los órganos internacionales» es considerado por muchos, como André de Carvalho Ramos, como una consecuencia del principio de la cooperación leal, el cual también se vincula con el principio internacional de la buena fe.¹²⁹⁵

Tal vez más importante que la propia condena concreta de un Estado por una violación de un derecho humano subjetivo sea la interpretación que la Corte Interamericana atribuye al derecho humano objetivo, es decir, la interpretación sobre cómo deben ser interpretadas y aplicadas las normas objetivas del sistema interamericano de derechos humanos. Esas declaraciones originadas de la actividad interpretativa de la Corte, interaccionando con los sistemas internos de los Estados, tienen la aptitud de prevenir futuras violaciones de derechos humanos contra un conjunto indeterminado de personas y por eso son quizá más relevantes que la propia declaración concreta sobre el derecho de una persona específica que haya sido violado.

Son esas declaraciones sobre la mejor interpretación de los textos normativos de los derechos humanos las que van, progresivamente, formando y desarrollando la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, la cual debe ser —y ya está siendo— paulatinamente asimilada por los tribunales —incluso constitucionales—

¹²⁹⁵ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das ordens jurídicas*, ob. cit., p. 70.

de los Estados, por medio de la integración jurisprudencial de que hablaremos en el presente capítulo.

Como veremos a continuación, basándose en el principio de la cosa interpretada y los demás principios jurídicos que ya hemos mencionados anteriormente, muchos jueces y tribunales latinoamericanos ya empiezan a aplicar, como obligatoria, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque mucha resistencia todavía sea perceptible en algunos países.

Considerando lo que examinamos anteriormente respecto a la integración normativa de los derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos, y especialmente que: (i) muchos derechos humanos reconocidos internacionalmente también están positivados en los textos constitucionales latinoamericanos; (ii) que, en casi toda la América Latina, se puede notar una clara tendencia (en muchos Estados, ya una realidad presente) hacia el reconocimiento de que las normas internacionales de derechos humanos forman parte de los bloques de constitucionalidad; y (iii) que, en los sistemas constitucionales latinoamericanos, los propios conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales están sufriendo una fusión, en el sentido de que los derechos humanos, reconocidos por normas integradas a los bloques de constitucionalidad, pasan a ser considerados, *ipso iure*, derechos fundamentales; podemos concluir que están presentes todas las condiciones para que la jurisprudencia de los derechos humanos en América Latina también sea un importante punto de integración, principalmente entre el sistema interamericano de derechos humanos y los sistemas constitucionales de la región.

Como también ya resaltamos anteriormente, los derechos humanos, como un «fluido universal», alcanzan todas las «piedras normativas» de los sistemas jurídicos que se firman en el respeto de la persona humana y de su dignidad intrínseca; así las normas de derechos humanos se integran en todos los actos normativos, administrativos e incluso privados que sean legítimamente producidos en los sistemas democráticos. En ese sentido, el filtraje producido por las normas internacionales de derechos humanos y sus valores y principios fundamentales (que pasa a integrar el propio filtraje constitucional) alcanza más allá de la Constitución nacional.

Sin embargo, siendo la Constitución el marco interno fundamental que reconoce y garantiza derechos a los ciudadanos del Estado, está claro también que las normas internacionales de derechos humanos se integran, para desarrollar sus efectos máximos en los sistemas jurídicos internos, con las normas constitucionales que tutelan los derechos de las personas. Por ese mismo motivo, también la jurisprudencia internacional e interamericana de los derechos humanos debe integrarse, ante todo, con la jurisprudencia constitucional de los países.

Si el camino de la integración de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos en América Latina pasa, obligatoriamente, por la jurisprudencia constitucional de los países latinoamericanos, debemos comprender, aunque superficialmente, cómo funciona la jurisdicción constitucional en la región estudiada.

Si examinamos históricamente la jurisdicción constitucional latinoamericana, observaremos claramente que su inicio estuvo inspirado en el modelo estadounidense de control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, principalmente en las últimas décadas del siglo XX y la primera década del siglo presente, podemos notar el fenómeno de la concentración de la jurisdicción constitucional en América Latina, con el desarrollo de sistemas de control de constitucionalidad que, aunque puedan ser híbridos, propenden a concentrar, en un solo tribunal (corte o tribunal constitucional) u órgano judicial (sala constitucional de una corte o de un tribunal supremo), el poder-deber de construir la interpretación nacional oficial de las normas constitucionales.

Según el jurista peruano Francisco Eguiguren Praeli, el cambio del modelo difuso hacia el modelo concentrado, en América Latina, es bastante reciente. Como bien recuerda Eguiguren Praeli, el control difuso de constitucionalidad ha sido, antes de las últimas décadas del siglo XX, una característica del constitucionalismo latinoamericano, que se inspiró mucho —en su origen— en la realidad constitucional de los EEUU. Entre otros, los Estados de Argentina, México, Brasil, Colombia y Venezuela han privilegiado históricamente el control difuso, por lo menos hasta hace algunas décadas atrás.¹²⁹⁶ Solamente después de los años 70, empezaron algunos sistemas constitucionales

¹²⁹⁶ Cfr. Francisco Eguiguren Praeli: *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 2000, pp. 8-54.

latinoamericanos (como los de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala¹²⁹⁷ y Perú) a privilegiar el modelo de control concentrado que está inspirado en el constitucionalismo continental europeo, o también un modelo mixto, que fusiona los modelos norteamericano y europeo, hacia un modelo híbrido que se inclina hacia la concentración del control de constitucionalidad.

Ciertamente, la tendencia latinoamericana de fortalecimiento de los mecanismos de control concentrado de constitucionalidad, que se presenta desde las últimas décadas del siglo pasado hasta la presente fecha, está intrínsecamente vinculada a la institución de nuevos tribunales constitucionales, que pasan a concentrar el poder de realización del control de constitucionalidad.¹²⁹⁸ A modo de ejemplo, entre los tribunales constitucionales instituidos en América Latina por medio de constituciones o reformas constitucionales recientes, podemos citar los casos: de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, prevista en la Constitución de 1965 pero efectivamente instituida en 1986, debido a una previsión normativa de la Constitución de 1986; del Tribunal Constitucional de Chile, instituido en 1970 pero transformado en órgano autónomo por medio de la reforma constitucional de 2005; de la Corte Constitucional de Colombia, creada por la Constitución de 1991; del Tribunal Constitucional de Bolivia, fundado por la reforma constitucional de 1994; del Tribunal Constitucional de Perú, implantado en 1996; de la Corte Constitucional de Ecuador, establecida en 2008; y del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, erigido en 2010.

Aún persisten existiendo en muchos Estados latinoamericanos las Salas Constitucionales de los Tribunales o Cortes Supremas de Justicia, que concentran las atribuciones judiciales para el control de constitucionalidad. Encontramos, otrosí, el caso del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que puede ser considerado un tribunal «híbrido», pues, en su esfera de competencia, coexisten atribuciones típicas de un tribunal

¹²⁹⁷ En los órdenes constitucionales de Guatemala correspondientes a las constituciones de 1945 y 1956, regía el modelo de control difuso de constitucionalidad. Ya en la Constitución de 1965, se introdujo un modelo mixto, en que coexistían el control difuso y un control concentrado aún muy restricto. En actual sistema constitucional, posterior a la Constitución de 1985, permanece el control mixto, pero con la énfasis en el control concentrado promovido por la Corte de Constitucionalidad. Cfr. Jorge Mario García Laguardia: ob. cit., pp. 33-42.

¹²⁹⁸ Cfr. Allan R. Brewer-Carías: «Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, pp. 65-66.

constitucional y otras atribuciones especiales establecidas en la Constitución brasileña. A pesar de eso, en todos los casos examinados, observamos que los sistemas jurisdiccionales latinoamericanos pasan, progresivamente, a priorizar el control concentrado de constitucionalidad, disminuyendo la importancia práctica del control difuso realizado por los jueces del primer grado de jurisdicción.

Cuando las cortes o salas constitucionales latinoamericanas pasaron a concentrar el poder de decidir, de forma absolutamente vinculante, sobre la interpretación constitucional en el ámbito de sus Estados, las mismas instituciones judiciales pasaron a poseer también el poder de decidir cómo las normas internacionales de derechos humanos interaccionan con las normas del orden interno, principalmente debido a la tendencia latinoamericana, ya examinada anteriormente, de integrar las normas internacionales de derechos humanos en los bloques de constitucionalidad de los países.¹²⁹⁹ De hecho, si las normas internacionales de derechos humanos integran la Constitución material, también debe la corte o el órgano constitucional interpretar (de forma internamente vinculante) y aplicar esas normas internacionales.

Los fenómenos simultáneos de la concentración de la jurisdicción constitucional en América Latina y del reconocimiento de la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos crean una aparente paradoja político-judicial. Al mismo tiempo en que las cortes o salas constitucionales pasan a gozar de un gran poder político-constitucional (el poder de decidir sobre la interpretación última y absolutamente vinculante de la Constitución nacional), esos mismos órganos pasan a sufrir la legítima presión para que su interpretación constitucional sea compatible con la jurisprudencia internacional e interamericana de los derechos humanos; es decir, los tribunales constitucionales latinoamericanos, al final del siglo XX e inicio del siglo XXI, adquirieron un gran prestigio y poder interno, pero, a la vez, también ahora se les exige que observen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹²⁹⁹ En realidad, conforme hemos observado, fueron los propios tribunales u órganos constitucionales latinoamericanos los responsables de la acomodación de las normas internacionales de derechos humanos a los mencionados bloques de constitucionalidad. Históricamente, la concentración de la jurisdicción constitucional en América Latina ha coincidido con el reconocimiento judicial del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos.

Una posible propuesta de solución, presentada por algunos constitucionalistas latinoamericanos, para tal conflicto potencial de jurisprudencias de niveles sistémicos distintos sería el desarrollo de un «diálogo judicial multinivel», «diálogo interjurisdiccional abierto», «diálogo inter-judicial vertical», «trasjudicialismo» o también «fertilización judicial cruzada», en que serían participantes/comunicantes los tribunales nacionales (principalmente los constitucionales) y los tribunales internacionales de derechos humanos (en América Latina, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos).¹³⁰⁰

El diálogo judicial multinivel está así conceptualizado por Gonzalo Aguilar Cavallo¹³⁰¹:

El diálogo judicial multinivel se refiere a la idea de la comunicación entre jueces estatales (principalmente constitucionales), jueces internacionales y jueces supranacionales, es decir, jueces que se ubican en distintos niveles de decisión jurisdiccional. Aquí reside uno de los rasgos distintivos del diálogo entre jueces multinivel y que lo diferencian del diálogo entre jueces transnacionales. Justamente, como las interacciones y comunicaciones se producen en distintas esferas de poder de decisión jurisdiccional, emerge como un elemento controversial el concepto de soberanía y la reivindicación por los Estados de la última palabra judicial, como expresión de esta —a nuestro juicio— mal entendida soberanía.

Según Flávia Piovesan, el diálogo entre jurisdicciones no es exclusivo de las relaciones verticales entre cortes internacionales y tribunales nacionales, ya que sería posible desarrollar el diálogo jurisdiccional o (i) entre las jurisdicciones regionales (como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), o (ii) entre las cortes regionales y las cortes nacionales, o aun (iii) entre los tribunales nacionales.¹³⁰² Sin embargo, para nuestro presente estudio, nos interesa especialmente el segundo tipo de diálogo mencionado por Piovesan, es decir, el diálogo entre un tribunal regional (como la

¹³⁰⁰ Vid., entre muchos otros: Humberto Alcalá Nogueira: «Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», y Gonzalo Aguilar Cavallo: «El diálogo judicial multinivel», en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, editado por Humberto Alcalá Nogueira, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013, pp. 13-101. Igualmente, cfr. André Lipp Pinto Basto Lupi: «O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéicas», en *Integração normativa: o direito em um contexto multicultural e multilíngue*, editado por Evandro Menezes de Carvalho e Rosalind Greenstein, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013, p. 273.

¹³⁰¹ Ob. cit., pp. 66-67.

¹³⁰² Cfr. Flávia Piovesan: «Direitos humanos e diálogo jurisdiccional no contexto latino-americano», en *Estudos avançados de direitos humanos*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 394.

Corte Interamericana de Derechos Humanos) y los tribunales nacionales (como las cortes constitucionales latinoamericanas).

La consideración del diálogo judicial entre jueces nacionales y supranacionales asume la premisa de que no existiría una relación de subordinación jerárquica —subjetiva— entre órganos jurisdiccionales de los sistemas jurídicos nacionales e internacional.¹³⁰³ Por eso, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos no sería incorporada automáticamente, *in totum*, por la jurisprudencia nacional. Tal integración jurisprudencial dependería de una «validación» necesaria de los jueces nacionales, que podrían, supuestamente, según apunta críticamente Humberto Nogueira Alcalá, recibir e integrar tal jurisprudencia «externa» por medio de una de las siguientes hipótesis interpretativas: (i) la interpretación extensiva; (ii) la interpretación innovadora; (iii) la interpretación correctiva; (iv) la interpretación receptiva; (v) la interpretación neutralizadora; y la (vi) la interpretación discordante.¹³⁰⁴

Como bien percibió Gonzalo Aguilar Cavallo, las premisas puestas del diálogo interjudicial vertical, que rechazan cualquier forma de jerarquía judicial multinivel, tienen como consecuencia la ausencia de imposición de una obligación jurídica para los jueces nacionales que pueda forzarles a aceptar, integralmente, la jurisprudencia supranacional. Así, el diálogo judicial nada más sería que una «intención y predisposición» hacia la búsqueda de la persuasión del codialogante¹³⁰⁵, siendo la jurisprudencia supranacional una «fuente de inspiración» para los jueces nacionales, dependiente de la «voluntad cooperadora» de esos jueces.¹³⁰⁶

A nuestro juicio, la construcción de un «diálogo judicial multinivel» superficial, ligero (o «*light*», según Gonzalo Aguilar Cavallo), que no ofenda el sentimiento soberanista de los jueces nacionales (o nacionalistas), desconsidera el hecho de que aunque no haya una subordinación jerárquica *subjetiva* entre los tribunales nacionales y, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe existir una subordinación jerárquica *objetiva* (material) entre las normas de protección de los derechos

¹³⁰³ Cfr. Gonzalo Aguilar Cavallo: ob. cit., pp. 59-60.

¹³⁰⁴ Cfr. Humberto Alcalá Nogueira: «Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit., pp. 30-44.

¹³⁰⁵ Cfr. Gonzalo Aguilar Cavallo: ob. cit., p. 64.

¹³⁰⁶ Cfr. Humberto Alcalá Nogueira: «Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit., p. 45.

humanos y las demás normas de los sistemas jurídicos internos.

De esa manera, el respeto a la jurisprudencia internacional de los derechos humanos (que, según creemos, es obligatoria, no facultativa) no tiene su fundamento en la jerarquía de los tribunales, sino en la posición jerárquicamente especial que las normas de derechos humanos asumen en los sistemas jurídicos que se firman constitucionalmente en la piedra fundamental de la dignidad humana, como los sistemas constitucionales latinoamericanos.

La posición jerárquica superior de la jurisprudencia supranacional de los derechos humanos, en América Latina, también está arrimada en dos premisas: (i) las normas internacionales de derechos humanos deben estar integradas con las normas constitucionales de la América Latina (como ya examinamos anteriormente); y (ii) el efecto de la «cosa interpretada» de algunos tribunales supranacionales de derechos humanos (como la Corte de San José) debe interferir en la propia definición de la conformación de las normas convencionales (internacionales) de derechos humanos. El resultado de la asunción de esas dos premisas indica que la jurisprudencia supranacional de los derechos humanos debe, de forma obligatoria, interferir positivamente en la definición del contenido normativo de los principios y reglas de derechos humanos válidos en los Estados latinoamericanos.

Desarrollando un raciocinio similar (aunque no idéntico), Humberto Nogueira Alcalá también defiende que la *ratio decidendi* (o sea, las razones que forman la «cosa interpretada») de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe guiar las actividades hermenéuticas y judiciales del Estado que forma parte de la CADH. Veamos sus palabras:

El Estado Parte y todos sus órganos, incluido el Estado juez, deben asumir la *ratio decidendi* de los fallos de la CIDH, en cuanto órgano jurisdiccional vinculante de acuerdo con los artículos 67 a 69 de la CADH y en cuanto intérprete auténtico y final de la CADH, de acuerdo con los artículos 62.3 y 64 de la CADH, todo ello, cumpliéndolos de buena fe y sin oponer obstáculos de derecho interno, como lo exigen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, existiendo también razones de economía procesal y de dotar de efecto útil a las sentencias de la CIDH, lo que constituye también una práctica asimilada

en el sistema europeo respecto de la *ratio decidendi* de los fallos del TEDH.¹³⁰⁷

Por las razones expuestas, pensamos que la integración jurisprudencial de los derechos humanos (especialmente en América Latina, que es el objeto de nuestro estudio) no debe estar instrumentalizada por un diálogo interjudicial moderado, sino por el respeto integral de la jurisprudencia interamericana e internacional de los derechos humanos, con la aplicación de los principios armonizadores (el principio *pro homine*, primordialmente) que ya mencionamos anteriormente y que volveremos a examinar en momento posterior.

No obstante, la realización de tal respeto integral no significa que no sigan existiendo conflictos políticos y jurisdiccionales (o incluso culturales) en la implementación de los derechos humanos y de la jurisprudencia supranacional. Esos conflictos, naturalmente, continúan y continuarán presentes, pero deben ser superados por medios adecuados que sean capaces de maximizar el respeto a los derechos humanos, adecuando las normas y la jurisprudencia supranacionales a las necesidades humanas concretas locales.

En la administración o superación del mencionado conflicto político-jurisdiccional, los órganos y cortes constitucionales de la América Latina han reaccionado distintamente. No obstante, como veremos, ya se puede, en este tema, percibir una evolución histórica en la dirección de la superación de los resquicios de nacionalismo —y apego a sentidos arcaicos de la soberanía— a fin de garantizar a todos los seres humanos la máxima protección de sus derechos básicos en la «interpretación constitucional de los derechos humanos».

Veremos, en los subcapítulos posteriores, como la jurisprudencia constitucional latinoamericana avanzó en favor de la integración jurisprudencial de las normas de derechos humanos. Examinaremos, así, la jurisprudencia de algunos tribunales superiores y cortes constitucionales de América Latina, a fin de verificar cómo está siendo aplicada internamente, en los casos concretos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana

¹³⁰⁷ «Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit., p. 53.

de Derechos Humanos.¹³⁰⁸

10.2 La integración jurisprudencial de los derechos humanos en Argentina

Como hemos visto en el capítulo anterior, en Argentina, en que los principales tratados internacionales de derechos humanos tienen claramente el rango normativo constitucional (debido a la reforma constitucional de 1994) y los derechos humanos son considerados e interpretados como derechos fundamentales, la interpretación de los órganos jurisdiccionales o casi jurisdiccionales internacionales cobra especial importancia en la jurisprudencia constitucional. En especial, podemos observar la especial importancia que los argentinos han atribuido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De hecho, examinando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia argentina, podemos encontrar algunos casos en que los *leading cases* y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son citados a fin de guiar la interpretación de la Constitución nacional de Argentina. Como bien ha concluido Juan Antonio Travieso, por medio de diversos y sucesivos precedentes judiciales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina solidificó el principio de que debe el juez constitucional respetar (por lo menos como un nivel mínimo de protección) la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la debida interpretación del CADH y los tratados internacionales que lo complementan.¹³⁰⁹

Por su parte, según Flávia Piovesan, ese principio ha sido observado en la práctica cotidiana de la Suprema Corte de Justicia argentina, que contaría ya con la expresiva marca de cuarenta y dos sentencias que confieren aplicación práctica a la

¹³⁰⁸ No examinaremos, en los subcapítulos posteriores, la jurisprudencia de Ecuador y Venezuela. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador no será explorada debido a la exigua comunicación jurisprudencial que encontramos en esa Corte y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tampoco examinaremos, en ese capítulo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en virtud del evidente conflicto institucional entre ese Tribunal y la Corte de San José, lo que asimismo inhibe la integración jurisprudencial entre ellos.

¹³⁰⁹ Cfr. Juan Antonio Travieso: *Derechos humanos y jurisprudencia: doctrina y legislación argentina e internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 1998, pp. 27-29.

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los temas de (i) cuestiones generales sobre régimen militar, (ii) las leyes de amnistía y de punto final, (iii) el fortalecimiento del Estado de Derecho y de las instituciones públicas, (iv) la protección de los grupos humanos vulnerables y (v) la protección de los derechos sociales.¹³¹⁰

Según Víctor Bazán, tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sido influenciada por la interpretación y jurisprudencia internacional de los derechos humanos; en especial, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre los fallos de la Corte Suprema influenciados por jurisprudencia internacional de los derechos civiles y políticos, Bazán cita los fallos «Arancibia Clavel», «Hoofst», «Verbitsky», «Lariz Iriondo», «Simón», «Casal» y «Mazzeo»; entre los que tratan de los derechos económicos, sociales y culturales, Bazán menciona los fallos «Castillo», «Vizzoti», «Aquino», «Milone», «Itzcovich», «Sánchez», «Gemelli», «Siri», «Zapata», «S., M. A.», «Badaro» y «Rinaldi».¹³¹¹

Examinando algunos ejemplos que se nos ofrece la jurisprudencia constitucional argentina, podemos comprobar lo que afirmaron Travieso y Bazán. Uno de los primeros casos se trata justamente del ya citado fallo de Miguel Angel *Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 7 de julio de 1992.¹³¹² En ese paradigmático fallo, la Corte Suprema no solo reconoce la superioridad normativa (ante las leyes internas) y la aplicabilidad inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que también reconoce que es necesario aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana que está agregada a las normas de derechos humanos del ámbito interamericano.

¹³¹⁰ Cfr. Flávia Piovesan: «Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional», en *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*, v. 6, coordinado por Flávia Piovesan y Maria Garcia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 1133-1134.

¹³¹¹ Cfr. Víctor Bazán: «La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina», en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, 2007, p. 146.

¹³¹² El texto del mencionado fallo de la Suprema Corte de Justicia está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=62514>. Fecha de acceso: 18.1.2014.

Tres años después, se registró en la Corte Suprema de Justicia de Argentina un importante precedente más respecto a la integración de los derechos humanos en el sistema constitucional: el caso (recurso extraordinario) «Giroldi», decidido el 7 de abril de 1995.¹³¹³ Se trata aquí del primer caso posterior a la reforma constitucional de 1994 en que la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad (invalidez constitucional) de una norma legal (el artículo 459, inciso 2º, del Código de Proceso Penal) debido a la ofensa a la CADH (el artículo 8º, inciso 2º, apartado «h», que trata de la garantía del doble grado de jurisdicción).

En el fallo «Giroldi», la Corte Suprema expresó que, en la interpretación del Pacto de San José, que se integra formalmente, en Argentina, al bloque de constitucionalidad, debe ser respetada la interpretación de la Corte Interamericana, considerando 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»* y que *«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»*¹³¹⁴.

Desde aquel entonces, otros precedentes surgieron en la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como en el caso de la excarcelación de Erika Elizabeth Nápoli (fallo de 22 de diciembre de 1998)¹³¹⁵, en que la Corte Suprema estimó procedente el recurso extraordinario y declaró la inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley 24410, que denegaba la posibilidad de obtención de libertad durante el proceso criminal a la persona acusada por el delito de intermediación en la supresión de la identidad de las personas.

¹³¹³ El texto del mencionado fallo de la Suprema Corte de Justicia está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=63991>. Fecha de acceso: 18.1.2014.

¹³¹⁴ Cfr. los fundamentos jurídicos 11 y 12 del fallo.

¹³¹⁵ El texto del mencionado fallo de la Suprema Corte de Justicia está disponible en la siguiente página: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=462754>. Fecha de acceso: 18.1.2014.

En la fundamentación del mencionado fallo (párrafo 18), la Corte se arrimó, entre otras cosas, en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero*, en que la Corte declaró que la prisión preventiva es una prisión cautelar, no punitiva, que no debe constituir la regla general, en respeto al principio de la presunción de inocencia. La Corte Suprema argentina también fundamentó su fallo en la opinión consultiva 4/1984 de la Corte de San José, que considera violatorio del principio de la igualdad el tratamiento discriminatorio de personas acusadas de delitos considerados abstractamente más graves.¹³¹⁶

Merece ser comentada igualmente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 3 de mayo de 2005, que examinó un recurso extraordinario en *hábeas corpus* colectivo interpuesto por Horacio Verbitsky en favor de diversas personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires.¹³¹⁷ En tal sentencia, la Corte Suprema declaró que «*las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley 24660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención*», dispuso que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires debe llevar a cabo medidas concretas para la protección de los derechos humanos de los detenidos y exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires «*a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales*»¹³¹⁸, todo eso con el fundamento en que los derechos humanos integrados al sistema jurídico argentino deben ser interpretados y aplicados de conformidad con la interpretación de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Otro importante y muy recordado precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es el conocido «fallo Simón» (sentencia de 14 de junio de 2005, referente al recurso de hecho en la causa Simón, Julio Héctor y otros)¹³¹⁹, en el que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las Leyes 23492 y 23521,

¹³¹⁶ Cfr. Antonio Boggiano: ob. cit., pp. 1170-1178.

¹³¹⁷ El texto del mencionado fallo de la Corte Suprema de Justicia está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 2, 2007, pp. 191-212.

¹³¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 211-212.

¹³¹⁹ El texto del mencionado fallo de la Corte Suprema de Justicia está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 257-273.

aprobadas en un periodo de dictadura miliar a fin de impedir el procesamiento y la punición de sus agentes responsables por los crímenes contra la humanidad (leyes de «punto final y obediencia debida», o de amnistía), reconociendo la invalidez de todo intento legislativo de garantizar la impunidad de los agentes responsables por los crímenes contra la humanidad.

En el *fallo Simón*, la Corte Suprema de Justicia se basó expresamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en las sentencias de los casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras* y *Barrios Altos v. Perú*; igualmente, la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El fallo «Simón» fue una victoria de la jurisprudencia de los derechos humanos en Argentina principalmente porque la misma Corte Suprema de Justicia, en 1987 (o sea, tres años después de la ratificación de la CADH por Argentina), había declarado la constitucionalidad de las mencionadas leyes de amnistía. Efectivamente, uno de los jueces que habían declarado, en aquel entonces, la constitucionalidad de las leyes de amnistía, el magistrado Petracchi, después de dieciocho años, cambió su posicionamiento y, reconociendo el carácter evolutivo de la integración de los derechos humanos al sistema constitucional, declaró la inconstitucionalidad —y la «anticonvencionalidad»— de las leyes impugnadas. De esta manera, la Corte Suprema, en su nuevo fallo de 2005, decidiendo en favor del derecho internacional de los derechos humanos que se integra al sistema constitucional argentino, terminó por cambiar su propia decisión anterior, formal o informalmente.¹³²⁰

Otrosí, es importante observar que, en el fallo «Simón», la Corte Suprema dejó expreso que uno de sus principales fundamentos para alterar la jurisprudencia antes refrendada fue la existencia de un enfoque jurisprudencial construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los casos *Barrios Altos v. Perú* y *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Con tal fundamentación, la Corte Suprema de Argentina atribuyó un efecto especial al principio de la cosa interpretada: la mutación no solo de la jurisprudencia constitucional del país, pero también de una declaración específica que

¹³²⁰ Cfr. Mariano Fernández Valle: ob. cit., pp. 167-169.

reconocía la constitucionalidad de leyes contrarias a los derechos humanos.

Debemos registrar que la jurisprudencia o la interpretación oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito del sistema interamericano, no es la única prestigiada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina. También a la interpretación acogida por la Comisión Interamericana es atribuido un valor hermenéutico en la jurisdicción constitucional argentina, aunque ese valor sea absoluto.

En el caso del *hábeas corpus* impetrado por Claudia Beatriz Acosta y otros (decidido en diciembre de 1998)¹³²¹, la Corte Suprema argentina reconoció que la «jurisprudencia» de la Comisión Interamericana (así como la de la Corte Interamericana) también debe «servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales», aunque la «interpretación oficial» del Pacto de San José (y de las demás fuentes del sistema interamericano de derechos humanos) sea la conferida por la Corte Interamericana.¹³²²

En otros casos, aunque la jurisprudencia de la Corte de San José no haya sido el fundamento explícito principal del fallo de la Corte Suprema argentina, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana han servido de excelente material para la justificación de los votos disidentes. Lo ilustran los votos de los jueces Eduardo Moline O'Connor, Guillermo A. F. López, Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vasquez en la sentencia del caso *Rozenblum, Horacio Bernardo v. Vigil, Constancio Carlos y otros*, decidido por aquella Corte el 25 de agosto de 1998, que trataba del contenido del derecho de respuesta y rectificación, establecido en la CADH. En apoyo de sus votos disidentes, los mencionados jueces adujeron el contenido de la opinión consultiva 7/1986.¹³²³

Aunque el respeto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sea preponderante en la jurisdicción constitucional argentina, no se puede olvidar la existencia de algunos casos en los que podemos identificar la existencia de un conflicto jurisprudencial. Uno de esos casos fue el del recurso extraordinario interpuesto contra

¹³²¹ El texto del mencionado fallo de la Corte Suprema de Justicia está disponible en la siguiente página: <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=462819>>.

Fecha de acceso: 18.1.2014.

¹³²² Cfr. Antonio Boggiano: ob. cit., p. 1144.

¹³²³ Cfr. Antonio Boggiano: ob. cit., pp. 1024-40.

decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones que negaba la solicitud de investigación presentada por Carmen Aguiar de Lapacó, madre de una persona detenida por el Primer Cuerpo del Ejército que fue considerada una desaparecida política (víctima del anterior régimen dictatorial).

En el caso mencionado, lo que la madre de la desaparecida solicitaba, en este caso concreto, era promoción de una investigación sobre la localización del cuerpo de su hija. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en un fallo de 13 de agosto de 1998¹³²⁴, declaró improcedente su recurso, por entender que su solicitud significaría la reapertura de procedimientos criminales, con la finalidad de comprobar la existencia de hechos punibles y descubrir sus autores. Tal decisión de la Corte Suprema de Justicia, como bien apuntaron los votos de los jueces disidentes, afrontó la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en especialmente la jurisprudencia firmada en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, en que quedó reconocido el deber de los Estados de investigar y punir los crímenes contra la humanidad cometidos en los regímenes de excepción, considerándose tales crímenes como siendo imprescriptibles.¹³²⁵

Pese a los fallos que se puedan encontrar en disonancia con las posiciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina parece ya estar consolidada en favor del principio de la cosa interpretada y en consonancia con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, como demuestra el ya citado fallo «Simón», que está considerado por muchos juristas en Argentina como una «decisión histórica» en la implementación de las normas internacionales e interamericanas de derechos humanos.¹³²⁶

En los años más recientes, la Corte Suprema de Justicia continuó aplicando a la interpretación constitucional del país la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a los derechos humanos que también están garantizados en Argentina. Así, en una sentencia de 16 de agosto de 2011, impulsada por dicho propósito de integración

¹³²⁴ El texto del mencionado fallo está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=441864>.
Fecha de acceso: 18.1.2014.

¹³²⁵ Cfr. Antonio Boggiano: ob. cit., pp. 946-968.

¹³²⁶ Cfr. Mariano Fernández Valle: «La Corte Suprema Argentina frente al legado de la última dictadura militar: reseña del fallo “Simón”», en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n. 2, 2006, pp. 165-174.

jurisprudencial, resolviendo un recurso extraordinario interpuesto por una ciudadana argentina, madre de menores, contra una decisión de la Cámara Federal de Apelación de la Ciudad de Salta que había ordenado la restitución de los menores a su padre francés, la Corte Suprema aprovechó la interpretación firmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 17/2002 respecto al principio jurídico del interés superior del niño a fin de fundamentar la confirmación de sentencia recurrida y resolver el conflicto sobre la guarda de los menores en favor del padre, considerando que este había demostrado mejores condiciones éticas y psicológicas para favorecer el desarrollo de los niños.¹³²⁷

De acuerdo con lo que narran Víctor Abramovich y Christian Courtis¹³²⁸, los demás tribunales argentinos (siguiendo especialmente la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia) también han aplicado los tratados internacionales de derechos humanos en los casos concretos de acuerdo con la jurisprudencia internacional de los derechos humanos; en especial, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese hecho es muy importante porque revela que, en un Estado como el argentino, que adopta un modelo clásico difuso de control de constitucionalidad, las normas internacionales y la jurisprudencia internacional (especialmente la latinoamericana) de los derechos humanos son consideradas integradas al sistema constitucional no solo por el tribunal máximo (la Corte Suprema de Justicia en Argentina, que confiere la última interpretación posible sobre la Constitución nacional) sino también por todos los jueces naturales que también tienen la competencia para la interpretar y aplicar la Constitución, declarando incluso la inconstitucionalidad —o la «anticonvencionalidad»— de leyes y actos normativos.

Uno de los ejemplos de acatamiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por los tribunales infraconstitucionales argentinos es la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa 10896, de 10 de junio de 2010, referente al recurso de casación interpuesto por una persona condenada por crímenes de apropiación de menor, alteración de identidad y falsedad ideológica, ocurridos durante el periodo dictatorial de ese país. Para rechazar el recurso y confirmar la condena criminal, la Cámara

¹³²⁷ El texto de la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 5-8.

¹³²⁸ Cfr. Víctor Abramovich y Christian Courtis: ob. cit., pp. 70-78.

Nacional se refirió, en muchos puntos de su propia sentencia, a diversas sentencias de la Corte de San José, como las de los casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *Bulacio v. Argentina*, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, *Maritza Urrutia v. Guatemala* y *Almonacid Arellano v. Chile*.¹³²⁹

En suma, el examen de los más diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales de Argentina nos demuestra que, en ese país, la integración jurisprudencial de los derechos humanos se encuentra avanzada y que esos órganos jurisdiccionales nacionales están observando las posiciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como están teniendo en consideración la interpretación internacional de los derechos humanos que es desarrollada por otros órganos internacionales.

10.3 La integración de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos por el Supremo Tribunal Federal y por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil

A diferencia de muchos otros Estados latinoamericanos, Brasil ha permanecido, durante muchos años, en una posición de reducida integración jurisprudencial en materia de derechos humanos. De hecho, examinando los más diversos fallos del Supremo Tribunal Federal (o incluso de otros tribunales brasileños) respecto a diferentes temas de derechos humanos fundamentales, observamos que el más alto tribunal brasileño pocas veces mencionó las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de seguir su posición jurisprudencial y adecuar su jurisprudencia al parámetro interpretativo interamericano. Esa omisión, sin embargo, está siendo progresivamente superada desde 2009, cuando el Supremo Tribunal de Brasil empezó a observar, con más cuidado e interés, los entendimientos jurisprudenciales de la Corte de San José.

¹³²⁹ El texto de la mencionada sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 9, 2010, pp. 223-259.

Entre los pocos fallos en que el Supremo Tribunal Federal aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de interpretar normas de derechos humanos fundamentales, encontramos, en 2009, el fallo en la ADPF —«*arguição de descumprimento de preceito fundamental*», o juicio de incumplimiento de precepto fundamental— 130/DF, en que se examinaba la constitucionalidad de la «Ley de Prensa» y de los límites de la libertad de información de los periódicos y periodistas.¹³³⁰ En ese fallo, el Supremo Tribunal Federal brasileño, por medio del juez Celso de Mello, entre otros fundamentos, aplicó la interpretación de la Corte de San José firmada en la opinión consultiva 7/86, en la cual afirmó que el derecho de respuesta debe ser aplicado independientemente de cualquier reglamentación del derecho.¹³³¹

La mención a la jurisprudencia de la Corte de San José en la ADPF 130/DF fue casi un *obiter dictum*, ya que no fue determinante para el resultado final del fallo. Sin embargo, en otro importante caso del mismo año 2009, respecto a la exigencia de diploma académico de los periodistas (tema que también afecta directamente a la libertad de expresión y al derecho de información indirectamente), en el recurso extraordinario (RE) 511961/SP, la posición jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue determinante para la interpretación adoptada por el Supremo Tribunal Federal.¹³³² En el resumen («*ementa*») de su fallo de 17 de junio de 2009, el Supremo Tribunal Federal brasileño expresó lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS — OEA. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó un fallo el 13 de noviembre de 1985, declarando que la obligatoriedad del diploma universitario y de la inscripción en orden profesional para el ejercicio de la profesión de periodista viola el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que protege la libertad de expresión en sentido amplio (caso «La colegiación obligatoria de periodistas» — Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985). También la Organización de los Estados Americanos — OEA, por medio de la Comisión Interamericana de Derechos

¹³³⁰ El texto integral de la fallo del Supremo Tribunal Federal en el ADPF 130/DF, del 1° de abril de 2009, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

¹³³¹ Cfr. el voto del juez Celso de Mello en la ADPF 130/DF, pp. 47-48.

¹³³² El texto integral de la fallo del Supremo Tribunal Federal en el RE 511961/SP, del 17 de junio de 2009, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

Humanos, entiende que la exigencia de diploma universitario en periodismo, como condición obligatoria para el ejercicio de esa profesión, viola el derecho a la libertad de expresión (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de febrero de 2009).¹³³³

En otro fallo del 1º de marzo de 2011, en el proceso del hábeas corpus (HC) 106171/AM¹³³⁴, la Segunda Turma¹³³⁵ del Supremo Tribunal Federal aplicó la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana respecto a la competencia excepcional de la jurisdicción militar. Así, la Segunda Turma señaló que la Corte de San José, en la sentencia del caso *Palamara Iribarne v. Chile*, firmó la interpretación de la CADH en el sentido de que la jurisdicción penal militar está limitada a los delitos funcionales practicados por militares del servicio activo.¹³³⁶ La misma interpretación fue repetida y compartida por la Segunda Turma en el fallo referente al HC 109544 MC/BA, del 9 de agosto de 2011¹³³⁷, y asimismo, posteriormente, en otros fallos del mismo órgano jurisdiccional.

Más recientemente, en 2013, en el 27º recurso reglamentario («agravo regimental») de la acción penal 470/MG, que trataba de la admisibilidad del recurso de «embargos infringentes», el juez Luiz Fux justificó su voto en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, en que la Corte interpretó el artículo 8.2.h de la CADH (que trata del derecho al doble grado de jurisdicción) legitimando las normas internas que establecen el foro por prerrogativa de función, que pueden justificar la jurisdicción en grado único del tribunal máximo del país.¹³³⁸

¹³³³ Cfr. el punto 8 del resumen («ementa») del fallo del Supremo Tribunal Federal en el RE 511961/SP. Traducción libre.

¹³³⁴ El texto del fallo del Supremo Tribunal Federal en el HC 106171/AM está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099369>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

¹³³⁵ El Supremo Tribunal Federal de Brasil, órgão jurisdiccional máximo del país, está integrado por once jueces («ministros») y dividido en tres órganos: la Primera Turma (compuesta por cinco jueces), la Segunda Turma (también compuesta por cinco jueces) y el Plenario, que está integrado por los once jueces del Tribunal. La competencia de las Turmas y del Plenario están establecidas en el reglamento interno del Tribunal.

¹³³⁶ Cfe. el voto del juez Celso de Mello en el HC 106171/AM, p. 9.

¹³³⁷ El texto del fallo del Supremo Tribunal Federal en el HC 109544 MC/BA está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1411117>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

¹³³⁸ Cfr. el voto de Luiz Fux en el 27º AG de la AP 470/MG, p. 13, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276512>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

A pesar de la reciente evolución en la integración entre la jurisprudencia constitucional brasileña y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existen todavía divergencias emblemáticas entre la jurisprudencia de esa Corte y los fallos del Supremo Tribunal Federal. La principal divergencia está en el reconocimiento, por la Corte de San José, de la nulidad de las leyes de amnistía o «punto final», y la aceptación, por el Supremo Tribunal Federal, de la ley brasileña de amnistía de 1979.

De hecho, el 29 de abril de 2010, en la ADPF 153/DF¹³³⁹, promovida por el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil, el Plenario del Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió a favor de la aplicación del artículo 1º de la ley federal nº 6683/79¹³⁴⁰, la conocida y polémica «Ley de Amnistía» brasileña, y del artículo 4º de la Enmienda Constitucional 26/85¹³⁴¹, en favor de la no punibilidad de todos los crímenes (incluso de lesa humanidad) ejecutados por motivos políticos entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, desconsiderando, así, la indiscutible jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firmada, entre otros, en los casos *Barrios Altos v. Perú*, *Velásquez Rodríguez v. Honduras* y *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, según la cual las leyes de amnistía política o «punto final» no pueden impedir la punición efectiva de los delitos contra la humanidad, siendo, por lo tanto, contrarias a la CADH las leyes nacionales que postulan la impunidad de esos crímenes.

Es menester observar que, cuando el Supremo Tribunal Federal decidió a favor de la Ley federal 6683/79, no solo ya estaba consolidada la jurisprudencia en contrario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino que también el Estado brasileño ya estaba siendo demandado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*. La sentencia de la Corte de San José, en el mencionado caso, fue

¹³³⁹ El texto del fallo del Supremo Tribunal Federal en la ADPF 153/DF está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Fecha de acceso: 30.9.2014.

¹³⁴⁰ El texto de la Ley federal de Brasil 6683/79 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm>. Fecha de acceso: 2.10.2014.

¹³⁴¹ El texto de la Enmienda Constitucional 26/85 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Fecha de acceso: 2.10.2014.

dictada siete meses después, el 24 de noviembre de 2010.¹³⁴²

En esa sentencia, la Corte Interamericana declaró, por unanimidad, que las «*disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil*». ¹³⁴³

En la ADPF 153/DF, podría el Supremo Tribunal Federal firmar una interpretación de la Ley de Amnistía compatible con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos y con la propia Constitución de Brasil, reduciendo el alcance de los efectos del artículo 1º de la mencionada ley, excluyendo de la lista hipotética de delitos amnistiados los crímenes de lesa humanidad. De hecho, no sería necesario declarar la inconstitucionalidad de la Ley federal 6683/79; bastaría conferir a esa ley una interpretación conforme a la Constitución y a las normas internacionales de derechos humanos.

La Constitución brasileña de 1988, además de establecer diversos preceptos que denotan la apertura constitucional al orden internacional de los derechos humanos (especialmente en los artículos 1º, III; 4º, II; y 5º, §§ 2º y 3º), también determina explícitamente, en su artículo 5º, XLIII, que, entre otros, los crímenes de tortura, de terrorismo y los crímenes «hediondos» no son susceptibles de amnistía. Igualmente, en el artículo 5º, XLIV, declara que son imprescriptibles los crímenes cometidos contra «*el orden constitucional y el Estado Democrático*».

Por lo tanto, en el fallo correspondiente a la ADPF 153/DF, podría —o quizá debería— el Supremo Tribunal Federal aplicar esas normas constitucionales originarias de Brasil y, aún sin mencionar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

¹³⁴² El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Fecha de acceso: 30.9.2014.

¹³⁴³ Cfr. la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, 3º párrafo de los puntos resolutivos.

Humanos, construir una interpretación de la Ley de Amnistía compatible con el parámetro normativo y hermenéutico firmado en el sistema interamericano de derechos humanos, sin necesariamente declarar la inconstitucionalidad de esa ley, determinando, solamente, una interpretación conforme a la Constitución.

Igualmente, como bien señala André de Carvalho Ramos, podría el Supremo Tribunal Federal de Brasil conferir una eficacia práctica al artículo 7º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (que tiene rango constitucional en Brasil), según el cual «*Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos*». ¹³⁴⁴ Ese tribunal mencionado por el texto constitucional brasileño es —en América Latina— la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, implícitamente, el Estado Constitucional brasileño debería reconocer no solamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte de San José, sino también la fuerza vinculante de su jurisprudencia oficial. ¹³⁴⁵

No obstante, ese no fue el camino trillado por los jueces del Supremo Tribunal Federal en 2010. Prefiriendo una «interpretación histórica» de la Ley de Amnistía brasileña, el Supremo Tribunal Federal declaró que la amnistía legal también alcanzó válidamente los agentes del Estado que ejecutaron crímenes contra la humanidad. Los magistrados que fundamentaron el fallo del Tribunal ignoraron las sentencias anteriores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

En aquel entonces, el único magistrado que mencionó la jurisprudencia de la Corte de San José como *ratio decidendi* fue el juez Ricardo Lewandowski, fundamentando su voto contrario a la amnistía de los crímenes contra la humanidad, entre otros apoyos, en las sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Ximenes Lopes v. Brasil*, *Baldeón García v. Perú*, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia* y *Masacre de Mapiripán v. Colombia*.

¹³⁴⁴ Cfr. André de Carvalho Ramos: «O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia», 2011, disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>>. Fecha de acceso: 5.10.2014.

¹³⁴⁵ Cfr. André de Carvalho Ramos: «Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos», en *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, coordinado por Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 212-213.

El magistrado Carlos Ayres Britto también acompañó parcialmente el voto de Lewandowski, pero sin fundamentarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En síntesis, Ayres Britto atribuyó una interpretación de la Ley de Amnistía —y de la Enmienda Constitucional 26/85— conforme a la Constitución, excluyendo del alcance de la amnistía los delitos hediondos, especialmente los crímenes de homicidio, tortura y violencia sexual.

A su vez, el magistrado Celso de Mello, aunque haya reconocido la existencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual las leyes nacionales que concedieron la amnistía son incompatibles con la CADH, entendió que esa jurisprudencia solo valdría cuando la amnistía legal es unilateral, en favor de los agentes estatales, o sea, cuando sea el caso de la «autoamnistía». A juicio de Mello, la ley brasileña de amnistía sería de «doble vía», lo que legitimaría la amnistía de los agentes del Estado que ejecutaron crímenes contra la humanidad.¹³⁴⁶

Los demás magistrados del Supremo Tribunal Federal, en la misma ADPF 153/DF, declararon improcedente la petición del Orden de los Abogados de Brasil y reconocieron la validez y eficacia de la Ley de Amnistía, sin cualquier consideración a la jurisprudencia manifiesta de la Corte de San José.

Contra el fallo del Supremo Tribunal Federal en la ADPF 153/DF, el Orden de los Abogados de Brasil presentó un recurso de embargos de declaración, solicitando una revisión del contenido del fallo, considerando la publicación posterior de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*. Hasta la presente fecha, el mencionado recurso no fue decidido por el Supremo Tribunal Federal.

Otrosí, el 15 de mayo de 2014, el Partido Socialismo y Libertad (PSOL) protocoló otra acción de incumplimiento de precepto fundamental, la ADPF 320/DF, solicitando la revisión de la posición del Supremo Tribunal Federal respecto a la validez y la eficacia de la Ley de Amnistía. Esa nueva acción todavía no ha sido examinada por ese tribunal, aunque el Procurador General de la República de Brasil (Jefe de la Fiscalía Federal de Brasil), el 28 de agosto de 2014, ya se ha manifestado en favor de la revisión de

¹³⁴⁶ Cfr. el voto del magistrado Celso de Mello en la ADPF 153/DF, pp. 26-27.

la interpretación firmada por el Supremo Tribunal Federal en el ADPF 153/DF, a fin de cumplir íntegramente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil*.¹³⁴⁷

Evidentemente, el fallo del Supremo Tribunal Federal en la ADPF 153/DF no representó, formalmente, un incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, ya que es anterior —por pocos meses de diferencia— a esa sentencia interamericana. Sin embargo, también evidentemente, cuando el Supremo Tribunal Federal de Brasil declaró que los crímenes de lesa humanidad cometidos en el periodo dictatorial fueron amnistiados por la Ley federal 6683/79, ese mismo tribunal negó eficacia y autoridad a la interpretación oficial del Pacto de San José firmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Barrios Altos v. Perú*, *Velásquez Rodríguez v. Honduras* y *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, entre otros.

Hasta hoy, observamos que el Supremo Tribunal de Brasil todavía no ha cambiado su posición respecto a los efectos de la Ley de Amnistía sobre la punibilidad de los crímenes contra la humanidad. De hecho, recientemente, por medio de un fallo monocrático del magistrado Teori Zavascki, el Supremo Tribunal Federal, en el «pedido liminar» vinculado a la acción de reclamación 18686, decidió en favor de la suspensión de la acción penal contra cinco militares que fueron acusados por la Fiscalía Federal de Brasil (el «*Ministério Público Federal*») de ser responsables por la desaparición forzada y la muerte del exdiputado federal Rubens Paiva, en enero de 1971.

En su fallo monocrático del 29 de septiembre de 2014, el magistrado Teori Zavascki fundamentó su conclusión en la fuerza obligatoria de la interpretación del Supremo Tribunal Federal que se firmó en la ADPF 153/DF, sin considerar, por lo tanto, la sentencia posterior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*.¹³⁴⁸

¹³⁴⁷ Los datos y los trámites procesales de la ADPF 320/DF están disponibles en la siguiente página electrónica: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>. Fecha de acceso: 9.10.2014.

¹³⁴⁸ El texto del fallo monocrático del magistrado Teori Zavascki, del Supremo Tribunal Federal, en la Reclamación 153/DF, dictada el 29 de septiembre de 2014, está disponible en la siguiente página: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2818686%2ENUME%2E>

Esa notoria oposición jurisprudencial respecto a la validez de la ley brasileña de amnistía política la volveremos a examinar en el capítulo siguiente de esta tesis doctoral, en que trataremos de la inejecución parcial, por Brasil, de la sentencia de la Corte Interamericana en caso *Gomes Lund v. Brasil*.

A su vez, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que es responsable, entre otras, de la tarea de uniformizar la interpretación de la legislación federal brasileña, también ha presentado, en los últimos años, fallos en los que reconoce y aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, por ejemplo, en el fallo del 13 de agosto de 2014, referente al incidente de desplazamiento de competencia 5/PE, el Superior Tribunal de Justicia determinó la «federalización» del juicio criminal sobre el asesinato del fiscal Thiago Faria Soares, aplicando la interpretación de la Corte de San José firmada en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* y en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció el deber de los Estados de investigar y punir, con celeridad y eficiencia, los crímenes que representan graves violaciones de los derechos humanos.¹³⁴⁹

Como resultado del examen de esos casos concretos citados, podemos concluir que los tribunales superiores de Brasil están, progresivamente, tratando de incorporar, en su propia jurisprudencia, la interpretación oficial consolidada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, esa incorporación gradual de la jurisprudencia interamericana que presenciamos en Brasil todavía es escasa, si la comparamos con el potencial de integración jurisprudencial verificado en otros Estados latinoamericanos.

[+OU+18686%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lc2nsgk](http://tinyurl.com/lc2nsgk)>. Fecha de acceso: 3.10.2014.

¹³⁴⁹ El texto de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, del 13 de agosto de 2014, referente al incidente de desplazamiento de competencia 5/PE, está disponible en la siguiente página electrónica: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1338428&sReg=201401014017&sData=20140901&formato=PDF>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

10.4 La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay respecto a la (no) obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Analizando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, observamos varios casos en que está incorporada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A modo de ejemplo, en la ya antes citada sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, tenemos un caso claro en que está demostrada la incorporación de la jurisprudencia interamericana. Conforme ya hemos descrito anteriormente, la sentencia 365/2009 trataba de examinar una excepción de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscalía Nacional contra la así llamada «Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado», que amnistiaba los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por los funcionarios militares, policiales o equiparados, cometidos con ocasión del cumplimiento de sus funciones durante el periodo político represor y antidemocrático.¹³⁵⁰

En la mencionada sentencia, la Suprema Corte de Justicia, además de reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico uruguayo, que está formado, entre otras, por las normas internacionales de derechos humanos (como las normas de la CADH), también reconoció la obligatoriedad del efecto de cosa interpretada.

Ciertamente, en el mencionado caso, aunque indirectamente, reconoció la Suprema Corte de Justicia de Uruguay que las normas de derechos humanos del sistema interamericano que están integradas al sistema constitucional uruguayo deben ser interpretadas de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el tema tratado, tal jurisprudencia apunta a la invalidez de las normas nacionales que atribuyen la impunidad de los crímenes contra la humanidad cometidos en los periodos dictatoriales de la América Latina. Veamos un fragmento, en dicho sentido, de

¹³⁵⁰ El texto de la sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 9, 2010, pp. 191-214.

la sentencia 365/2009:¹³⁵¹

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a «leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos» (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso La Cantuta).

Claramente, cuando la Suprema Corte de Justicia «recuerda» las sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano y otros* y *La Cantuta*, está obviamente aplicando las posiciones firmadas por la Corte de San José en esas sentencias, promoviendo la integración jurisprudencial de las normas de derechos humanos.

Sin embargo, en sus recientes sentencias 212/2013, de 8 de abril de 2013¹³⁵², y 506/2013, de 30 de octubre de 2013¹³⁵³, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales e inaplicables al caso los arts. 2 y 3 de la Ley 18831, de 27 de octubre de 2011, debido a la supuesta violación al «principio constitucional de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal más gravosa» y a «garantías impuestas en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos».¹³⁵⁴ El contenido de los artículos declarados inconstitucionales por la Suprema Corte es el siguiente:

Artículo 2º. No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º. Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

¹³⁵¹ Cfr. ibidem, p. 213.

¹³⁵² El texto de la sentencia 212/2013 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay está disponible en la siguiente página: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=303>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

¹³⁵³ El texto de la sentencia 506/2013 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay está disponible en la siguiente página: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=269>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

¹³⁵⁴ El texto de la Ley 18831, del 27 de octubre de 2011, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18831&Anchor=>>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

Las normas declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia son una reproducción de la norma internacional —incluso del *ius cogens* internacional— que determina la imprescriptibilidad —incluso retroactivamente— de los crímenes contra la humanidad. A la vez, esa misma norma está reconocida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la Suprema Corte de Justicia, cuando declaró la inconstitucionalidad de los mencionados artículos de la Ley 18831, arrimándose en una interpretación «nacional» de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos, desconsideró no solo las normas imperativas del derecho internacional (de acuerdo con la interpretación internacionalmente aceptada) sino también la obligatoriedad de la interpretación oficial de la Corte de San José.

Por otro lado, en el mismo fallo, la Suprema Corte de Justicia desestimó la solicitud de declaración de la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 7º, 9º y 21 de la Ley 18026, de 25 de septiembre de 2006, que establecen la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, que afirman la imposibilidad de la invocación de la orden de un superior o la existencia de circunstancias excepcionales como justificación para esos crímenes y que califican el crimen de desaparición forzada de personas como delito permanente.¹³⁵⁵

Los mencionados fallos de la Suprema Corte de Justicia no atacan, propiamente, el contenido de la norma de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, pero consideran que esa norma no podría ser aplicada retroactivamente.

En la fundamentación de la sentencia 506/2013, la Suprema Corte uruguaya, argumentó la desconsideración de la jurisprudencia internacional e interamericana de los derechos humanos de la siguiente forma:

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si

¹³⁵⁵ El texto de la Ley 18026, del 25 de septiembre de 2006, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=>>. Fecha de acceso: 18.9.2014.

antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com. IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso', Ezequiel Malarino, ob. cit., págs. 428 y 429.

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la Corte en Sentencia No. 365/2009 '... las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...', corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituye un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos.

Y a la hora de invocarse en el presente proceso de inconstitucionalidad la ejecución de la sentencia internacional referida, no puede soslayarse la regla constitucional cuyo celo es obligación principal de los Magistrados patrios y conforme a la cual 'Todos los Jueces son responsables ante la Ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca' (Artículo 23 de la Carta).

Pues bien, como se puede percibir de la fundamentación de la sentencia 506/2013, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay no niega la integración normativa de las normas internacionales de derechos humanos con las normas constitucionales del país, pero sí niega la integración jurisprudencial de la interpretación firmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A juicio de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, la interpretación oficial de la CADH y de los demás actos normativos

interamericanos de derechos humanos no sería obligatoria para la Suprema Corte de Justicia, que sería soberana en la interpretación constitucional; es decir, a su juicio, el principio de la *cosa interpretada* no tendría ningún fundamento constitucional o legal en Uruguay.

A nuestro juicio, esa reciente posición jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay dificulta la aplicación uniforme del conjunto normativo interamericano de los derechos humanos en América Latina. Al desconsiderar la interpretación regional de los derechos humanos, la cual está compartida por otros sistemas jurídicos latinoamericanos, la Corte de Uruguay estorba la finalidad precípua de la existencia del sistema interamericano de derechos humanos: la garantía de un estándar mínimo de protección de los derechos humanos entre los Estados que están integrados a ese sistema.

Entendemos que la desconsideración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como los de las sentencias 212/2013 y 506/2013 de la Suprema Corte de Justicia, significan, indirectamente, la violación de las normas jurídicas que integran el sistema interamericano de derechos humanos. A nuestro juicio, esa violación debe ser evitada y deben los jueces y tribunales uruguayos acompañar la evolución jurisprudencial latinoamericana a fin de efectuar una integración más intensa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la jurisprudencia constitucional sobre los derechos humanos fundamentales.

10.5 La concordancia práctica entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile y la jurisprudencia interamericana de derechos humanos

Según nos informa Gonzalo Aguilar Cavallo, la Corte Suprema de Justicia de Chile también ha demostrado, principalmente en los últimos años, una tendencia de acatamiento de la jurisprudencia de la Corte de San José. Como bien señala el mencionado constitucionalista, en varias sentencias sobre crímenes cometidos durante la dictadura del general Pinochet, el órgano máximo de la jurisdicción nacional chilena aplicó (aunque

implícitamente) la jurisprudencia de la Corte Interamericana (firmada especialmente en el caso de *Velásquez Rodríguez v. Honduras*) al declarar la invalidez de las leyes de amnistía —o de «punto final»— y el respeto de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.¹³⁵⁶

La consolidación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto al rechazo de las normas de amnistía o indulto en los casos de crímenes contra la humanidad se nota en muchos precedentes jurisprudenciales recientes. Entre otros, en el recurso de casación interpuesto por Edgar Benjamín Cevallos Jones y Ramón Pedro Cáceres Jorquera, rechazado en la sentencia del 24 de septiembre de 2009, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia confirmó la condenación decretada por la Corte de Apelaciones de Santiago (y, anteriormente, por el Noveno Juzgado del Crimen de Santiago), negando cualquier efecto al Decreto-ley 2191, de 1978, que trataba de conferir la autoamnistía a los responsables por los crímenes contra la humanidad cometidos en la dictadura de Pinochet.

Para así decidir, los magistrados de la Corte reconocieron la «primacía constitucional» de los principios internacionales de derechos humanos que determinan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y la imposibilidad de conceder amnistía para los responsables de tales crímenes.¹³⁵⁷ En tal sentencia, aunque no haya mención expresa a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está claro que la interpretación pronunciada por la Corte Suprema está alineada perfectamente de acuerdo con la jurisprudencia interamericana ya bastante conocida en aquel entonces.

Igualmente, en los casos de los secuestros cualificados de Héctor Vergara Doxrud (recurso de casación rol 12566-11, sentencia del 18 de junio de 2012¹³⁵⁸) y Rudy Cárcamo Ruiz (recurso de casación rol 288-12, sentencia del 24 de mayo de 2012¹³⁵⁹), la

¹³⁵⁶ Cfr. Gonzalo Aguilar Cavallo: ob. cit., pp. 96-97.

¹³⁵⁷ La mencionada sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, pp. 17-30.

¹³⁵⁸ El texto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el rol 12566-11, del 18 de junio de 2012, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.ddhh.gov.cl/fallosjudicialesjunio2012.html>>. Fecha de acceso: 19.9.2014.

¹³⁵⁹ El texto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el rol 288-12, del 24 de mayo de 2012, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/300/1.-rol-288-2012.pdf?sequence=3>>.

Corte Suprema de Justicia, aunque sin mencionar explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguió su juicio de que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles y no están sujetos a la amnistía.

A modo de síntesis, podemos considerar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile concuerda prácticamente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el esfuerzo para dicha concordancia no esté explícitamente demostrado en las sentencias de la Corte Suprema. Sin embargo, creemos que la comunicación entre las dos Cortes puede desarrollarse más en el futuro, especialmente si la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional chileno decidieren admitir, expresamente, el rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos incorporadas en el orden interno chileno.

10.6 La integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Corte Suprema de Justicia de Paraguay

La Corte Suprema de Justicia de Paraguay también ha aplicado la jurisprudencia de la Corte Interamericana a fin de interpretar mejor los derechos humanos fundamentales que integran el orden constitucional paraguayo. Así, por ejemplo, en el tema de la prisión preventiva, la Corte Suprema ha aplicado la jurisprudencia de la Corte de San José a fin de determinar la excepcionalidad de tal prisión y de que sean respetados los principios de la legalidad, de la presunción de inocencia, y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción de la libertad. Así decidió la Corte Suprema de Paraguay en la sentencia del 31 de julio de 2007, referente al *habeas corpus* impetrado por Lino Cesar Oviedo Silva, con base en la interpretación de la Corte Interamericana registrada en los casos *Suárez Rosedo v. Ecuador*, *Tibi v. Ecuador* e *Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*.¹³⁶⁰

Fecha de acceso: 19.9.2014.

¹³⁶⁰ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 111-140.

Otro importante *leading case* —ya comentado en esta tesis— de la jurisprudencia constitucional de Paraguay fue el caso de la sentencia 1306, del 15 de octubre de 2013, que trataba de definir el ámbito de protección del derecho humano fundamental a la información pública. En esa sentencia, la Corte Suprema de Justicia paraguaya integró la norma del artículo 28 de la Constitución de Paraguay con las normas del artículo 13 del Pacto de San José y del artículo 19 del PIDCP, a fin de garantizar a los ciudadanos paraguayos el citado derecho a la información en conformidad con la jurisprudencia ya expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo que la nómina de los funcionarios públicos y sus respectivas remuneraciones constituyen informaciones públicas a las que puede acceder cualquier ciudadano, en respeto al derecho humano fundamental garantizado en la Constitución y en los mencionados pactos de derechos humanos.¹³⁶¹

En la sentencia 1306/2013, la Corte Suprema de Justicia reconoció textualmente lo siguiente:

Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano máximo de interpretación de las disposiciones de la Convención, siendo en consecuencia lógico y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por inobservancia de los principios de la Convención, que comprometerían su responsabilidad internacional.¹³⁶²

De esa manera, podemos concluir que no solo la Corte Suprema de Justicia de Paraguay aplica, efectivamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando integra las normas de derechos humanos del sistema interamericano con las normas del sistema constitucional paraguayo, sino que también considera imperioso ese respeto a la jurisprudencia de la Corte de San José, que es considerada la interpretación oficial de la CADH, así como de las demás normas del sistema interamericano de derechos humanos.

¹³⁶¹ El texto de la sentencia 1306/2013 de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.pj.gov.py/descargas/AYS-1306.pdf>>. Fecha de acceso: 8.9.2014.

¹³⁶² Cfr. el 20° considerando de la fundamentación jurídica de la sentencia n° 1 306/2013 de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay.

10.7 La aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional de Bolivia

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia también nos demuestra su consideración no solo de la necesaria integración de las normas constitucionales bolivianas con las normas supranacionales de derechos humanos, sino también de la integración de su propia jurisprudencia constitucional con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A modo de ejemplo, observamos que en el tema del conflicto entre la jurisdicción militar y la jurisdicción civil, que es una temática clásica en la jurisdicción de la Corte Interamericana (y que ha sido abordada por diversos tribunales constitucionales latinoamericanos), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia está absolutamente en consonancia con la interpretación adoptada por la Corte de San José.

De hecho, en su sentencia constitucional 663/2004, del 5 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional boliviano revocó una resolución pronunciada por la Sala Civil Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz y reconoció la incompetencia de la Justicia Militar para decidir sobre los procesos criminales que traten sobre los actos de civiles, siguiendo, de ese modo y expresamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la excepcionalidad de la jurisdicción penal militar.¹³⁶³

Otra de las paradigmáticas sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia en que está claramente registrada su apertura jurisdiccional a la influencia de la Corte de San José es la sentencia del 31 de enero de 2006 resultante de un recurso abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo de Bolivia, en que se demandó el reconocimiento de la inconstitucionalidad de los artículos 33 a 35 del Decreto Ley 7755/66, conocido como «Ley del Servicio Nacional de Defensa».

¹³⁶³ La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 167-180.

Según el recurrente del caso mencionado, la norma nacional impugnada viola (entre otras cosas) el artículo 30 de la CADH (y las normas constitucionales que tratan de la reserva legal), que prohíbe la restricción de derechos humanos reconocidos en la convención, a menos que las restricciones sean establecidas y aplicadas *«conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas»*. Aun según el recurrente, la norma impugnada restringiría, indebidamente, los derechos humanos al trabajo, a la educación y a la libre circulación de las personas que no prestasen adecuadamente los servicios militares, en la forma definida en el Decreto Ley 7755/66.

A fin de resolver la cuestión de fondo objeto de la controversia sometida a su juicio (o sea, a fin de definir la violación del artículo 30 de la CADH y de las normas constitucionales sobre reserva legal para la restricción de derechos), el Tribunal Constitucional de Bolivia entendió ser necesario interpretar el Pacto de San José en conformidad con la interpretación que está aceptada por la Corte Interamericana. Para ello, el Tribunal Constitucional examinó el contenido de la Opinión Consultiva 6/86, concluyendo que, según la Corte de San José, la cláusula de reserva legal establecida en el artículo 30 de la CADH e integrada al parámetro normativo constitucional exige el cumplimiento concurrente de cuatro condiciones: (i) que *«se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida»*; (ii) que *«los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”»*; (iii) que *«tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas»*; y (iv) que *«las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución»*.¹³⁶⁴

A juicio del Tribunal Constitucional boliviano, las normas impugnadas del Decreto Ley 7755/66 no cumplieron integralmente con las condiciones impuestas, principalmente la última, que exige una ley en sentido formal para la restricción de los derechos humanos. Con tal fundamento, las normas impugnadas fueron declaradas

¹³⁶⁴ Cfr. los fragmentos citados de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, pp. 239-240.

inconstitucionales y sin efectos.

En síntesis, verificamos que el Tribunal Constitucional de Bolivia, al igual que otras cortes constitucionales de América Latina, también ha incorporado las posiciones jurisprudenciales firmadas por la Corte Interamericana en la fundamentación de sus fallos que tratan de la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.

10.8 La apertura del sistema constitucional peruano a la jurisprudencia supranacional de los derechos humanos

En Perú, así como en otros países latinoamericanos, también ya hemos encontrado, en el pasado, algunos casos de resistencia judicial contra la aplicación integral de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de los crímenes contra la humanidad cometidos durante los períodos políticos antidemocráticos.¹³⁶⁵

Conforme ya hemos expuesto anteriormente, la confrontación más evidente entre los jueces peruanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo lugar en el período político *«fujimorista»*, o sea, cuando el Poder Judicial de Perú estaba alineado políticamente con el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. En aquel entonces, el Estado peruano (con el beneplácito de algunos jueces peruanos) intentó llevar a cabo un plano de revocación de la opción ejercida en favor de la jurisdicción obligatoria de la Corte de San José. Sin embargo, cuando cayó el régimen de Fujimori, la jurisprudencia peruana sufrió muchos cambios en favor de la aplicación más efectiva del sistema internacional —e interamericano— de derechos humanos y de la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El cambio institucional y jurisprudencial del sistema peruano pudo ser percibido en la sentencia del 3 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional de Perú (expediente 10/2002-AI/TC), que declaró la inconstitucionalidad parcial de los Decretos

¹³⁶⁵ Cfr. Gonzalo Aguilar Cavallo: ob. cit., pp. 97-99.

Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, que establecían normas para el enfrentamiento del terrorismo en el país.¹³⁶⁶

Entre los fundamentos de la sentencia en el expediente 10/2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional consideró expresamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que, debido al derecho humano al juez natural, los civiles (aunque supuestamente «terroristas») no pueden ser juzgados por jueces militares. Otrosí, asimismo considerando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se decidió que la prisión preventiva no puede ser la regla general, debiendo ser autorizada solo en casos excepcionales, cuando la necesidad se hace presente de forma manifiesta.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también fue determinante para el fallo del Tribunal Constitucional de Perú en muchos otros casos, como, por ejemplo, en el caso que trató de la desaparición forzada del señor Genaro Villegas Namuche (expediente 2488-2002-HC/TC), en que el Tribunal Constitucional firmó su jurisprudencia respecto a la justicia de transición y a la aplicación del derecho humano a la verdad, así como sobre la obligación estatal de investigar, debidamente, los crímenes de desaparición forzada de personas.¹³⁶⁷

Igualmente, en la sentencia referente al expediente 2730-2006-PA/CT, del 21 de julio de 2006, el Tribunal Constitucional de Perú expresó que *«las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no solo se extiendan al contenido normativo de la Convención stricto sensu, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones»*, que la *«vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi»*.¹³⁶⁸ Otrosí, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional de Perú hace una importante observación que puede ser aprovechada como una conclusión general respecto a la necesaria integración jurisprudencial de los derechos humanos aplicada a los demás

¹³⁶⁶ La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 53-89.

¹³⁶⁷ La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 1, 2006, pp. 137-149.

¹³⁶⁸ La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 2, 2007, pp. 275-307.

principios de interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos:¹³⁶⁹

Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente «mínimo indispensable», en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos «nuevos» inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta.

Encontramos todavía otra sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que pone de manifiesto la obligatoriedad del respeto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos a la sentencia de la demanda de inconstitucionalidad 7-2007-PI/TC, del 19 de junio de 2007, en que el Tribunal Constitucional peruano declaró la inconstitucionalidad de una norma legal que limitaba la interposición de recursos constitucionales contra fallos del Jurado Nacional de Elecciones.¹³⁷⁰

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional considera lo siguiente:

17. Con base en lo anterior, para este tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

(...)

26. De aquí 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 acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

(...)

35. Lo expuesto alude a lo señalado en el fundamento no. 26, supra, respecto

¹³⁶⁹ Cfr. *ibidem*, párrafo 15, p. 286.

¹³⁷⁰ El texto de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 3, 2008, pp. 243-267.

a la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal, cuyo deber es desarrollar una labor *preventiva* a fin de evitar las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que *las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos* y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. *Así lo ha reconocido también el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007 y que obra en autos.*

Resumiendo los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en la demanda de inconstitucionalidad 7-2007-PI/TC, podemos afirmar que, según dicho Tribunal: (i) la interpretación constitucional en Perú debe ser desarrollada «*de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos*»; (ii) la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional debe ser realizada tanto con la finalidad preventiva como con la finalidad reparadora; (iii) «*las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos*»; y, finalmente, (iv) la vinculatoriedad de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos «*no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso*».

Citando otro importante ejemplo, en el caso del recurso de agravio constitucional interpuesto por la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 contra la Corte Superior de Justicia de Ucayali, el Tribunal Constitucional de Perú dictó una sentencia (del 9 de abril de 2010) en que, estimando y declarando fundada la demanda de la comunidad indígena, aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana firmada en los casos *Comunidad Moiwana v. Surinám* y *Aloeboetoe v. Surinám*, a fin de determinar la mejor

forma de reparación (o reposición) de los derechos colectivos violados.¹³⁷¹

En el siguiente fragmento de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional afirma la necesidad de la consideración de la jurisprudencia interamericana:¹³⁷²

Tomando en cuenta que la jurisdicción interna debe estar acorde con la respuesta internacional, entonces es lógico que se pueda tomar como parámetro para entender el concepto de *reposición* los mecanismos que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para salvaguardar derechos fundamentales.

Siendo el Tribunal Constitucional de Perú el último intérprete de la Constitución peruana y el máximo órgano jurisdiccional del país, obviamente, su señalización en favor de la aplicación de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos tuvo que ser seguida por los demás tribunales y jueces del Estado, incluso por la Corte Suprema de Justicia, la cual, entre los años 1980 y 1996, fue soberana en el sistema judicial peruano y legitimó muchas situaciones que hoy consideramos violadoras de los derechos humanos, desconsiderando la jurisprudencia y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pese a que, actualmente, la Corte Suprema de Justicia intenta demostrar que respeta la jurisprudencia interamericana de derechos humanos (y, por ende, la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional de Perú), una de las sentencias más famosas e importantes de la Corte de San José, la sentencia en el caso *Barrios Altos v. Perú*, fue desconsiderada —o sea, no respetada— por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Resolviendo la cuestión de fondo del recurso de casación 4104-2010, por medio de una sentencia de 20 de julio de 2012, la Corte peruana decidió que los asesinatos cometidos por los agentes de Alberto Fujimori contra disidentes políticos (supuestos guerrilleros) no deben ser considerados crímenes contra la humanidad, aunque sean violaciones de derechos humanos, lo que descartaría la imprescriptibilidad (así como la imposibilidad de amnistía o indulto) de tales crímenes. Así entendiendo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia contrarió no solo el fallo de la Corte Interamericana, pero también la propia interpretación de lo que son, para el sistema

¹³⁷¹ El texto de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 145-170.

¹³⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 166.

interamericano de derechos humanos, los crímenes contra la humanidad.

A pesar de eso, actualmente, la apertura de la jurisdicción constitucional o infraconstitucional peruana a la interpretación y jurisprudencia supranacional de los derechos humanos no es una mera cortesía internacional e institucional. Dicha integración hermenéutica y jurisprudencial, además de ser una consecuencia lógica del sistema constitucional peruano, también está establecida como necesaria en el artículo 5° del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley 28237); veamos su texto:

Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

De esa forma, el sistema jurídico peruano se muestra progresivamente más abierto no solo a la integración de las normas internacionales de derechos humanos, sino también a la interpretación y jurisprudencia supranacional de los derechos humanos. Esa apertura hermenéutica a los derechos humanos, que encontró apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, debe ser necesariamente seguida por tribunales y jueces de los grados judiciales inferiores, en conformidad con la Constitución y la legislación infraconstitucional peruana.

10.9 La integración jurisprudencial de los derechos humanos en Colombia

En Colombia, también observamos que la evolución del sistema constitucional en favor de la supremacía de los derechos humanos posibilitó el crecimiento de la influencia que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce sobre la jurisprudencia constitucional del país.

Conforme ya hemos mencionado anteriormente, desde su origen en 1991, la Corte Constitucional colombiana consolidó, aún en la década de los 90, la doctrina de que

las normas internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Tal reconocimiento jurisprudencial, unido a la afirmación de que la Corte Interamericana disfruta de la posición de órgano responsable de la interpretación oficial de las normas del sistema interamericano de derechos humanos (que también está integrado al sistema global de derechos humanos), determinó, inevitablemente, la integración de jurisprudencia de la Corte de San José en el control de constitucionalidad colombiano.

Uno de los principales precedentes de la Corte Constitucional colombiana, que esclarece la fuerza que la jurisprudencia interamericana de derechos humanos debe ejercer en la jurisdicción constitucional del país, es la sentencia C-355/2006, dictada el 10 de mayo de 2006, que trató el tema de la criminalización de aborto.¹³⁷³ En el subítem 8.4 de su fundamentación, la Corte esclarece que:

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que *«En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales»*. Postura reiterada en numerosas ocasiones, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

Pero al margen de esta distinción, los tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del

¹³⁷³ El texto de la sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia, que está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>. Fecha de acceso: 17.2.2014.

legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejar un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.

Otro de los casos paradigmáticos en que se percibe, claramente, la recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos por la Corte Constitucional de Colombia es la sentencia C-370/2006, de 18 de mayo de 2006, en la cual fue examinada la constitucionalidad de la ley 975/2005, que trataba de 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»*.¹³⁷⁴

En esa sentencia, que envuelve un tema típico de derechos humanos (derecho a la paz, a la verdad y la justicia de transición), la Corte Constitucional no solo aplicó las normas internacionales de derechos humanos (convencionales o no) a fin de declarar la mejor interpretación de la Constitución nacional, sino que también trató de compatibilizar su decisión con la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, la Corte colombiana hincó su propia decisión en la consideración de que la Corte de San José firmó algunos estándares básicos respecto a la *«justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario»*; tales estándares son seis: *«(i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (ii) el de la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; (iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la*

¹³⁷⁴ Cfr. el ítem 4 de la fundamentación de la sentencia C-370/2006 de la Corte Constitucional de Colombia, que está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

*relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) el de la no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz; (v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos; (vi) el de los aspectos involucrados en el derechos de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad, etc. ».*¹³⁷⁵

En la mencionada sentencia C-370/2006, la Corte Constitucional colombiana no solo integró la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, resumido en los seis estándares supramencionados, en la interpretación del texto constitucional colombiano, sino también consideró necesario el respeto a tal jurisprudencia. De esa forma, la Corte colombiana aplicó a la jurisdicción constitucional el ya estudiado principio de la cosa interpretada. Transcribimos aquí el fragmento de la sentencia que reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia pronunciada por la Corte Interamericana:¹³⁷⁶

La Corte destaca con particular énfasis, que las anteriores conclusiones provienen de Sentencias de un Tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En un sentido similar, en la sentencia T-616/2010, de 5 de agosto de 2010, la Corte Constitucional de Colombia, examinando un caso concreto que trataba del tema del derecho humano al agua, también expresó que *«las observaciones y recomendaciones proferidas por los órganos autorizados para interpretar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, resultan relevantes al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones y el sentido de los derechos fundamentales*

¹³⁷⁵ Cfr. el subítem 4.4.1 de la fundamentación de la mencionada sentencia.

¹³⁷⁶ Cfr. el subítem 4.6 de la fundamentación de la mencionada sentencia.

*consagrados en la Constitución» y que «aunque estos documentos no se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad, sí constituyen un criterio hermenéutico relevante y un límite para el legislador».*¹³⁷⁷

De esta manera, de acuerdo con la actual jurisprudencia constitucional colombiana, el principio de la cosa interpretada debe ser aplicado no solo a fin de respetar los entendimientos firmados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en los casos contenciosos, sino también a fin de aprovechar la interpretación internacional firmada en los casos en que la norma internacional de derechos humanos es objeto de *«observaciones y recomendaciones proferidas por los órganos autorizados para interpretar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia»*.

10.10 La integración jurisprudencial de los derechos humanos en Costa Rica

Conforme ya hemos mencionado en el capítulo anterior, la doctrina constitucionalista y la jurisprudencia constitucional costarricense reconocen que las normas internacionales de derechos humanos, en este país, integran formal y materialmente el bloque de constitucionalidad.

En algunos casos, en que la norma internacional de derecho humano surge en aparente contradicción con el texto constitucional, se admite incluso la supraconstitucionalidad de tal norma internacional. Ese reconocimiento, que demuestra la larga apertura de la cultura constitucional costarricense hacia el sistema supranacional de derechos humanos, favorece también la recepción —con carácter de obligatoriedad— de la jurisprudencia internacional (en especial, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene su sede en la propia Costa Rica) por la jurisdicción constitucional nacional.

¹³⁷⁷ Cfr. el subítem 2.4 de la fundamentación de la sentencia T-616/2010, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-616-10.htm>>. Fecha de acceso: 15.2.2014.

En un impresionante *leading case* ya citado anteriormente (el caso de *Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones*, sentencia 3435-92), relacionado con el derecho fundamental a la naturalización, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica entendió que era necesario respetar las conclusiones de la Corte Interamericana proferidas en la OC 4/84 (o sea, en una «opinión consultiva», originada de su competencia consultiva, la cual, originalmente, no admitiría «ejecución», tal y como en las sentencias de la competencia contenciosa) y garantizar al recurrente los derechos humanos reconocidos internacionalmente que estaban en —aparente o real— conflicto con la Constitución nacional (el artículo 14.5). En tal sentencia de 1992, la Sala Constitucional costarricense, además de reconocer la prevalencia de las normas internacionales más favorables de derechos humanos (incluso contra posible norma constitucional contraria), también reconoció que esas normas de derechos humanos deben ser interpretadas de forma compatible con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, respetando, de tal manera, el principio de la cosa interpretada.

En el precedente jurisprudencial aquí citado, no podemos olvidar que la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —la OC 4/84— que consolidó la jurisprudencia regional sobre el tema fue formulada en respuesta a una consulta del propio Estado de Costa Rica, lo que legitima todavía más, por lo menos «moralmente», el respeto de las conclusiones de la opinión consultiva. Sin embargo, creemos que tal circunstancia no desmerece la iniciativa de la Corte Suprema de Costa Rica de reconocer como obligatorio el respeto a la jurisprudencia interamericana de derechos humanos.

En otro importante caso, la ya citada acción de inconstitucionalidad 2313-95, que discutía la validez del artículo 22 de la ley 4420, la cual determinaba la colegiación obligatoria de los periodistas, la misma Sala Constitucional costarricense también consideró obligatorio el respeto a la jurisprudencia oficial de la Corte Interamericana firmado en la opinión consultiva 5/85.¹³⁷⁸ También en este caso, la opinión consultiva surgió de una consulta formulada por el propio Estado de Costa Rica. Sobre esa

¹³⁷⁸ El texto de la opinión consultiva 5/1985 de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Fecha de acceso: 9.2.2014.

circunstancia, debemos verificar las mismas consideraciones que están registradas en el párrafo anterior.

En el tema del derecho a la convivencia familiar y de la protección del mejor interés de los niños, encontramos otra importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia que en la que se aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decidiendo el recurso de amparo en favor de Qifen Li, Shuhuai Wu y su hijo menor, el 27 de enero de 2009¹³⁷⁹, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense reconoció el derecho del menor y su madre de ingreso en el territorio del país, a fin de garantizar el derecho humano fundamental a la *reunificación familiar*, reconocido e interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 17/2002¹³⁸⁰.

El deber de aplicación de la CADH conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana también fue reconocido por el Tribunal de Casación Penal de Costa Rica en una sentencia de 23 de enero de 2009, que examinaba un recurso de casación interpuesto por la Defensoría Pública en favor de Oscar Cervantes Cordero. En la fundamentación de su sentencia que estimó el recurso de la Defensoría Pública, el Tribunal de Casación Penal afirmó expresamente la necesidad de «*la observancia de la ley sustantiva en la calificación jurídica del hecho que se estimó acreditado (fondo), no solo en atención a lo que resulta de los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de los correspondientes de nuestra legislación ordinaria, sino también de la jurisprudencia que respecto al derecho al recurso han dictado nuestra Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en su sentencia del 2 de julio de 2004, en el caso “Mauricio Herrera contra Costa Rica”)*».¹³⁸¹

De esa forma, para la adecuada interpretación de la legislación

¹³⁷⁹ El texto de la mencionada sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 6, 2009, pp. 44-52.

¹³⁸⁰ En la mencionada OC 17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que «*la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa*». El texto de la opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>. Fecha de acceso: 9.2.2014.

¹³⁸¹ La parte pertinente de la mencionada sentencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, p. 137.

constitucional e infraconstitucional costarricense, el Tribunal de Casación Penal consideró obligatorio el respeto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana firmada en un caso específico (*Mauricio Herrera v. Costa Rica*) en el que el propio Estado de Costa Rica fue condenado por haber, entre otras cosas, violado el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la CADH.

En suma, el examen de la jurisprudencia costarricense demuestra que los tribunales del país, especialmente la Corte Suprema de Justicia (y su Sala Constitucional), observan, regularmente, la interpretación de las normas de derechos humanos fijada por la Corte Interamericana.

10.11 La integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Corte Suprema de Justicia de Honduras

Encontramos algunos ejemplos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras en los que se aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de interpretar, de forma integrada, la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

Uno de esos ejemplos de integración jurisprudencial en Honduras es la —ya también comentada aquí— sentencia en el expediente CP-129-2009, en que la Corte Suprema de Justicia de Honduras aplicó conjuntamente la Constitución nacional con el artículo 8.2.h de la CADH (el «*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*») y el artículo 14.5 del PIDCP (el cual garantiza que «*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*») a fin de reconocer que un error en la vía recursiva del proceso criminal no impide al tribunal *ad quem* de conocer del recurso.¹³⁸²

¹³⁸² El texto integral de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras correspondiente al expediente CP-129-2009 está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.poderjudicial.gob.hn/Jurisprudencia/Documents/CP-129-2009.pdf>. Fecha de acceso:

En esa sentencia, la Corte hondureña utilizó, explícitamente, como *ratio decidendi*, el fallo de la Corte de San José en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, en el cual la Corte Interamericana, interpretando el artículo 8.2.h de la CADH, expresó que «*la posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho*».¹³⁸³

De esa forma, observamos que, aunque lo haga de forma incipiente, la Corte Suprema de Justicia de Honduras también promueve la integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación conjunta de las normas constitucionales hondureñas y de las normas internacionales de derechos humanos.

10.12 La integración jurisprudencial de los derechos humanos en El Salvador

La histórica política y social del Estado salvadoreño en el siglo XX está marcada por fuertes crisis de inestabilidad política, conflictos armados y graves violaciones de derechos humanos. Debido a tal circunstancia, hoy está bastante presente en este país la conciencia sobre la necesidad de integrarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisdicción constitucional de El Salvador.

El sistema judicial de El Salvador, así como muchos otros sistemas latinoamericanos, no cuenta con un tribunal constitucional *stricto sensu*, pero tiene un su ápice institucional una Corte Suprema de Justicia que incluye una «Sala de lo Constitucional», la cual tiene competencia para ejercer la jurisdicción constitucional.

Cuando examinamos la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, podemos observar la consolidación del reconocimiento del principio de la cosa interpretada, es decir, de la necesidad de incorporar

12.9.2014.

¹³⁸³ Cfr. el párrafo 164 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Fecha de acceso: 12.9.2014.

la jurisprudencia internacional de los derechos humanos (en este caso, especialmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en la interpretación y aplicación de las normas internas —incluso constitucionales— que están integradas a las normas internacionales.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador se pudo notar en la sentencia referente al proceso de inconstitucionalidad 61-2009, de 29 de julio de 2010, en que se argüía la inconstitucionalidad de normas del Código Electoral que exigían la afiliación a un partido político como condición indispensable para que el ciudadano participe, como candidato, en elecciones generales.¹³⁸⁴

Para resolver la cuestión de fondo de la controversia constitucional, la Sala de lo Constitucional aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos firmada en el caso *Yatama v. Nicaragua*. En dicho caso, la Corte de San José afirma que, de acuerdo con la CADH, no es exigible la asociación del ciudadano a un partido político para que él pueda gozar de su derecho humano a la participación en elecciones como candidato.¹³⁸⁵ Aplicando tal entendimiento de la Corte Interamericana, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia entendió que, integrando la Constitución nacional con las normas de la CADH, el resultado debe ser el mismo que el alcanzado por la Corte Interamericana.

Sin embargo, tal entendimiento no resultó en la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales impugnadas, ya que estas «*admiten una interpretación conforme con los arts. 72 ord. 3º y 126 de la Constitución, en el sentido de*

¹³⁸⁴ El texto de la mencionada sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 47-71.

¹³⁸⁵ Veamos lo que está registrado en el párrafo 215 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Yatama v. Nicaragua*: «*No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos solo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado.*» El texto integral de la mencionada sentencia está disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Fecha de acceso: 7.5.2014.

que la acreditación de postulación partidaria solo es exigible a los candidatos que opten por esa vía, pero estos también podrán presentarse como candidatos independientes o, en otros supuestos especificados en esta sentencia, presentarse sin necesidad de la intermediación de un partido político». ¹³⁸⁶ Con tal solución, la Sala de lo Constitucional restringió el sentido de la norma nacional, a fin de adecuarla a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otro de los casos emblemáticos de integración jurisprudencial decididos por la Sala de lo Constitucional fue el proceso de constitucionalidad 91-2007, de 24 de septiembre de 2010. ¹³⁸⁷ En dicho caso, se discutió la validez de una ley que alteraba el Código Penal salvadoreño, determinando que no serían punibles los juicios escritos u orales desfavorables de «la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional», ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio de la libertad de expresión. Asimismo, la ley impugnada establecía que tampoco serían punibles los juicios desfavorables de la «crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional» ni los conceptos desfavorables expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función. De igual manera, por los mismos hechos, tampoco serían punibles los propietarios, directores, editores, gerentes responsables por el medio de comunicación social en que ocurrieron los hechos. ¹³⁸⁸

En la opinión de los ciudadanos que promovieron el proceso de constitucionalidad, esas normas legales establecerían un tratamiento privilegiado a favor de las personas que ejercen el periodismo y a las personas asociadas con los medios de comunicación, lo que violaría los derechos al honor, a la imagen y a la intimidad, que estarían garantizados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos

¹³⁸⁶ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, p. 71.

¹³⁸⁷ La mencionada sentencia está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 9, 2010, pp. 71-133.

¹³⁸⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 71-72.

humanos.¹³⁸⁹

A fin de resolver la cuestión de fondo del proceso aquí referido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los límites de la libertad de expresión.

Partiendo de la interpretación firmada en los casos *Kimel v. Argentina* y *Palamara Iribarne v. Chile*, los jueces constitucionales salvadoreños admitieron que la libertad de expresión no es un derecho absoluto.¹³⁹⁰ Otrosí, arrimándose en la sentencia de la Corte de San José en el caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, la Sala de lo Constitucional reconoció que la *«necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso»* y que para se verificar la necesidad de una respuesta criminal *«se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales»*.

Finalmente, también consideró la Sala de lo Constitucional de El Salvador, citando incluso una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso *Campillay, Julio C. contra La Razón y otros*, que el periodismo es indispensable para la implementación del derecho de información y ejerce una función primordial en una sociedad moderna democrática. Por eso, según los jueces de la Sala Constitucional, *«no solo es normal que se proteja la función periodística, sino que es una obligación constitucional hacerlo, pues si ella se viera constantemente amenazada de persecución penal, perdería en la práctica su genuina naturaleza de libertad y no podría cumplimentar adecuadamente la función a la que está llamada, con lo cual la afectada sería la*

¹³⁸⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 72-76.

¹³⁹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 104.

sociedad». ¹³⁹¹

Apoyándose en esos fundamentos, la Sala de lo Constitucional decidió que la ley impugnada no viola la Constitución de El Salvador (integradas por las normas internacionales de derechos humanos), siempre y cuando sea interpretada de forma compatible con los fundamentos jurisprudenciales mencionados (que incorporan la interpretación y jurisprudencia internacional de los derechos humanos), lo que resulta en la protección del trabajo de los periodistas, que no pueden ser penalizados por el ejercicio de la libertad de expresión, solo siendo punibles los actos dolosos de ofensa en contra el honor, la imagen y la intimidad de las otras personas.

Otra reciente e histórica demostración de la apertura de la Sala de lo Constitucional salvadoreña para la jurisprudencia interamericana de derechos humanos está en la sentencia de amparo 665-2010, pronunciada el 5 de febrero de 2014. En ese notable caso, la Sala de lo Constitucional basó la fundamentación de la sentencia en la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los *leading cases* de *Velásquez Rodríguez v. Honduras* y *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, para declarar que la Fiscalía General de la República violó la CADH (los «*derechos a la protección jurisdiccional —en su manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción—, a conocer la verdad y de petición*») y, por consiguiente, también la Constitución nacional de El Salvador; tal violación correspondería a la omisión en investigar y perseguir criminalmente los responsables por los graves crímenes contra la humanidad cometidos en julio de 1981 contra muchas víctimas civiles.

En su resolución, ordenó la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema «*al Fiscal General de la República que efectúe, dentro de un plazo razonable, una investigación seria, exhaustiva, diligente y concluyente, con el fin de esclarecer la verdad del homicidio colectivo ocurrido, según los demandantes, el 25-VII-1981 en el cantón San Francisco Angulo, Tecoluca, departamento de San Vicente, y que, en el caso de que, a su criterio, se haya cometido algún delito, ejerza de inmediato la acción penal; además, deberá dar a conocer públicamente los resultados de la investigación sobre el homicidio colectivo aludido y, en caso de ejercer la acción penal, deberá informar públicamente los*

¹³⁹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 105-111.

resultados del proceso penal». ¹³⁹²

En síntesis, observamos, en los fallos examinados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, que también la jurisprudencia constitucional salvadoreña está abierta a la integración con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

10.13 La integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

El examen de la jurisprudencia constitucional del Estado de Guatemala también nos demuestra que su Corte de Constitucionalidad está afinada con la interpretación oficial de las normas interamericanas de derechos humanos, pese a la persistencia del debate académico respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos que sigue habiendo en ese país.

Así como muchísimos otros tribunales constitucionales y cortes supremas ya mencionados en la presente obra, en el tema de la desaparición forzada de personas, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en la sentencia referente al expediente 929-2008, de fecha 7 de julio de 2009, reconoció que tal crimen «*constituye, salvo la existencia de prueba en contrario, un delito de carácter permanente y continuado*», lo que impide el reconocimiento de la prescripción de la acción penal o el acatamiento de la alegación de irretroactividad de la ley penal. Tal posicionamiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que fue firmado en el incidente de inconstitucionalidad instaurado por Felipe Cusanero Coj, investigado por delitos de desaparición forzada de personas que fueron cometidos entre los años 1982 y 1984, se basó expresamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los *leading cases Velásquez*

¹³⁹² El texto de la sentencia de amparo 665-2010, pronunciada el 5 de febrero de 2014 por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador está disponible en la siguiente página: <<http://www.laprensagrafica.com/getattachment/24c11546-c1ad-4a44-8efc-e6b422206fd5/>>. Fecha de acceso: 7.2.2014.

*Rodríguez v. Honduras y Blake v. Guatemala.*¹³⁹³

Considerando que uno de los citados precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese tema, se trata de un caso en que el propio Estado de Guatemala fue condenado, la integración jurisprudencial promovida por la Corte de Constitucionalidad (en ese caso concreto) puede ser considerada como una medida necesaria para el cumplimiento integral y específico de la sentencia de la Corte de San José en el caso *Blake*, garantizando que las violaciones de derechos humanos allí declaradas no se repitan nunca más en el territorio guatemalteco.

En otros importantes temas de derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala también siguió los entendimientos de la Corte de San José. Así, en la sentencia referente al expediente 3878/2007, la Corte de Constitucionalidad fundamentó su fallo en la sentencia de la Corte de San José sobre los casos de la *Comunidad indígena Yakyé Axa v. Paraguay* y del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, a fin de garantizar los derechos de participación y consulta adecuada de los pueblos indígenas.¹³⁹⁴

En conclusión, consideramos que la Corte Constitucionalidad de Guatemala está integrando, adecuadamente, los entendimientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la interpretación constitucional guatemalteca.

10.14 La integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Hasta la promulgación de la Constitución de 2010¹³⁹⁵, que instituyó el

¹³⁹³ El texto de la mencionada sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 5, 2009, pp. 208-217. El texto de la sentencia también puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>. Fecha de acceso: 14.9.2014.

¹³⁹⁴ El texto de la sentencia referente al expediente 3878/2007 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala puede ser obtenido en la siguiente página electrónica: <<http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>>. Fecha de acceso: 21.9.2014.

¹³⁹⁵ El texto de la Constitución de 2010 de la República Dominicana está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.procuraduria.gov.do/Novedades/PGR-535.pdf>>. Fecha de acceso: 22.9.2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, la jurisdicción constitucional en ese país era ejercida, en última instancia, por la Suprema Corte de Justicia. La Suprema Corte dominicana, hasta ese entonces, había desarrollado una jurisprudencia favorable a la observancia de la interpretación asentada en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ciertamente, según la ya aquí citada resolución 1920-2003, del 13 de noviembre de 2003, de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, no solo los tratados internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad del Estado, sino que también la interpretación internacional respecto a las normas internacionales de derechos humanos forman parte de dicho bloque. Transcribimos un fragmento de la mencionada resolución:¹³⁹⁶

Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.

Atendido, que mediante instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de febrero de 1999, el Estado dominicano acepta y declara que reconoce como obligatorio de pleno derecho y sin convención especial, conforme al artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación de dicha Convención;

Atendido 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 artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes. (...)

¹³⁹⁶ El texto de la resolución 1920-2003, del 13 de noviembre de 2003, de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 3, 2008, pp. 29-50. Cfr. especialmente pp. 31-32.

Con arreglo a lo que expuso la Suprema Corte de Justicia, la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los Estados que han aceptado su jurisdicción obligatoria es una consecuencia normativa de la ratificación de la CADH y de la propia aceptación de dicha jurisdicción.

Otrosí, en el caso de la República Dominicana (igual a muchos otros Estados latinoamericanos), en que la CADH y otras fuentes normativas supranacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia consideró que la jurisprudencia internacional e interamericana de los derechos humanos también debe ser aplicada en conjunto con todas las normas de tal bloque, determinando el sentido en que deben ser entendidas dichas normas.

Actualmente, debido al artículo 184 de la nueva Constitución dominicana de 2010, está instituido un Tribunal Constitucional que debe «*garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales*». Así, desde 2010, el control de constitucionalidad en la República Dominicana está primordialmente ejercido por el Tribunal Constitucional, lo que, sin embargo, no excluye el ejercicio por los demás tribunales dominicanos del control difuso, de acuerdo con el artículo 188 del mismo texto constitucional, que garantiza a esos tribunales el poder de conocer «*la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento*».

Considerando el surgimiento de un Tribunal Constitucional en la República Dominicana, se esperaba que la integración jurisprudencial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos fuese reforzada. Sin embargo, en un caso paradigmático para el país, en el cual se discutió el posible derecho a la nacionalidad dominicana por los hijos de los ciudadanos haitianos en situación irregular, observamos, en vez de una integración, un verdadero conflicto entre la interpretación determinada por la Corte Interamericana y el entendimiento firmado por el Tribunal Constitucional.

En la sentencia 168/2013¹³⁹⁷, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana discutía el alcance de la norma constitucional del país que establece los

¹³⁹⁷ El texto de la sentencia 168/2013 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana está disponible en la siguiente página: <<http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200168-13%20-%20C.pdf>>. Fecha de acceso: 22.9.2014.

requisitos para la adquisición de la nacionalidad originaria dominicana. Dicha norma, cuyo contenido histórico fue alterado en la Constitución de 2010, ha sido, en las últimas décadas, interpretada y aplicada de una forma que muchas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos consideran violadora del derecho internacional de los derechos humanos.¹³⁹⁸

De hecho, recientemente, aplicando el artículo 18.3 de la Constitución de 2010, o antes el artículo 11.1 de la Constitución de 1994 y el mismo artículo de la Constitución de 2002 (que todavía producen efectos jurídicos para quienes adquirieron la nacionalidad dominicana bajo su vigencia), las autoridades dominicanas han negado la nacionalidad dominicana a los hijos e hijas de miles de ciudadanos haitianos que viven «clandestinamente» (los «indocumentados») en el país. Esos niños y niñas que nacen en el territorio dominicano, debido a esa situación migratoria y jurídica peculiar, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, están en el peligro de ser consideradas apátridas, lo que sería una grave violación de sus derechos humanos a la nacionalidad y a la ciudadanía, así como de otros derechos humanos vinculados a esos derechos.¹³⁹⁹ Esa

¹³⁹⁸ Las Constituciones históricas de la República Dominicana siempre han adoptado el criterio del *ius solis* para la definición de la nacionalidad originaria dominicana. Así, por ejemplo, en el artículo 11.1 de la Constitución de 1994 y en el artículo 11.1 de la Constitución de 2002, estaba asentado que son dominicanos «todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él». Claramente, ahí estaba establecido el criterio territorial para la atribución de la nacionalidad, casi sin ninguna excepción. A su vez, en el artículo 18.3 de la Constitución (en 2010) hoy vigente en el país, está determinado que son «dominicanas y dominicanos: (...) las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas». La intención del constituyente dominicano, aparentemente, fue excluir la nacionalidad dominicana de los hijos de «extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano», que son, en la actualidad, los hijos de haitianos indocumentados.

¹³⁹⁹ Las alegaciones y demandas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana* están así resumidas en el tercer párrafo de la sentencia de la Corte Interamericana referente a ese caso: «La Comisión alegó en su demanda que el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana (en adelante “la Constitución”) establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. La Comisión señaló que el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001. Según la Comisión, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad. La inexistencia de un mecanismo o procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil ante el Juez de Primera Instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las presuntas víctimas obtener sus actas de nacimiento, son

situación fue puesta en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*.

En su sentencia del 23 de noviembre de 2006, en el mencionado caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la República Dominicana violó los derechos humanos de las ciudadanas dominicanas de ascendencia haitiana. Según la Corte, el derecho humano a la nacionalidad está recogido por la CADH, en un doble aspecto: «*el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo*».¹⁴⁰⁰

Igualmente, la Corte Interamericana entendió que el Estado demandado, cuando, por sus autoridades, interpretó y aplicó el precepto constitucional que establece el criterio del *ius soli*, dejó de observar tres mandamientos: «*a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no*

*igualmente alegadas por la Comisión como violaciones a determinados derechos consagrados en la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que otorgue una reparación que comprometa una plena satisfacción por las presuntas violaciones de derechos ocurridas en perjuicio de las niñas. Además, pidió que el Estado adopte las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención y establezca directrices que contengan requisitos razonables para la inscripción tardía de nacimiento y no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, con el objeto de facilitar los registros de los niños dominico-haitianos. Finalmente, la Comisión requirió a la Corte que ordenara al Estado pagar las costas y gastos razonables generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano». El texto integral de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Fecha de acceso: 22.9.2014.*

¹⁴⁰⁰ Cfr. la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, párrafo 139.

*adquieren la del Estado en donde nacieron».*¹⁴⁰¹

Considerando que, de acuerdo con el artículo 74.3 de la Constitución dominicana, las normas internacionales de derechos humanos están incorporadas por el sistema constitucional dominicano con el rango constitucional, sería natural que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la sentencia 168/2013, atribuyese una interpretación al artículo 18.3 de la Constitución de 2010 de una forma similar a la que fue desarrollada por la Corte Interamericana en la sentencia del caso las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, observando, particularmente, los tres mandamientos mencionados en el párrafo 156 de esa sentencia. Sin embargo, la interpretación presentada por el Tribunal Constitucional fue totalmente opuesta. De hecho, en lugar de incorporar la jurisprudencia de la Corte de San José, el Tribunal Constitucional prefirió atacar los fundamentos de la sentencia interamericana.

A juicio del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos debería respetar el principio del «margen de apreciación», que fue desarrollado, como hemos visto en un capítulo anterior, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que, según el Tribunal Constitucional, «*la cuestión de la nacionalidad resulta un tema particularmente sensible para todos los sectores de la sociedad dominicana*».¹⁴⁰² Invocando el margen de apreciación nacional, el Tribunal dominicano entendió que la nacionalidad dominicana no puede ser concedida a los hijos de haitianos indocumentados, considerando, en el caso concreto, que la ciudadana recurrente Juliana Deguis (como muchísimos otros) no podría ser considerada apátrida, ya que disfrutaría de la nacionalidad haitiana, afirmando que «*sus padres debieron haber registrado su nacimiento en un consulado haitiano de la República Dominicana*».¹⁴⁰³

Contra ese entendimiento del Tribunal Constitucional, la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández presentó un voto disidente. En su fundamentación, Bonilla Hernández recordó que las «*sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tienen carácter vinculante para todos los Estados que han ratificado la*

¹⁴⁰¹ Cfr. la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, párrafo 156.

¹⁴⁰² Cfr. la sentencia 168/2013 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, párrafo 2.12 de la fundamentación.

¹⁴⁰³ Cfr. la sentencia 168/2013 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, párrafo 3.1.7 de la fundamentación.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y que además hayan reconocido la competencia de la Corte», lo que incluye, obviamente, la interpretación firmada por la Corte Interamericana en esas sentencias.¹⁴⁰⁴

En síntesis, podemos confrontar la apertura de la anterior jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia hacia la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el reciente conflicto jurisprudencial presentado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Aunque el tema de resistencia haya tocado un gran problema nacional y nacionalista del pueblo dominicano (la resistencia contra la integración con el pueblo haitiano), pensamos que todavía hace falta al Tribunal Constitucional dominicano concebir una mejor forma de integrar su nueva función de control constitucional con la necesidad de respetar el nivel mínimo de protección de los derechos humanos que está representado en la jurisprudencia de la Corte de San José.

10.15 La integración jurisprudencial de los derechos humanos en México

Hemos visto en el capítulo anterior que el sistema constitucional mexicano comporta la noción del bloque de constitucionalidad, que está formado, entre otras, por las normas internacionales de derechos humanos válidas en México. De modo compatible con la aceptación del rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico mexicano, los tribunales de ese Estado han aceptado que la jurisprudencia internacional de los derechos humanos (especialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana) debe ser tenida en consideración, obligatoriamente, a fin de que las normas internacionales-constitucionales sean debidamente aplicadas en los casos concretos.

Uno de los casos emblemáticos de la jurisdicción mexicana respecto a la obediencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido la sentencia pronunciada por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de

¹⁴⁰⁴ Cfr. el voto disidente de la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández en la sentencia 168/2013 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, párrafo 1.2.3.5.1.

la Federación, Quinta Circunscripción Plurinominal. En dicha sentencia de 24 de marzo de 2011, resolvía la cuestión de fondo del juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano Juvenal Ortiz Zavala, el Tribunal Electoral mexicano falló en favor del elector basándose en la jurisprudencia de la Corte de San José.¹⁴⁰⁵

En el citado caso concreto, Juvenal Ortiz Zavala buscaba la expedición de la credencial para votar, la cual le estaba siendo negada debido a que estaba cumpliendo una pena corporal resultante de un proceso criminal. Para decidir sobre tal caso, el Tribunal Electoral tuvo que examinar cuál sería el contenido del derecho humano fundamental al sufragio electoral, que está reconocido en la Constitución de México y en la CADH. Considerando que estaba en cuestión la interpretación y aplicación de una norma interamericana de derechos humanos, el Tribunal Electoral entendió que sería indispensable examinar la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal sentido, veamos un fragmento de la sentencia aquí examinada:

Ahora bien, en términos del artículo 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**.

De esta forma, al resolver el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, la citada Corte Interamericana ha establecido que **los Estados parte se encuentran obligados a aplicar la Convención en las decisiones que impliquen vulneración de los derechos contemplados en ella**, armonizando las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha realizado la citada Corte Interamericana,⁷ cuya tendencia se ha reflejado en la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional supranacional.⁸

Al respecto, es ilustrativo el voto razonado del Juez *Ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, en el fallo del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, en el que señaló que la intencionalidad de la Corte Interamericana es clara al establecer que el control de convencionalidad 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**.

¹⁴⁰⁵ El texto de la mencionada sentencia del del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 9, 2010, pp. 267-291.

Según lo asumió el Tribunal Electoral mexicano, existe un enlace lógico entre la premisa de que todos los jueces nacionales realizan el control de convencionalidad, aplicando directamente los tratados internacionales de derechos humanos, y la aceptación de que los Estados que han asumido el compromiso de respetar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también deben respetar su jurisprudencia. De acuerdo con el raciocinio desarrollado por el Tribunal, si los jueces nacionales aplican directamente la CADH y el Estado de México está obligado a respetar la competencia jurisdiccional de la Corte de San José, deben los jueces nacionales mexicanos considerar y privilegiar, obligatoriamente, la interpretación firmada por la Corte Interamericana en los diversos casos que construyen su jurisprudencia y así, considerar tal interpretación como la mejor interpretación de la CADH (y, por ende, de todas las normas que forman el conjunto normativo interamericano de derechos humanos).

Con tales consideraciones, el Tribunal Electoral aplicó al caso concreto la jurisprudencia de la Corte Interamericana firmada en los casos *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, *Yatama v. Nicaragua*, *Almonacid Arellano v. Chile* y *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, concluyendo que la Constitución nacional mexicana debe ser aplicada de forma integrada con la CADH a fin de maximizar el respeto del derecho humano al sufragio electoral, que debe estar garantizado aun cuando el ciudadano está sufriendo los efectos de una sentencia condenatoria criminal que establezca una pena corporal.

En el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de México, observamos que la integración entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia interamericana de derechos humanos también ya es una realidad. Encontramos en importantes precedentes jurisprudenciales de ese Tribunal muchas referencias a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en una sentencia de 29 de junio de 2004, que decidió la controversia constitucional 33/2002, interpuesta por el Jefe del Gobierno del Distrito Federal, La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México declaró «parcialmente procedente pero infundada» la controversia constitucional sobre la validez de la declaración interpretativa del Estado México sobre la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. La referida declaración

restringía el alcance de la convención a los hechos posteriores a su fecha.¹⁴⁰⁶

En la fundamentación de la sentencia sobre la controversia constitucional 33/2002, la Suprema Corte de Justicia entendió que la declaración interpretativa no sería inconstitucional si ella misma es interpretada y aplicada de acuerdo con la interpretación de la Corte Interamericana, que entiende que es posible la persecución criminal de los delitos de desaparición forzada anteriores a las fechas de las firmas de los convenios de derechos humanos cuando la desaparición permanece contemporáneamente (o en un momento posterior a la vigencia de los convenios), considerando que, en ese caso, no ocurre la retroacción normativa. Veamos los fragmentos fundamentales de la mencionada sentencia:¹⁴⁰⁷

Atento a las características de los delitos instantáneos, permanentes o continuos, y continuados, es dable concluir que el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención impugnada, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continuo, ya que si bien este delito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.

Por tanto, conforme a nuestro derecho penal «delito continuo» no es lo mismo que «delito continuado», por lo que de acuerdo con los razonamientos expresados, cuando el artículo III de la Convención establece que el delito de desaparición forzada de personas será considerado como «continuado o permanente» mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, debe entenderse que el «continuado» que la norma equipara con el «permanente» se identifica con el «continuo» de la fracción II del artículo 7º del Código Penal Federal.

Ahora bien, tomando en consideración que conforme al principio de irretroactividad de la ley que se ha explicado con anterioridad, las disposiciones contenidas en las leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquellas entren en vigor, es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea la nueva ley no puede regir conductas o hechos de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente. En cambio, sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado, a aquellos hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando aunque hayan empezado a realizarse antes de que aquella entrara en vigor, se continúen cometiendo, esto es, se prolonguen después de su vigencia, en cuyo caso ésta resultará aplicable; tal es el caso del

¹⁴⁰⁶ El texto de la mencionada sentencia está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, pp. 155-224.

¹⁴⁰⁷ *Ibidem*, pp. 217-219.

delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.

Por tal razón, si en la declaración interpretativa en mención se establece que las disposiciones de la Convención se aplicarán a los hechos que constituyan el delito de desaparición forzada de personas, que se hubieran realizado con posterioridad a su entrada en vigor, es claro que con ello el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (a través del Senado de la República) quiso significar que no podrá aplicarse a aquellas conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, circunstancia que no impide que se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención.

Como se puede percibir de los fragmentos transcritos, aunque la Suprema Corte de Justicia no haya decretado la inconstitucionalidad de la declaración que restringía la interpretación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, concretamente, la Suprema Corte no restringió la aplicación de la convención, considerando que ella debe ser aplicada conforme a una interpretación que, como sabemos, es la orientación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En otro caso polémico, respecto a las acciones de inconstitucionalidad contra la reforma de los artículos del Código Penal para el Distrito Federal y de la Ley de Salud para el Distrito Federal que versaban sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México reafirmó su plena disposición de aceptar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su sentencia de 28 de agosto de 2008, la Suprema Corte analizó la interpretación conferida por la Corte de San José al artículo 4º de la CADH, o sea, sobre el derecho humano fundamental a la vida, concluyendo que la interpretación privilegiada por la Corte Interamericana es la de que «*los instrumentos internacionales de derechos humanos sí protegen y garantizan el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto y que la garantía se dirige de manera particular a la privación arbitraria de la vida y la pena de muerte*».¹⁴⁰⁸ Bajo esa percepción, la Suprema Corte mexicana concluyó que no existe un deber de criminalizar la interrupción voluntaria del embarazo, lo que imposibilitó la

¹⁴⁰⁸ El texto de la mencionada sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 257-341.

declaración de inconstitucionalidad de las normas legales mexicanas impugnadas.

En el tema de la libertad de expresión de los periodistas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México también sigue la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo demuestra la sentencia del 17 de junio de 2009 de la Primera Sala del Tribunal, dictada en el proceso de amparo directo en revisión 2044/2008.¹⁴⁰⁹ En dicha sentencia, la Suprema Corte de Justicia hincapié en la interpretación firmada por la Corte de San José en las sentencias de los casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *Tristán Donoso v. Panamá*, *Ivcher Bronstein v. Perú* y *Olmedo Bustos y otros v. Chile*, así como en la opinión consultiva 5/85, a fin de amparar a un periodista que había sido condenado en las instancias judiciales inferiores, debido a una publicación que había desprestigiado al Presidente Municipal de Acámbaro.

Entre otros tribunales infraconstitucionales de México, también encontramos importantes precedentes favorables al respeto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, en la sentencia de 21 de enero de 2010 del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, referente al amparo directo 505/2009, la fundamentación desarrollada para amparar el derecho de la recurrente Rosalinda González Hernández de acceso adecuado a la justicia se basó en la interpretación que la Corte Interamericana privilegió en la aplicación del artículo 25 de la CADH (especialmente en las sentencias de los casos *López Álvarez v. Honduras*, *Baldeón García v. Perú*, *Ximenes López v. Brasil* y *Claude Reyes v. Chile*). De acuerdo con lo que registró el tribunal mexicano en la mencionada sentencia, compete a los jueces nacionales realizar el «control de convencionalidad» de las normas internas de forma compatible con la interpretación que los tribunales internacionales competentes confieren a las mismas convenciones de derechos humanos. Veamos un fragmento de la sentencia:¹⁴¹⁰

Por último y a mayor abundamiento, se han emitido criterios por parte de la Corte Interamericana en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como en el caso lo es la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las

¹⁴⁰⁹ El texto de la mencionada sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 6, 2008, pp. 222-258.

¹⁴¹⁰ El mencionado fragmento de la sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa de México está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, p. 43.

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, por lo que se estima que la sala debió apegarse y buscar en su resolución, garantizar el efectivo acceso a la justicia del gobernado a fin resolver, de manera efectiva, la controversia planteada.

La necesidad de integración jurisprudencial como forma de respeto al sistema internacional e interamericano de derechos humanos estuvo reforzada por la reforma constitucional mexicana de junio de 2011, la cual, modificando el artículo 1º de la Constitución, determinó que 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»*. Así, la integración hermenéutica y jurisprudencial de los derechos humanos, que ya era una realidad en México, ganó un fundamento constitucional más para su concretización.

Dicha reforma constitucional de 2011 fue bien acogida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Lo demuestra un fallo suyo de 14 de julio de 2011 (o sea, un mes después de la reforma constitucional)¹⁴¹¹, referente al «expediente varios» 912/2010, que trataba del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*. En ese fallo, la Corte mexicana, además de determinar providencias concretas a fin de implementar la sentencia de la Corte Interamericana, también entendió ser obligatorio el respeto de la jurisprudencia de esa Corte, incluso en los casos en que el Estado de México no fue parte en la controversia judicial. Según la Suprema Corte, *«el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once»*.¹⁴¹²

¹⁴¹¹ Volveremos a examinar el mencionado fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación posteriormente, cuando analicemos el tema de la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano. El texto del mencionado fallo está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 83-136.

¹⁴¹² Cfr. *ibidem*, párrafo 20, p. 91.

En síntesis, conforme ya hemos enunciado reiteradamente, la segunda parte del artículo 1º de la Constitución de México¹⁴¹³ reconoce el principio de la integración de los derechos humanos *pro homine*, en favor de la mejor interpretación que favorezca la máxima amplitud de los derechos. La consecuencia lógica de tal principio hermenéutico es que se conozca y aplique, cuando sea más favorable, la interpretación internacional de los derechos humanos.

De esa forma, para el cumplimiento de tal mandamiento constitucional, hace falta que la jurisdicción constitucional mexicana integre la jurisprudencia nacional con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prestando especial atención a la jurisprudencia interamericana cuando sea más expansiva en la garantía de los derechos humanos. Eso es lo que ocurre, efectivamente, en la jurisdicción constitucional mexicana.

10.16 La construcción de la solución de los conflictos hermenéuticos sobre derechos humanos generados en América Latina en el ámbito de los diálogos judiciales verticales y horizontales

En los subcapítulos anteriores, intentamos demostrar cómo el principio de la cosa interpretada empieza a echar raíces en América Latina y cuáles son los obstáculos para su aplicación en esa región. A pesar de lo que allí expusimos, todavía nos toca cuestionar si la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos debe ser asimilada, de una forma simple y acrítica, por los tribunales latinoamericanos competentes para la jurisdicción constitucional, o si deben existir parámetros especiales para el diálogo judicial en la región. De hecho, existen posibilidades de conflictos jurisprudenciales que deben ser examinadas, teniendo siempre en cuenta, además del principio de la cosa interpretada, también los principios *pro homine* y de la armonización (adecuación a los contextos nacionales/locales).

¹⁴¹³ Recordamos aquí la segunda parte del artículo 1º de la Constitución de México: «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».

El problema que ahora planteamos no es nuevo y ya lo examinamos, en esta misma tesis, en el capítulo en que discutimos sobre los conflictos hermenéuticos que ocurren en Europa en materia de derechos humanos. En ese continente, ya existe una experiencia más avanzada sobre cómo pueden ser arreglados los conflictos de cortes constitucionales, cortes regionales de derechos humanos y cortes comunitarias, cuando tratan de aplicar normas que determinan el respeto a los derechos humanos o a los derechos fundamentales.

En una síntesis bastante concisa, podemos decir que, en Europa, nuestra propuesta¹⁴¹⁴ de resolución es la siguiente: el CEDH (y las demás normas europeas de derechos humanos) es un límite jurídico mínimo de interpretación que debe ser respetado por los jueces constitucionales. Igualmente, la jurisprudencia del TEDH, agregándose al conjunto normativo del CEDH, también debe ser respetada como un límite mínimo de respeto a los derechos humanos en los ámbitos locales.

En este sentido, el principio de la cosa interpretada, ya consolidado entre los juristas y tribunales de Europa, debe ser entendido siempre como un límite mínimo de garantía de los derechos, debiendo estar conyugado con el principio *pro homine*, que nos impone elegir la norma —también la opción hermenéutica y jurisprudencial— que más satisface, integralmente, las normas de derechos humanos. Así entendida, la interpretación vinculante del TEDH no impone un entendimiento único y específico, sino que establece un límite mínimo hermenéutico de reconocimiento del derecho humano, de suerte que una interpretación más favorable a la persona titular del derecho humano siempre es aceptable desde la perspectiva de Estrasburgo.

Igualmente, en Europa, los principios *pro homine* y de la armonización (y luego el respeto a las particularidades de los ámbitos locales) también deben ser aplicados de una forma compatible, adecuada, de manera que la jurisprudencia europea sea adaptada a los contextos locales, pero que no sirva de pretexto para la desconsideración de la necesidad de maximización de los derechos humanos en los ámbitos nacionales. Así, entendemos que un tribunal constitucional europeo, en su tarea fundamental de interpretar

¹⁴¹⁴ Esa misma cuestión, que también tratamos en otro capítulo de la presente tesis doctoral, la presentamos y enfrentamos, aunque de forma más concisa, en la disertación del Máster Oficial en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, en 2010.

las normas de derechos constitucionales de modo integrado con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe buscar una compatibilidad —armonía— entre su propia jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial del TEDH, respetando siempre los límites de esta última y decidiendo, si es posible, en favor de la máxima extensión del derecho humano, superando incluso el nivel europeo de protección.

Nuestro desafío ahora es verificar si esa solución que se plantea —y planteamos— para los conflictos europeos también puede ser aplicada para la integración —o el diálogo— jurisdiccional multinivel en el continente americano.

En América Latina, todavía no tenemos un tribunal comunitario que sea comparable al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal y como ya hemos demostrado, las diversas experiencias latinoamericanas de integración regional y subregional están dirigidas al desarrollo de normas reconocedoras de los derechos humanos, pero la labor jurisdiccional de los tribunales creados en esos ámbitos supralocales no alcanzó un nivel de efectividad que pueda determinar la existencia de conflictos reales entre las distintas opciones jurisprudenciales. Por eso, en América Latina, conforme percibimos en el tópico anterior, los conflictos más reales están vinculados a las relaciones entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales (o de las cortes que ejercen la función de jurisdicción constitucional).

La asimilación pura de la jurisprudencia interamericana —o internacional— de los derechos humanos por los tribunales latinoamericanos dotados de jurisdicción constitucional se encuentra dificultada por un todavía resistente apego nacionalista que esos tribunales mantienen a la idea de que deben gozar de la más amplia independencia (o quizá «soberanía») en la interpretación de la Constitución nacional.¹⁴¹⁵

Esta resistencia, otrosí, es resultado de que, pese al desarrollo de la identidad sociocultural latinoamericana, todavía existe una desconfianza latinoamericana

¹⁴¹⁵ Tal apego a la visión arcaica de soberanía y al nacionalismo originó lo que André de Carvalho Ramos designa como «interpretación nacional de los tratados internacionales», es decir, la interpretación de los tratados internacionales libre de toda y cualquier perspectiva internacional, en una integración normativa deformada que sencillamente importa el texto del tratado internacional sin considerar el contexto (ámbito normativo) que debe instruir la interpretación/construcción de la norma internacional abstracta. Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das ordens jurídicas*, ob. cit., p. 75.

hacia lo exterior, lo extranjero (aunque ese «extranjero» sea un ente colectivo/regional del que forman parte los propios Estados latinoamericanos), que impide a algunos jueces de la América Latina de alcanzar la concienciación sobre las amplias posibilidades de integración jurídica que la apertura internacional o regional puede favorecer. Ese cerramiento hermenéutico de algunos magistrados latinoamericanos hace con que no se pueda encontrar, en América Latina, el mismo grado de integración y diálogo jurisprudencial que encontramos hoy en el continente europeo.

Teniendo en cuenta las mismas resistencias prácticas y quizá ideológicas ya mencionadas, los juristas y jueces latinoamericanos han sugerido, como solución para los conflictos jurisprudenciales, el «diálogo multinivel judicial» entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales de América Latina. Ese nuevo formato de diálogo atribuiría una función relevante de formación de la interpretación nacional e interamericana de los derechos humanos a los diferentes tribunales nacionales, que podrían contribuir decisivamente a la formación de la interpretación «oficial» de las normas de derechos humanos integradas a los sistemas jurídicos internos.

Para algunos juristas de América Latina, la integración multinivel judicial (o jurisdiccional) latinoamericana que mejor favorecerá una integración democrática y efectiva de la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos con las jurisprudencias nacionales de los derechos fundamentales no debe ser construida de forma meramente «vertical», es decir, no debe ser un flujo de informaciones e influencias entre sistemas de dirección única, un monólogo jurisdiccional.¹⁴¹⁶ Para ellos, a fin de que la jurisprudencia interamericana se legitime en el continente americano, la Corte y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos deben no solo influenciar sino también dejarse influenciar por las tendencias jurisprudenciales de los tribunales nacionales latinoamericanos. En ese sentido (o incluso de forma más radical), Roberto Niembro Ortega señala que el diálogo vertical unidireccional: «(l)os participantes del diálogo deben estar en pie de igualdad, de ahí que la referencia al diálogo vertical

¹⁴¹⁶ Cfr. 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 José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, pp. 214-226.

(utilizado normativamente) genera escepticismo.»¹⁴¹⁷

La doctrina jurídica latinoamericana se resiente de una integración de «doble dirección» entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales (incluso los tribunales supremos y constitucionales). Por ejemplo, los juristas argentinos Laura Clérigo, Liliana Ronconi y Martín Aldao reclaman que la Corte de San José «no se muestra receptiva frente a las interpretaciones producidas por los tribunales locales» y «no hizo gala de una interacción interpretativa fluida, aunque algo parece estar cambiando a partir del caso “Gelmán c. República Oriental del Uruguay” (2011) y otro tanto podría ser predicado respecto del caso “Atala c. Chile” (2012)». Para los mencionados autores porteños, la Corte Interamericana podría aprovechar diversos *leading cases* de los jueces y tribunales latinoamericanos, considerando que «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, mandato de igualdad, entre otras».¹⁴¹⁸

Todo diálogo presupone una comunicación en la que dos o más sujetos comunicantes pueden participar, alternativamente, como hablantes y oyentes. Por lo tanto, en un diálogo jurisprudencial, el sujeto que está en cualquier posición (aunque supuestamente «superior», como posiblemente está la Corte Interamericana) debe estar abierto a prestar oídos y asimilar las ideas de su interlocutor, al tiempo en que también debe estar legitimado para poder influenciar (o intentar influenciar) la otra parte que, según se supone, en un sistema en que también asume la misión de proteger los derechos humanos, está vinculada por la identidad del interés institucional de la protección máxima de los seres humanos.

A juicio de Manuel Eduardo Góngora Mera, un modelo adecuado para el diálogo jurisprudencial de los derechos humanos en América Latina sería un modelo «coevolutivo» de compromiso recíproco, caracterizado por cinco rasgos fundamentales: (i) el pluralismo en la identificación de múltiples participantes de la interpretación de los

¹⁴¹⁷ «Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*, ob. cit., p. 113.

¹⁴¹⁸ Cfr. Laura Clérigo, Liliana Ronconi y Martín Aldao: «Jurisdicciones en interacción: ¿hacia la expansión del principio de igualdad en Latinoamérica?», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 338-340.

tratados internacionales de derechos humanos; (ii) la integridad cimentada en la relación de tres direcciones, en que todas las cortes participantes del diálogo puedan ser el origen o el destino de los parámetros judiciales; (iii) el carácter deliberativo del diálogo, que, en lugar de ser un monólogo, debe funcionar como una red («*network*») transnacional de jueces que deliberan sobre los derechos humanos; (iv) la reciprocidad, que significaría el reconocimiento de la inexistencia de jerarquía entre los tribunales y la necesidad de adoptarse los mejores parámetros de protección, en favor de los seres humanos —*pro homine*—; (v) la «multidireccionalidad», o sea, la convergencia de influencias recíprocas en momentos y direcciones distintos y en un proceso progresivo.¹⁴¹⁹

Estamos parcialmente de acuerdo con la propuesta del «diálogo multidireccional» de Góngora Mera. A pesar de que compartamos su opinión sobre la necesidad de que el diálogo sea recíproco y de que se presenten diversas direcciones en el flujo jurisprudencial, creemos que no se puede rebajar el papel de la Corte Interamericana de ser el principal intérprete oficial del conjunto normativo interamericano de derechos humanos.

Ninguna integración jurisprudencial en América Latina puede desconsiderar ese papel especial de la Corte de San José. Por lo tanto, el diálogo posible entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser, necesariamente, un diálogo asimétrico, en el que la Corte Interamericana recibe los flujos de parámetros judiciales de los tribunales nacionales (principalmente de los tribunales constitucionales) pero no deja de establecer su propio nivel mínimo de protección de los derechos humanos en el ámbito americano.

A nuestro juicio, sin descuidar de la necesidad de respetarse la jurisprudencia desarrollada en las últimas décadas por la Corte Interamericana en favor de la máxima protección de los derechos humanos, nos parece viable y adecuado al diálogo jurisprudencial interamericano que la Corte Interamericana (y, secundariamente, también la Comisión Interamericana) asuma una posición protagonista como coordinadora de las jurisprudencias constitucionales, o de las mejores experiencias jurisprudenciales de la América Latina, lo que, obviamente, no disminuye la importancia de las experiencias

¹⁴¹⁹ Cfr. Manuel Eduardo Góngora Mera: ob. cit., p. 231.

constitucionales de cada Estado, que deben servir de materia prima para el trabajo hermenéutico de la Corte de San José.

Efectivamente, aunque los países latinoamericanos todavía sufran con muchos problemas de efectividad de los derechos humanos, no se puede dudar que los tribunales constitucionales (o que ejercen funciones constitucionales) en América Latina presentan una jurisprudencia avanzada respecto a la defensa de los derechos individuales y colectivos (como demuestra la jurisprudencia constitucional colombiana, por ejemplo). Justamente porque tal vez tales Estados experimentan problemas más graves de derechos humanos (en comparación con algunos Estados europeos), los tribunales latinoamericanos fueron forzados a desarrollar criterios normativos para la defensa de esos derechos básicos, así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede dudar en aprovechar de esas experiencias jurisprudenciales (o las más favorables a la protección efectiva de los derechos humanos) a fin de continuar desarrollando su propia jurisprudencia y de, progresivamente, incrementar el nivel mínimo de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano.

Así, no se desaconseja que la Corte y la Comisión Interamericana también busquen la interacción jurisprudencial horizontal interregional, aprovechando, por ejemplo, la jurisprudencia europea de los derechos humanos, que hoy también está muy avanzada en el seno del TEDH. Sin embargo, creemos que tal interacción global horizontal (que asimismo debe presentar direcciones recíprocas) no puede ensombrecer la influencia que las jurisprudencias constitucionales de los Estados americanos deben ejercer sobre la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en beneficio incluso de la legitimación social y política de esas instituciones regionales. Esa comunicación jurisprudencial, como ya mencionamos, debe permitir el flujo de *leading cases* de los tribunales nacionales a la Corte Interamericana, a fin de que esta, asimétricamente, pueda establecer los parámetros normativos mínimos de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Aunque los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional en América Latina prometan realizar el tan soñado «diálogo judicial multinivel», o incluso proceder a la recepción *stricto sensu* de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, persisten situaciones en que el conflicto jurisprudencial es bastante evidente. Para esos

casos en que el diálogo judicial no parece funcionar, André de Carvalho Ramos propone una solución inteligente: la aplicación de la teoría del doble control y doble garantía.

Considerando que los sistemas constitucionales y el sistema interamericano de derechos humanos serían sistemas paralelos (que no presentan relación de jerarquía) dedicados a la protección de los derechos humanos (uno en la esfera supranacional, el otro en la esfera nacional), Carvalho Ramos propone que esos sistemas sean complementarios, en el sentido de que, aunque decida el tribunal constitucional que un acto legislativo (como la ley de amnistía) o administrativo no viole la Constitución (o sea, sea válido constitucionalmente), el mismo tribunal acate que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal acto es inválido desde la perspectiva «convencional» (internacional).

De esa forma, desde la perspectiva de Carvalho Ramos, podrían convivir los dos sistemas normativos y jurisdiccionales. El tribunal constitucional (o equiparado, responsable de la jurisdicción constitucional) continuaría siendo el intérprete máximo de la Constitución, mientras que la Corte Interamericana garantizaría su posición de intérprete supremo de la CADH (y de todo el conjunto normativo interamericano). Tal método de convivencia judicial funcionaría como un sistema de doble veto alternativo, es decir, si uno de los dos órganos jurisdiccionales (el tribunal constitucional o la Corte Interamericana) decide que el acto normativo o administrativo nacional es inválido (desde la perspectiva internacional o constitucional), tal acto perdería sus efectos.¹⁴²⁰

A pesar de que la teoría del doble control pueda funcionar bien a fin de arreglar conflictos como los generados por las leyes de amnistía o «punto final», creemos que ella también plantea algunas dificultades teóricas y prácticas. Incluso en el tema de las leyes de amnistía (que, por ejemplo, suscita una amplia y polémica discusión actualmente en Brasil), los tribunales nacionales utilizan un segundo fundamento para reforzar el «derecho a la impunidad» de los violadores de derechos humanos, como las normas de prescripción penal. Negando la imprescriptibilidad de esos crímenes, algunos tribunales o jueces latinoamericanos impiden la persecución criminal y la plena eficacia de las normas interamericanas de derechos humanos (según su interpretación oficial).

¹⁴²⁰ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das Ordens Jurídicas*, ob. cit., pp. 102-105.

Surge, entonces, en esos casos, un problema práctico: si la prescriptibilidad de esos crímenes está reconocida como norma constitucional, el tribunal nacional impide la punición de los agentes de la dictadura sin necesariamente declarar la validez (sea constitucional, sea convencional) de la norma legal de amnistía. Aquí tenemos un ejemplo en que, incluso poniendo en curso un «doble control», permanece, indirectamente, siendo desconsiderada la *ratio decidendi* de la Corte Interamericana en los muchos casos que tratan del tema, como el *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, el *Barrios Altos v. Perú* y el *Gomes Lund v. Brasil*.

La dificultad que se presenta en la aplicación pura de la teoría del doble control para los casos mencionados es que las normas de derechos humanos no están solo dotadas de una función negativa (pasiva), de invalidación normativa. Las normas de derechos humanos también presentan una función positiva (activa), de establecimiento de obligaciones positivas a los Estados (y también a los particulares). De esa manera, no basta para el cumplimiento de la norma internacional de derechos humanos que el acto normativo o administrativo sea invalidado; hace falta también que sean promovidos actos y políticas públicas por el Estado a fin de alcanzar las finalidades establecidas en la norma internacional. Para que tal compromiso internacional sea satisfecho, es importante la integración normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos.

Volviendo nuestra atención, a modo de ejemplo, hacia las famosas leyes de amnistía o punto final latinoamericanas, pensamos que no basta que los tribunales nacionales (a pesar de que las consideren constitucionales) acaten la jurisprudencia interamericana en el sentido de que serían anticonvencionales esas leyes. Deben los tribunales nacionales, verdaderamente, promover la integración de la CADH y de las demás normas internacionales de derechos humanos en los sistemas constitucionales de sus países y admitir expresamente, por medio de la aplicación de la jurisprudencia de San José, que las leyes nacionales violan no solo la norma internacional, sino los propios órdenes constitucionales que están integrados por las normas internacionales de derecho humanos. La solución final más adecuada no parece ser olvidar el conflicto jurisprudencial, sino superarlo y acoger, en ese caso, la jurisprudencia interamericana.

Si, en el caso de la ley de amnistía (como en tantos otros casos), el tribunal constitucional acata la jurisprudencia interamericana, está este mismo tribunal, de verdad, aplicando la jurisprudencia supranacional de derechos humanos como un estándar mínimo de protección de los derechos humanos. Desde luego, la superación de dicha jurisprudencia solo sería posible si otra solución normativa y jurisprudencial fuese sinceramente considerada más protectora —de forma global, amplia, total— del conjunto de los derechos humanos.

En el caso comentado (de la amnistía), la impunidad y el olvido de las violaciones de derechos humanos, muy claramente, no protege más ampliamente los derechos humanos que la obligatoriedad de la punición. Por eso, no debe haber alternativa alguna al tribunal nacional que no sea, en ese caso, aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y acoger el deber estatal de punición de los crímenes contra la humanidad.

Tampoco nos parece que sea legítimo aplicar la doctrina europea del «margen de apreciación» para que los tribunales nacionales (como el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en el caso de las niñas de ascendencia haitiana que demandaban la nacionalidad dominicana) puedan desconsiderar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esa jurisprudencia interamericana debe ser considerada un nivel mínimo de protección de los derechos humanos en América Latina, integrándose con el propio parámetro normativo convencional.

Así, el «margen de apreciación» solo puede ser legítimamente entendido como la coexistencia de diversas posibilidades hermenéuticas convergentes aptas para, con la igualdad de fines, concretizar la protección de los derechos humanos, en consonancia con el entendimiento de la propia Corte Interamericana. En ese sentido, el margen de apreciación nada más puede significar sino la armonización de la interpretación interamericana de los derechos humanos con los contextos nacionales y locales, la cual no puede rebajar el nivel de protección de los derechos humanos afirmados por la Corte de San José.

La solución que proponemos, reconociendo la jurisprudencia interamericana como un nivel mínimo de protección de los derechos humanos en América Latina,

integrada a los parámetros normativos convencionales, está en armonía con el principio *pro homine* o *pro persona*, ya que permite a los tribunales nacionales y locales perfeccionar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, proporcionando una protección más intensa y amplia de los derechos humanos, pero nunca lo contrario.

Asimismo, debe la Corte Interamericana buscar continuamente la inspiración en las jurisprudencias constitucionales latinoamericanas, a fin de integrar en su interpretación oficial de las normas interamericanas de derechos humanos los mejores entendimientos firmados por los tribunales nacionales, elevando, de esta manera, el nivel de protección de los derechos humanos en el continente americano.

11 LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES Y RECOMENDACIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS INTERNOS LATINOAMERICANOS

11.1 Consideraciones generales sobre la implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El respeto al principio de la cosa interpretada por los jueces nacionales, en el ámbito de la integración de los sistemas internos con el sistema interamericano de derechos humanos, es uno de los instrumentos más importantes de implementación de los derechos humanos en América Latina. De hecho, si los Estados latinoamericanos (lo cual incluye a sus jueces y tribunales internos) se comprometen no solo a respetar las normas internacionales e interamericanas de derechos humanos sino que también admiten la recepción de la jurisprudencia internacional (la «*cosa interpretada*») de los derechos humanos (especialmente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana), el nivel de protección de los derechos humanos en la región pasa a ubicarse en un grado superior y más seguro.

A pesar de eso, es decir, aunque los tribunales nacionales deban inspirarse en la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos, tampoco se puede relegar la necesidad de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser fielmente implementadas en los ámbitos locales, a fin de que cada sistema jurídico latinoamericano pueda ser considerado integrado al sistema interamericano y su nivel de protección de los derechos humanos sea considerado satisfactorio.

En muchísimos casos en que la Corte Interamericana declara la violación de las normas de derechos humanos por el Estado, este, a fin de implementar la sentencia de la Corte de San José, está obligado a promover la reforma, casación, derogación o extinción de decisiones judiciales, leyes o actos administrativos. Cuando para el cumplimiento de la sentencia basta la extinción (o la edición de un) de un acto administrativo, es más sencillo para el Estado adecuarse al que fue determinado por la

Corte. Sin embargo, cuando también está determinada la edición o la derogación de leyes, o la reforma o casación de decisiones judiciales, la implementación de la sentencia exige el manejo de instrumentos jurídicos adecuados. A fin de que se pueda cumplir la sentencia de la Corte Interamericana, en esos casos, se debe indagar cuáles son los mecanismos internos que deben ser manejados en cada sistema jurídico.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto que las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son *actos jurisdiccionales*, o sea, con actos decisorios de un órgano dotado de poder jurisdiccional *stricto sensu*. De acuerdo con el artículo 68.1 de la CADH, los Estados que son signatarios de la convención «*se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*», lo que denota la obligatoriedad del cumplimiento estricto de las decisiones y sentencias de la Corte Interamericana.

De esta manera, no compete al Estado condenado decidir si cumple o no los mandamientos expedidos por la Corte; su deber es cumplir fielmente lo que fue determinado. Como bien señalan el expresidente de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez y el profesor italiano Claudio Zanghi, sobre la sentencia de la Corte de San José «*pesa la cosa juzgada en torno a puntos de hechos controvertidos y jurídicamente valorados*».¹⁴²¹

Cualquier acto u omisión estatal que viole las determinaciones de la Corte debe ser considerado, interna o internacionalmente, una conducta estatal ilícita. Respecto a eso, debemos constatar que la implementación de tales decisiones y sentencias, así como el cumplimiento de las normas y los mandamientos proporcionados por el sistema interamericano de derechos humanos, no es un interés solo de la comunidad internacional, sino también de todo ciudadano —y ser humano— del propio Estado. Por eso, la violación, por el Estado, del sistema interamericano de derechos humanos afecta no solo el derecho de los titulares individuales de reparaciones o el derecho de otros Estados, sino también el derecho difuso de todos aquellos nacionales que optaron, históricamente, por vivir en un orden democrático que prima por el respeto a los derechos humanos y de la dignidad

¹⁴²¹ Cfr. Sergio García Ramírez y Claudio Zanghi: «Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias», en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*, editado por Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández Sánchez, Pablo Santolaya Machetti y Raúl Canosa Usera, Madrid, Thomson Reuters, 2012, p. 445.

humana.

Otrosí, de acuerdo con el artículo 68.2 de la convención americana, la *«parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado»*. Así, la condenación del Estado a pagar a las víctimas una indemnización pecuniaria puede ser ejecutada ordinariamente, por los mismos mecanismos procesales que los sistemas jurídicos internos establecen para forzar el cumplimiento de las sentencias judiciales que ya transitaron de forma definitiva.

Desde la literalidad de la CADH, sería posible pensar que la ejecución *stricto sensu* de la sentencia de la Corte Interamericana solo sería posible en la parte que determina la indemnización contra el Estado en favor de las víctimas o de sus familias. De hecho, cuando sea este el caso (indemnización a las víctimas), la propia sentencia funciona como título ejecutivo judicial condenatorio y puede ser ejecutado de acuerdo con las leyes procesales de cada Estado.

Sin embargo, la convención nada menciona sobre los demás mandamientos de la sentencias, como la restitución del *status* anterior, la cesación de la violación y la prohibición de futuras violaciones de los derechos humanos. Eso no significa, sin embargo, que esas otras prestaciones jurisdiccionales de la Corte no deban ser cumplidas e implementadas por los instrumentos procesales de cada país. A nuestro juicio, el art. 68.2 de la convención debe ser interpretado de forma armónica con el art. 68.1 del mismo tratado, el cual establece, como hemos visto, que los Estados deben *«cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes»*.

De esta manera, creemos que el silencio de la CADH respecto a las formas posibles de cumplimiento de las determinaciones de sus fallos que no se traducen en meras indemnizaciones no determina que puedan tales órdenes ser desconsideradas por los Estados implicados. Como está claro y manifiesto textualmente en la convención (art. 68.1), deben los Estados obedecer, integralmente, los términos de las decisiones y sentencias de la Corte Interamericana. Ese deber es genérico, en el sentido de que el procedimiento de cumplimiento debe respetar las leyes de cada Estado, pero también es específico en el sentido de que todas las determinaciones de la Corte Interamericana deben

ser obedecidas fielmente.

A la Corte Interamericana, como a todos los agentes involucrados en el sistema interamericano de derechos humanos, interesa solamente este resultado: el cumplimiento integral de sus prescripciones. Si sus decisiones y sentencias no son totalmente cumplidas, el Estado desobediente está, a la vez y otra vez, violando la CADH e infringiendo el sistema interamericano de derechos humanos como un todo.

La aparente ausencia de ejecutoriedad de las sentencias de la Corte, en realidad, está explicada por la constatación de que la principal —pero no la única— prestación jurisdiccional de sus fallos tiene la naturaleza declaratoria, es decir, sus sentencias (así como sus opiniones consultivas) son, ante todo, una declaración de la existencia o inexistencia de violaciones de derechos humanos. Esa declaración certifica, de modo absoluto, la ocurrencia o no de actos ilícitos, con todas las consecuencias que se pueda extraer de eso. Como bien señala Carlos M. Ayala Corao, «*todas las sentencias de fondo (y reparaciones) de la Corte Interamericana contienen una parte declarativa en la cual esta determina, con base en los hechos del caso, los derechos específicos y los artículos de la Convención Americana violados*».¹⁴²²

Por ende, considerando el contenido declaratorio de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque la Corte no especifique las medidas concretas que deba el Estado realizar a fin de corregir tal situación de ilicitud (lo que no es usual), puede el Estado, por medio de procesos judiciales de su jurisdicción interna, ser responsabilizado por esa situación; en ese caso, el juez o tribunal competente para examinar la ilicitud y el derecho violado no podrá decidir si existe o no la ilicitud, sino deberá considerar y aplicar el fallo de la Corte Interamericana y desde ahí asignar los efectos jurídicos y prácticos que sean la consecuencia lógica de la existencia o inexistencia de la ilicitud.

Es cierto que, en el plano interamericano, también puede la Corte Interamericana promover la supervisión del cumplimiento de sus sentencias, determinando a los Estados que presenten informes sobre las medidas adoptadas para tal finalidad. Eso lo

¹⁴²² Cfr. Carlos M. Ayala Corao: «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, Universidad de Talca, 2007, p. 150.

dejó expreso la Corte, por ejemplo, en la sentencia de cumplimiento del caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, de 28 de noviembre de 2003.¹⁴²³

De acuerdo con el párrafo 102 de la mencionada sentencia, «*la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias y el procedimiento adoptado para ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la Corte y en la resultante opinio juris communis de los Estados Partes en la Convención, respecto de los cuales la Corte ha emitido diversas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia*».

Es posible, otrosí, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo entiende pertinente, que sean realizadas audiencias públicas a fin de verificar el cumplimiento de sus sentencias, o que sean emitidas resoluciones o comunicaciones a los Estados, a fin de que estos esclarezcan a la Corte, en el ámbito de un procedimiento escrito, qué medidas concretas están adoptando a fin de satisfacer integralmente los mandamientos de las sentencias y decisiones de la Corte.¹⁴²⁴ Igualmente, si, al final de las diligencias de la Corte Interamericana, esta concluye que una sentencia suya fue infringida por un Estado, puede la Corte comunicar tal acto a la OEA, a fin de que sean adoptadas las medidas internacionales de sanciones políticas al Estado en cuestión.

Sin embargo, todas esas medidas de supervisión que pueden ser adoptadas en el plano supranacional, no sustituyen, de ninguna forma, la necesidad de implementación interna de las decisiones y sentencias de la Corte Interamericana, por los instrumentos procesales, generales o específicos, que están previstos en la legislación procesal de los Estados latinoamericanos, incluso porque, según informa el expresidente de la Corte Antônio Augusto Cançado Trindade, todavía se encuentran dificultades prácticas (y no teóricas) para que la Corte pueda llevar a cabo, *motu proprio*, la supervisión integral de la implementación de sus decisiones y así obtener de los Estados las medidas específicas de ejecución.¹⁴²⁵

¹⁴²³ El texto de la sentencia (de cumplimiento) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá* (28.11.2003) está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Fecha de acceso: 29.1.2014.

¹⁴²⁴ Cfr. Calogero Pizzolo: ob. cit., p. 310.

¹⁴²⁵ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade: *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 29-41.

Entendemos que el deber de cumplir fielmente las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el deber de tratar de atender a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, son una consecuencia lógica del principio de la buena fe internacional en la interpretación de los tratados internacionales. Tal principio está bastante sedimentado en la doctrina jusinternacionalista de Andrés Bello, conocido humanista y jurista venezolano, que, en su aclamada obra de derecho internacional público, una de las más aclamadas del siglo XIX, ya enunciaba el centro de tal principio con el siguiente dictado: «*Es preciso desechar toda interpretación que hubiese de conducir a un absurdo. Debemos por consiguiente desechar toda interpretación de que resultase que la ley o la convención sería del todo ilusoria*».¹⁴²⁶

Aplicando tal principio enunciado por Andrés Bello a la CADH, debemos rechazar cualquier interpretación que llegue a una conclusión absurda: la de que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tienen ninguna aplicabilidad o ejecutoriedad práctica de los sistemas internos. De hecho, si interpretamos la CADH y, desde luego, consideramos la institucionalización de un tribunal interamericano dedicado a la tutela de los derechos humanos como algo inútil, sin efectos prácticos, estaríamos, en las sabias palabras de Andrés Bello (pronunciadas hace ya casi dos siglos), aceptando que «*la convención sería del todo ilusoria*».

De esta manera, si negamos el deber de cumplir fielmente las decisiones de la Corte Interamericana (y de intentar atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana), estaríamos declarando que el sistema interamericano de derechos humanos, como un todo, es ilusorio, lo que no puede ser admitido por el principio de la buena fe en la interpretación de los tratados internacionales.

Igualmente, debemos observar que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son sentencias extranjeras y, por eso, no necesitan de *execuátur* para su cumplimiento o ejecución. En ese sentido, bien señala Carlos M. Ayala Corao que, como «*sentencia internacional, las sentencias de la Corte Interamericana no requieren de ningún pase o execuátur de derecho interno por los tribunales nacionales para ser*

¹⁴²⁶ Cfr. Andrés Bello: *ob. cit.*, parte primera, capítulo X, párrafos 8 y 9.

ejecutadas por los Estados partes».¹⁴²⁷ Por lo tanto, no es posible oponer a la eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana cualquier formalidad procesal que es exigida internamente para la ejecución de decisiones judiciales de Estados extranjeros.

Considerando los fundamentos que aquí exponemos, es necesario concluir que, independientemente de las legislaciones procesales internas específicas, que pueden estar destinadas a la ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales o regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es lícito ejecutar las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana por cualquier medio procesal ordinario que esté previsto en los sistemas jurídicos internos. Eso lo han reconocido diversos tribunales latinoamericanos, que han ejecutado normalmente las sentencias de la Corte sin mayores apegos a ritos y procedimientos y sin el manejo de mecanismos procesales específicamente destinados a la ejecución de fallos supranacionales.

Por otro lado, en algunos Estados de la región, existen ya normas internas que auxilian la ejecución de las sentencias y resoluciones del sistema interamericano de derechos humanos. En esos sistemas jurídicos, se optó por el establecimiento de mecanismos especiales para la ejecución de sentencias, resoluciones u otras medidas del sistema interamericano.

Finalmente, en otros países latinoamericanos, todavía observamos una resistencia contra la ejecución de las sentencias de la Corte de San José, siendo los ejemplos más claros de Estados que promueven dicha resistencia el Estado peruano del gobierno Fujimori (1990-2000) y el actual Estado venezolano chavista (1999 hasta la actualidad). En esos sistemas jurídicos, como lo veremos en los subcapítulos posteriores, hace falta un esfuerzo incluso político en favor de la plena integración nacional con el sistema interamericano de derechos humanos.

Empecemos por verificar algunos buenos ejemplos de casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fueron, por diversos medios, adecuadamente cumplidos y ejecutados por diversos Estados de América Latina.

¹⁴²⁷ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit., p. 149.

11.2 Ejemplos positivos de implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En muchos Estados latinoamericanos, aunque no existan normas internas respecto a mecanismos procesales específicos de ejecución o implementación de las sentencias o resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o sea, independientemente de la existencia de procedimientos civiles o criminales específicos para esa implementación, observamos que el esfuerzo concreto de las autoridades internas (administrativas y judiciales) llevó a la correcta ejecución de las sentencias de la Corte de San José, incluso por medio de la reconsideración de algunos fallos nacionales que ya estaban cubiertos por los efectos de la cosa juzgada.

Mencionaremos, a continuación, algunos ejemplos positivos en que se observa claramente la implementación adecuada de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, independientemente del manejo de mecanismos procesales específicamente destinados a la ejecución de fallos supranacionales.

11.2.1 Los casos *Bulacio v. Argentina* y *Bueno Alves v. Argentina*

El examen de la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los órganos estatales de Argentina nos permite deducir que ese país ha cumplido, adecuadamente, las obligaciones impuestas por el sistema interamericano.

Uno de los casos que demuestran la plena implementación de las sentencias de la Corte Interamericana en el sistema interno argentino es el caso *Bulacio v. Argentina*. En su sentencia del 18 de septiembre de 2003, la Corte de San José declaró que el joven Walter David Bulacio (que tenía 17 años en aquel entonces) había sido detenido ilícitamente por el Estado de Argentina (el 19 de abril de 1991) y muerto (el 26 de abril siguiente) mientras estaba bajo custodia de los agentes del Estado. Por eso, declaró la

violación de los derechos humanos de la víctima y de sus familiares, estableciendo, entre otras medidas, el deber del Estado de proseguir y concluir la investigación de los hechos del caso y sancionar a sus responsables.¹⁴²⁸

El 21 de noviembre de 2002, la Sala VI de la Cámara de Apelaciones resolvió que había prescrito la acción penal contra el Comisario Miguel Angel Espósito, responsable por los hechos del caso.¹⁴²⁹ Esta resolución fue impugnada por la Fiscalía. Así, cuando fue dictada la sentencia de la Corte Interamericana de 2003, todavía estaba pendiente un recurso extraordinario, tratando sobre la prescripción penal (entre otros puntos), en la Corte Suprema de Justicia de Argentina.¹⁴³⁰

En la supervisión de su sentencia en el caso *Bulacio v. Argentina*, la Corte Interamericana dictó una resolución el 17 de noviembre de 2004, concluyendo que las medidas de reparación ya habían sido cumplidas por el Estado, pero observó que todavía no se había logrado punir a los responsables por la detención arbitraria y la muerte de Walter Bulacio. Por eso, en aquella fecha, la Corte Interamericana resolvió solicitar «*al Estado que, a más tardar el 31 de enero de 2005, presente un informe detallado en el cual indique sobre los avances en las investigaciones del conjunto de los hechos del caso, y la sanción a los responsables de los mismos*».¹⁴³¹

Un mes después, el 23 de diciembre de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pese a no estar de acuerdo con el contenido de la sentencia (la cual estaría, en la opinión de la Corte argentina, negando la relevancia adecuada a los «derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable») y de la resolución de la Corte Interamericana, reconoció su obligatoriedad y siguió lo que allí que estaba decidido. De esa manera, según Carlos M. Ayala Corao, la Corte Suprema «*reconoció la autoridad de*

¹⁴²⁸ El texto integral de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio v. Argentina* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf>. Fecha de acceso: 26.9.2014.

¹⁴²⁹ Cfr. el párrafo 3.34 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio v. Argentina*.

¹⁴³⁰ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit., p. 159.

¹⁴³¹ Cfr. el segundo punto resolutivo de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la supervisión del cumplimiento de sentencia en el caso *Bulacio v. Argentina*, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bulacio_17_11_04.pdf>. Fecha de acceso: 26.9.2014.

este tribunal internacional (la Corte Interamericana) *por encima de la suya propia*». ¹⁴³² De hecho, esto se puede extraer de la fundamentación del fallo de la Corte Suprema en el expediente E 224 XXXIX, relativo al recurso extraordinario (incidente de prescripción de acción penal) de Miguel Angel Espósito: ¹⁴³³

16) Que, en 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.

Otro caso muy interesante que demuestra el reconocimiento de la autoridad y la efectividad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el sistema judicial argentino es el caso *Bueno Alves v. Argentina*.

El 11 de mayo de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en contra del Estado argentino, responsabilizándolo por la violación del derecho a la integridad física del señor Juan Francisco Bueno Alves y de sus garantías judiciales, considerando que tal ciudadano fue víctima de tortura mientras estaba bajo la custodia del Estado. Según la Corte de San José, el Estado de Argentina violó normas de la CADH cuando no investigó diligentemente los crímenes cometidos contra Bueno Alves. Otrosí, estimó la Corte Interamericana que aunque no toda práctica de tortura sea un crimen de lesa humanidad, el crimen de tortura es una violación grave de los derechos humanos y por eso debe ser seriamente investigado, de un modo que sean respetados los principios de la «*independencia, imparcialidad, competencia, diligencia y acuciosidad*». ¹⁴³⁴

¹⁴³² Cfr. Idem: *ibidem*.

¹⁴³³ El texto del mencionado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (recurso extraordinario en el expediente E 224 XXXIX) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=574382>>. Fecha de acceso: 26.9.2014.

¹⁴³⁴ El texto integral de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bueno Alves está disponible en la página: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf>. Fecha de acceso: 13.5.2014.

Algunos meses después de dicha sentencia de la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Justicia dictó una sentencia en la que declaró la prescripción de la acción penal contra los responsables por la tortura que victimó a Juan Francisco Bueno Alves. En respuesta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una resolución de 5 de julio de 2011 sobre la supervisión de cumplimiento de su sentencia, declaró que aunque no sea el crimen de tortura, *per se*, un crimen imprescriptible, no es posible oponer reglas de prescripción a fin de impedir la punición del crimen cuando el propio Estado no promovió una investigación «*seria, imparcial y efectiva*». Así, la Corte de San José consideró que persistían las violaciones de derechos humanos por parte del Estado argentino.¹⁴³⁵

Con el fundamento en dicha resolución de la Corte Interamericana, fue interpuesto un «recurso de hecho» ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto al incidente de prescripción de la acción penal 24079. Casi inmediatamente, en una sentencia de 29 de noviembre de 2011, la Corte Suprema acató las razones de la Corte Interamericana, resolviendo «*hacer lugar al recurso de revocatoria*», «*dejar sin efecto la sentencia de esta Corte*» y «*devolver las actuaciones al tribunal de origen conforme a lo enunciado en los considerandos que anteceden*». De esta manera, la Corte Suprema argentina revocó su decisión anterior que había reconocido la prescripción de la acción penal y determinó la continuidad de la persecución criminal, a fin de implementar, adecuadamente, las decisiones de la Corte de San José.¹⁴³⁶

En el mencionado caso *Bueno Alves v. Argentina*, es posible reconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el máximo órgano jurisdiccional de ese país, reconoció en la resolución —y en la sentencia anterior— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el efecto de fundamentar la casación de una sentencia que ya había transitado en juzgado en favor del reo. Así, por medio de un mero «recurso de hecho», que funcionó como una solicitud de reconsideración contra la cosa juzgada, la Corte Suprema de Justicia argentina implementó, desmarcándose de cualquier

¹⁴³⁵ El texto integral de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bueno Alves está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bueno_05_07_11.pdf>. Fecha de acceso: 13.5.2014.

¹⁴³⁶ Fragmentos de texto de la mencionada resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación están disponibles en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 265-266.

formalismo, la sentencia y la resolución de la Corte de San José, lo que demuestra la posibilidad de, en ese país, ejecutarse las decisiones de la Corte Interamericana sin la necesidad de manejarse recursos procesales específicos.

11.2.2 El caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*

Encontramos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay un muy importante precedente en que está reconocida la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho tema fue tratado en la acción de inconstitucionalidad presentada por las compañías Roswell Compañy S.A y Kansol S.A contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2006 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*.

En la sentencia del caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*¹⁴³⁷, la Corte de San José declaró que el Estado de Paraguay violó el derecho a la propiedad colectiva de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, que estaría resguardado por el artículo 21 de la CADH. En el caso concreto, se constató que las tierras tradicionales de esa comunidad estaban en posesión y uso de particulares y que no habían sido restituidas, a pesar de los recursos interpuestos por la comunidad.

Como medidas de restitutorias y de reparación en su sentencia, la Corte Interamericana determinó al Estado de Paraguay la implementación de las siguientes medidas: (i) «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para, en el plazo máximo de tres años, entregar física y formalmente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa sus tierras tradicionales»; (ii) «implementar un fondo de desarrollo comunitario»; (iii) «efectuar el pago por concepto de daño inmaterial y costas y gastos dentro del plazo de un año»; (iv) «suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia» (mientras la comunidad se encuentre sin

¹⁴³⁷ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Fecha de acceso: 2.5.2014.

sus tierras tradicionales); (v) «establecer en los asientos Santa Elisa y Kilómetro 16 de la Comunidad Sawhoyamaxa un sistema de comunicación que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia»; (vi) «realizar, en el plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, un programa de registro y documentación»; (vii) «adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas que haga cierto sus derechos sobre sus tierras tradicionales»; (viii) «realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 236 de la presente sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma».

Las medidas establecidas en la sentencia de la Corte Interamericana afectaron a los intereses de las compañías privadas que exploraban económicamente las tierras de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa. Por eso, esas compañías invocaron la inconstitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana (o de su aplicación en el sistema interno paraguayo) ante los órganos de la jurisdicción interna de ese país.

Contrariando los intereses económicos de los demandantes, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no solo declaró la validez de la aplicación de sentencia de la Corte de San José sino que también reconoció que tal ejecución integral de la sentencia interamericana es obligatoria.

De acuerdo con lo que está documentado en su sentencia de 12 de mayo de 2009, referente a la acción de inconstitucionalidad 669/2008, «*el Paraguay es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 24 de agosto de 1989 y de acuerdo con el Art. 62 de la misma reconoció la competencia contenciosa de la CIDH el 26 de mayo de 1993, circunstancia que lo obliga a respetar sus estipulaciones en su integridad, incluyendo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en consecuencia la fuerza vinculante de sus Sentencias*». En ese mismo sentido, está anotado en la sentencia de la Sala Constitucional que «*en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la CIDH según lo dispone el Artículo 67 de la Convención Americana, estas deben ser cumplidas por el Estado en forma íntegra*» y que «*los Estados Partes en la Convención Americana deben garantizar el cumplimiento de las*

*disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos».*¹⁴³⁸

Con ese importante precedente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay señaló firmemente la obligatoriedad del cumplimiento integral, por todos los medios procesales que sean admitidos en país, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

11.2.3 El caso *Trujillo Oroza v. Bolivia*

Uno de los casos más emblemáticos en que el Tribunal Constitucional de Bolivia demostró su disposición a implementar integralmente las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la sentencia constitucional 110/2010-R, que versó sobre la revisión de acción de amparo interpuesta por Pedro Percy González Monasterios y otras personas acusadas de promover la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza, en 1971.¹⁴³⁹

Respecto a ese mismo caso concreto sobre la detención, tortura y posterior desaparición forzada del joven José Carlos Trujillo Oroza, anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había condenado el Estado de Bolivia, el 26 de enero de 2000, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad por parte del propio Estado boliviano, declarando la violación de los derechos protegidos por los artículos 1.1, 3, 4, 5.1 y 5.2, 7, 8.1 y 25 de la CADH.¹⁴⁴⁰ Por eso, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en la sentencia constitucional 110/2010-R, aún trataba de, diez años después, garantizar el respeto integral de la mencionada sentencia de la Corte de San José en el caso *Trujillo Oroza v. Bolivia*.

¹⁴³⁸ La mencionada sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 9, 2010, pp. 183-185.

¹⁴³⁹ El texto de la sentencia constitucional 110/2010-R está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 17-35.

¹⁴⁴⁰ El texto integral de la sentencia, de 26 de enero de 2000, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trujillo Oroza v. Bolivia* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_64_esp.pdf>. Fecha de acceso: 23.4.2014.

En la sentencia constitucional 110/2010-R, el Tribunal Constitucional de Bolivia, ante todo, reafirmó su precedente jurisprudencial en el sentido de que los tratados internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad boliviano. Por eso, cualquier violación de la CADH por el Estado boliviano es, a la vez, una violación de la Constitución de Bolivia.¹⁴⁴¹

Igualmente, de acuerdo con la fundamentación del fallo, la interpretación oficial (de la Corte Interamericana) de la CADH forma parte del conjunto normativo de la propia convención, así como también forma parte de la convención (y, por las premisas del bloque de constitucionalidad, también de la Constitución), *a fortiori*, el deber de cumplimiento integral y específico de las sentencias de la Corte Interamericana. Por lo tanto, de acuerdo con dicha interpretación, existe una norma de rango constitucional en Bolivia que determina la obligatoriedad y ejecutabilidad plena de las sentencias —y resoluciones— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así fundamentó el Tribunal Constitucional de Bolivia la obligatoriedad del cumplimiento de la jurisprudencia y, especial y específicamente, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:¹⁴⁴²

En efecto, al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del «Estado Constitucional», que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente.

Asimismo, otra razón para sustentar, en el orden interno, la jerarquía constitucional de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la llamada doctrina del efecto útil de las Sentencias que versan sobre Derechos Humanos, la misma que fue desarrollada por la propia Corte Interamericana. En efecto, las Sentencias emitidas luego de una constatación de vulneración a Derechos Humanos, generan para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el Estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables.

¹⁴⁴¹ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, p. 25.

¹⁴⁴² Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 28-29.

Desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, responde a un principio esencial que sustenta el propio Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el de «buena fe», llamado también «pacta sunt servanda», en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los Estados miembros de este sistema, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir esta responsabilidad internacional.

Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las Sentencias de la CIDH el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del «Estado Constitucional» enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.

Con tales fundamentos, el Tribunal Constitucional de Bolivia decidió denegar las peticiones de los recurrentes que estaban siendo enjuiciados debido a la desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza, garantizando, de esta manera, el cumplimiento de la sentencia de la Corte de San José e impidiendo que el crimen cometido quedase sin la punición debida.

Con ese *leading case*, el Tribunal Constitucional reconoció, como un deber constitucional en Bolivia, la implementación plena, sin cualquier obstáculo de hecho o jurídico, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

11.2.4 El caso *Santander Tristán Donoso v. Panamá*

El deber de cumplimiento integral de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en el caso *Santander Tristán Donoso*.

En una sentencia de 27 de enero de 2009, la Corte Interamericana condenó al Estado de Panamá por haber violado los artículos 1.1, 8.1, 11.1, 11.2 y 13 de la CADH. Tales violaciones habrían consistido en la interceptación, grabación y divulgación ilegal de una conversación telefónica del ciudadano *Santander Tristán Donoso*, que asimismo fue condenado por un supuesto delito de calumnia. Tal sentencia condenatoria de la Justicia panameña ya había transitado en juzgado.¹⁴⁴³

Pese a no existir recurso interno capaz de revertir la sentencia condenatoria de Santander Tristán Donoso, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá resolvió llevar el caso a la Sala de lo Penal de la misma Corte «*a fin de que revise la sentencia penal de 1 de abril de 2005, dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia*». La Sala de lo Penal, acatando también la sentencia de la Corte Interamericana absolvió al abogado Santander Tristán Donoso, dejando sin efectos todas las penalidades que le habían sido puestas.¹⁴⁴⁴

De esa forma, independientemente de cualquier mecanismo procesal específico, la Corte Suprema de Justicia de Panamá decidió desconsiderar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia condenatoria a fin de ejecutar, de forma integral, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso *Santander Tristán Donoso v. Panamá*.

11.2.5 Los casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica* y *Artavia Murillo y otros («Fecundación in Vitro»)* v. *Costa Rica*

En Costa Rica, uno de los casos emblemáticos en que fue impuesta la condenación del Estado debido a violaciones de derechos humanos fue el caso *Herrera*

¹⁴⁴³ El texto completo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Santander Tristán Donoso v. Panamá*, de 27 de enero de 2009, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/sap6.pdf>>. Fecha de acceso: 26.2.2014.

¹⁴⁴⁴ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 99-106.

Ulloa v. Costa Rica, sentenciado por la Corte Interamericana en julio de 2004.¹⁴⁴⁵

En su fallo sobre el mencionado caso, la Corte Interamericana, entre otras cosas, determinó que «*el Estado debe dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, en los términos señalados en los párrafos 195 y 204 de la presente Sentencia*».¹⁴⁴⁶ Con eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó, expresamente, que una sentencia penal costarricense que ya tenía su tránsito en juzgado (y que condenaba al periodista Mauricio Herrera Ulloa por haber, supuestamente, difamado un importante agente diplomático de Costa Rica) no más produjese efectos, lo que, pragmáticamente, significó lo mismo que una casación de la una sentencia definitiva de la jurisdicción interna, desconsiderando, de esta forma, los efectos de la cosa juzgada.

Comentando el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, el jurista costarricense Gilbert Antonio Armijo Sancho, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, así articuló:¹⁴⁴⁷

Pero, ¿qué sucede cuando fallamos, cuando por las razones que sean nos equivocamos en cuanto a los alcances del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos? Bueno, cuando esto ocurre tenemos que enfrentar r las consecuencias de nuestra miopía. Así por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) nos condenó, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurrió esto? En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales por afectar el honor de un cónsul honorario nuestro en Europa, al difundir una noticia que los diarios extranjeros dieron a conocer sobre algunas actividades de este funcionario. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José, nuestros tribunales aplicando la legislación interna sostenían lo contrario y le daban una interpretación restrictiva al artículo 13 de la Convención. La Corte, al condenarnos, nos impuso la nulidad de la sentencia condenatoria, la repetición de lo pagado por concepto de acción civil y la obligación de adecuar nuestro ordenamiento procesal penal a la Convención. Una vez notificada la sentencia, tuvimos que «tragarnos el orgullo» y acatar lo resuelto. Anular la sentencia y proceder al pago de las reparaciones fue lo menos doloroso, quizá lo que en mayor medida afectó al foro nacional fue tener que modificar el recurso de casación para hacerlo menos formalista, en los términos de la Convención, y crear el recurso de

¹⁴⁴⁵ El texto completo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Fecha de acceso: 6.2.2014.

¹⁴⁴⁶ Cfr. la disposición 4 de las resoluciones, en la sentencia *Herrera Ulloa v. Costa Rica*.

¹⁴⁴⁷ Cfr. Gilbert Antonio Armijo Sancho: «Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica», ob. cit., p. 145.

apelación contra las sentencias dictadas en última instancia. Desde luego, la Corte IDH potenció algo que considero indispensable y es la posibilidad de acceder a la información y publicarla. Aunque el caso pueda verse desde la perspectiva nacional como negativo, en el nivel latinoamericano creo que la contribución de la Corte en este caso es enorme pues por primera vez se fortaleció como nunca antes la libertad de información.

En efecto, por medio de una resolución de 22 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que el Estado de Costa Rica ha cumplido totalmente su fallo en el caso *Herrera Ulloa*, revisando incluso la sentencia antes definitiva y los efectos de la cosa juzgada.¹⁴⁴⁸ Con eso, Costa Rica y Corte Suprema de Justicia han demostrado, claramente, su claro reconocimiento de la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En otro caso bastante polémico para los costarricenses, Costa Rica fue condenada por la Corte Interamericana debido a la ausencia de legalización para las fecundaciones *in vitro* en el país. Estamos aquí mencionando el caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación in Vitro») v. Costa Rica*, decidido por la Corte por medio de una sentencia de 28 de noviembre de 2012.¹⁴⁴⁹

En la mencionada sentencia, la Corte Interamericana declaró que el Estado de Costa Rica había violado la CADH al prohibir las fecundaciones *in vitro* (FIV) en el país y determinó la adopción por el Estado de una serie de medidas, con la máxima brevedad posible, tales como: (i) las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV; (ii) la regulación de los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV; (iii) la inclusión de la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación; (iv) el ofrecimiento a las víctimas de atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta durante cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas; y (v) la implementación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos,

¹⁴⁴⁸ La mencionada resolución de la Corte Interamericana está disponible en la siguiente página electrónica: <http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/herrera_22_11_10.pdf>. Fecha de acceso: 6.2.2014.

¹⁴⁴⁹ El texto completo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación in Vitro») v. Costa Rica* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Fecha de acceso: 6.2.2014.

derechos reproductivos y no discriminación; entre otras.

Como se puede percibir, las medidas de implementación de la sentencia *Artavia Murillo y otros* presentan menos «dificultades procesales» que las medidas del caso *Herrera Ulloa*. En el caso *Herrera Ulloa*, era necesario casar una sentencia criminal transitada en juzgado; se lo hizo. En el caso *Artavia Murillo y otros*, la Corte Interamericana determinaba al Estado costarricense la adopción de medidas prácticas en favor de la fecundación *in vitro*. Pero en este último caso, pese a la aparente «facilidad» de la implementación, quizá por una cuestión de la cultura local afectada¹⁴⁵⁰, el Estado de Costa, hasta la presente fecha, aparentemente, no ha logrado dar cumplimiento a la sentencia de la Corte.¹⁴⁵¹

El 31 de marzo de 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una resolución de sobre peticiones de medidas provisionales vinculadas a su sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*.¹⁴⁵² En la mencionada resolución, la Corte Interamericana declaró improcedente la solicitud de medidas provisionales presentada por el representante de las víctimas, considerando que, en un momento posterior, la propia Corte Interamericana examinará si su sentencia del 28 de noviembre de 2012 está siendo debidamente implementada por el Estado de Costa Rica, por medio del mecanismo de supervisión de la sentencia.

Olvidando, por un momento, el polémico caso de la *fecundación in vitro*, debemos reseñar que la disposición de las autoridades judiciales de Costa Rica (especialmente los jueces de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) para el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es claramente positiva. No solo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también las opiniones consultivas, que no admiten, en principio, ejecución

¹⁴⁵⁰ La cultura costarricense está mucho enlazada con el cristianismo, principalmente con el catolicismo. Por eso, fue muy difícil para una gran parte de la sociedad local aceptar la interferencia de la Corte Interamericana contra la prohibición de las fecundaciones *in vitro*; tal prohibición legal, desde la perspectiva religiosa de los costarricenses, sería una garantía del derecho a la vida del embrión.

¹⁴⁵¹ En este sentido, cfr. noticia del periódico El País: «Costa Rica, un año sin cumplir una sentencia sobre fecundación “in vitro”», 20 de diciembre de 2013, disponible en: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/20/actualidad/1387560697_741825.html>. Fecha de acceso: 7.2.2014.

¹⁴⁵² El texto de la mencionada resolución, del 31 de marzo de 2014, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/artavia_se_01.pdf>. Fecha de acceso: 27.9.2014.

stricto sensu (tal y como entendió la Corte Interamericana en su OC 1/82), también son objeto de implementación *lato sensu* por el sistema judicial costarricense; lo demuestran la sentencia de amparo del caso *Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones* (sentencia 3435-92), relacionado al tema de la naturalización, y la sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2313-95, que discutía la nulidad del artículo 22 de la ley 4420, que trataba del tema de la colegiación obligatoria de los periodistas. En las dos sentencias, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica falló en favor de lo que había «opinado» la Corte Interamericana en las opiniones consultivas 4/84 y 5/85. En esos casos, como ya explicamos anteriormente, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana estaban motivadas en consultas formuladas por el propio Estado de Costa Rica.

En síntesis, pese a que, hasta ahora, no se haya demostrado el cumplimiento total de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, debemos reconocer que la realidad de implementación de las sentencias de la Corte Interamericana en Costa Rica es bastante positiva.

11.2.6 El caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*

México, como uno de los Estados latinoamericanos que más destaca en el desarrollo jurídico y jurisprudencial de los derechos humanos, naturalmente es un Estado que está abierto e integrado al sistema interamericano de derechos humanos y, por lo tanto, encuentra los medios procesales necesarios para la implementación de las sentencias (u otras decisiones) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pese a que no existe, en el sistema jurídico mexicano, una legislación procesal específica que esté dedicada a la implementación de las decisiones de la Corte Interamericana, tal coyuntura no impide la adopción de las medidas necesarias para dicha implementación. Lo demuestra el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el «expediente varios» 912/2010, referente al cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos*

Mexicanos.

En el caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia de 23 de noviembre de 2009), la Corte Interamericana declaró que el Estado mexicano fue responsable por la violación de los derechos humanos del señor Rosendo Radilla Pacheco (y de sus familiares), debido a la ausencia de punición de los crímenes referentes a la detención y posterior desaparición forzada de dicho ciudadano.¹⁴⁵³ Igualmente, consideró la Corte de San José que fue violado el derecho al juez natural, ya que el enjuiciamiento del caso, en México, correspondió a la justicia castrense, no cumpliendo la regla de que la jurisdicción militar no puede decidir sobre los procesos que se refieran a la desaparición forzada de civiles.

A fin de implementarse tal sentencia de la Corte Interamericana, el Presidente de esta Corte envió una comunicación formal a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, previamente, tuvo que decidir si era competente para decidir sobre el cumplimiento (o el modo de cumplimiento) de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un fallo de 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia entendió que sí *«es competente para dictar la resolución en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación»* y consideró que el Tribunal *«debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, ante la duda que genera la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional»*.¹⁴⁵⁴

Además de eso, entendió la Suprema Corte que no es competente *«para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso»* ya que, a su juicio, *«para el Estado mexicano*

¹⁴⁵³ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos* está disponible en la siguiente página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc. Fecha de acceso: 7.5.2014.

¹⁴⁵⁴ Cfr. el párrafo 10 del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el «expediente varios» 912/2010. El texto del mencionado fallo está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 83-136.

*dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos».*¹⁴⁵⁵

En el mismo fallo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera vinculantes no solo «los puntos de resolución concretos de la sentencia», sino «*la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio*».¹⁴⁵⁶ Con tal fundamento, la Corte mexicana resolvió determinar medidas —concretas y abstractas— que consideró necesarias para la total implementación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya citado caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*.

En síntesis, en el mencionado precedente, la Suprema Corte de Justicia de México reconoció la obligatoriedad y ejecutabilidad plena de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinando medidas de ejecución de la sentencia interamericana en el caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*, pese a la no existencia de mecanismo procesal específico para dicha ejecución.

11.3 La implementación integral de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y demás órganos internacionales de protección de los derechos humanos) en el sistema jurídico colombiano

El Estado colombiano, además de ser una importante referencia latinoamericana en la integración de las normas internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad del país y en la integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisdicción constitucional, también fue uno de los primeros Estados de América Latina en la búsqueda de un modelo de implementación de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

¹⁴⁵⁵ Cfr. *ibidem*, párrafo 17, p. 90.

¹⁴⁵⁶ Cfr. *ibidem*, párrafo 19, p. 91.

Según María Carmelina Londoño Lázaro, el Estado colombiano fue uno de los precursores de la región en dictar un diploma legal con normas especiales, a saber, la ley 288/1996¹⁴⁵⁷, que establece reglas específicas para el cumplimiento de decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. La finalidad de la creación de dicha ley fue garantizar que las resoluciones internacionales que garanticen reparaciones debidas a la violación de derechos humanos sean cumplidas con efectividad por los órganos del Estado colombiano. Sin embargo, conforme reconoce Londoño Lázaro, es posible plantear dos problemas en la ejecución de la citada ley colombiana: (i) la ley no menciona expresamente la ejecución de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el artículo 2.1 de la ley exige expresamente «*una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*»); (ii) la ley limita su alcance a «*las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos*».¹⁴⁵⁸

Pese a que la ley mencionada haga referencia a las «indemnizaciones de perjuicios causados» como el objeto de la implementación de decisiones de los órganos jurisdiccionales, y a pesar de la ausencia en el texto legal colombiano de cualquier referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está claro que la edición de ley 288/1996 no excluye la ejecución de las sentencias de la Corte de San José en Colombia, por otros mecanismos administrativos y procesales que no están regulados por esa ley. Como bien señaló Carlos M. Ayala Corao, la ley colombiana aquí citada es una «solución complementaria».¹⁴⁵⁹ De esa manera, la ley 288/1996 debe ser interpretada y aplicada como una alternativa al cumplimiento voluntario por Colombia de las obligaciones indemnizatorias determinadas por los órganos internacionales debido a las violaciones de derechos humanos.

¹⁴⁵⁷ El texto de la ley 288/1996 de Colombia está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28597>>. Fecha de acceso: 28.2.2014.

¹⁴⁵⁸ Cfr. María Carmelina Londoño Lázaro: «El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos», en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, editado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 130-131.

¹⁴⁵⁹ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit., p. 195.

Debemos señalar que el cumplimiento de obligaciones indemnizatorias no agota todas las formas de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde luego, en Colombia, las sentencias de la Corte de San José deben ser integralmente ejecutadas también por los medios judiciales comunes que existen en el sistema procesal del país.

Respecto a ese tema, el Consejo de Estado de Colombia, en su sentencia del 19 de octubre de 2007 que decidió el recurso de apelación interpuesto por Roberto Zuleta Arango y otros, tratando de la ejecución interna de la sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Masacres de Ituango v. Colombia* y teniendo en consideración también la jurisprudencia firmada por la misma Corte Interamericana en los casos de la *Masacre de Mapiripán* y *Masacre de Pueblo Bello*, así como considerando las medidas establecidas en el artículo 8° de la ley 975/2005 (que trata de «*la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley*»), la «Ley de Justicia y Paz», hoy modificada por la ley 1592/2012, definió cuáles pueden ser, ejemplificativamente, las medidas aptas para cumplir integralmente las decisiones derivadas del sistema interamericano de derechos humanos.¹⁴⁶⁰

Veamos un fragmento en que el Consejo de Estado enumera las posibles modalidades de reparación:¹⁴⁶¹

En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen:

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su Estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.

¹⁴⁶⁰ La mencionada sentencia del Consejo de Estado de Colombia está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 6, 2009, pp. 268-314.

¹⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 281-282.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras.

Según reconoció el Consejo de Estado de Colombia, si algunas de las medidas citadas son determinadas por la Corte Interamericana, no compete al Estado colombiano elegir qué medidas serían ejecutadas o qué víctimas que deben ser indemnizadas. La reparación debe ser total, absoluta, y las personas beneficiadas deben ser, por lo menos, aquellas alcanzadas por el fallo y los fundamentos de la sentencia interamericana. De esa forma, el Consejo de Estado de Colombia reconoció la obligatoriedad y ejecutabilidad plena de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En favor de la ejecución interna amplia y total de la sentencia de la Corte Interamericana, veamos otra transcripción de la misma sentencia del Consejo de Estado colombiano:¹⁴⁶²

En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*stricto sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos.

Admitiendo que la reparación integral (o, diríamos, incluso «holística») de los daños sufridos por las víctimas es obligatoria para el Estado condenado, el Consejo de Estado de Colombia concluye que, una vez condenado el Estado de Colombia, deben los órganos jurisdiccionales internos, *motu proprio* o no, transformar las medidas reparatorias impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en medidas judiciales internas, es decir, deben los jueces y tribunales nacionales *incorporar* el contenido de las decisiones (*lato sensu*) de la Corte Interamericana y de los demás órganos jurisdiccionales

¹⁴⁶² Ibidem, pp. 288-289.

o cuasi jurisdiccionales internacionales de derechos humanos, respetando el efecto de la «cosa juzgada internacional». En ese sentido, veamos lo que registró el Consejo de Estado en la misma sentencia del 19 de octubre de 2007:¹⁴⁶³

Por consiguiente se puede afirmar, sin embargo alguno, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo —en sede de un proceso ordinario de reparación directa— deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, como quiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional, más aún cuando la Corte Interamericana define de manera genérica toda la responsabilidad del Estado, y no sólo se circunscribe al aspecto puntual del perjuicio.

La posibilidad del reconocimiento de oficio de la cosa juzgada internacional en el tema de los derechos humanos demuestra la orientación del Consejo de Estado de Colombia en favor de la «desburocratización» judicial en favor de las víctimas —reales o potenciales— y, por ende, en provecho de la maximización de los propios derechos humanos que exigen protección especial según sentenció el órgano jurisdiccional supranacional. De hecho, restringir los obstáculos formales —y procesualísticos— a la implementación plena de las decisiones internacionales de condena por la violación de los derechos humanos es una medida necesaria a fin de garantizar el máximo respeto a los derechos humanos.

Por lo tanto, todos los impedimentos y dificultades que tengan su fuente en normas procesales —civiles, administrativas o criminales— no pueden anteponerse a la necesidad de garantizar la ejecución fiel de las decisiones internacionales que imponen responsabilidad para el Estado colombiano —así como sus órganos y las personas sometidas a su sistema jurídico interno— ante la existencia (o incluso la inminencia) de violaciones de derechos humanos.

Aún respecto a los efectos subjetivos de la cosa juzgada internacional, el Consejo de Estado consideró que la ausencia de participación de algunas de las víctimas (o de sus familias o representantes) en el procedimiento ante la Corte Interamericana no impide que sean ellas beneficiadas por las medidas reparatorias. Con eso, se decidió que la

¹⁴⁶³ Ibidem, p. 290.

sentencia interamericana (así como cualquier decisión supranacional que resguarda derechos humanos) solo puede ser aplicada *pro homine*, es decir, no puede ser aplicada como un obstáculo al reconocimiento de derechos de otras víctimas. Para las víctimas que no participaron del procedimiento en el sistema interamericano de derechos humanos, no se les aplica en su contra la cosa juzgada internacional. En dicho sentido, colacionamos otro párrafo de la misma sentencia del Consejo de Estado:¹⁴⁶⁴

Para la Sala es necesario aclarar que para las personas que no acuden al trámite internacional, de ninguna manera operaría para ellas el fenómeno jurídico de la cosa juzgada internacional, toda vez que sobre los mismos no ha existido proceso ante la Corte, caso contrario sería el de quienes acuden ante la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obteniendo una sentencia desestimatoria de sus pretensiones.

Finalmente, también debemos observar —como ya lo hemos hecho en el capítulo anterior— que la Corte Constitucional de Colombia también ha, indirectamente, implementado las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de la integración de la jurisprudencia de esa Corte (sea o no sea la jurisprudencia correspondiente a los casos en que el Estado colombiano fue demandado) en la interpretación constitucional. Por medio de esa integración jurisprudencial (la cual se notó, por ejemplo, en las sentencias C-355/2006, C-370/2006, T-616/2010), la Corte Constitucional colombiana confiere efectos prácticos a las sentencias de la Corte Interamericana.

Reconocer el comprometimiento del Estado colombiano con la plena implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no significa desconsiderar la posibilidad de que la ejecución de esas sentencias encuentre obstáculos en ese país. De hecho, la propia sentencia de la Corte de San José en el paradigmático caso de las *Masacres de Ituango v. Colombia*, según la resolución de la Corte Interamericana del 21 de mayo de 2013¹⁴⁶⁵, todavía no ha sido totalmente cumplida, lo que demuestra que el reconocimiento de la obligatoriedad y ejecutabilidad total de las sentencias de la Corte Interamericana no es sinónimo del efectivo cumplimiento de esas

¹⁴⁶⁴ Ibidem, p. 297.

¹⁴⁶⁵ El texto de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de mayo de 2013, correspondiente al caso de las *Masacres de Ituango v. Colombia*, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/masacres_21_05_13.pdf>. Fecha de acceso: 29.9.2014.

sentencias. Sin embargo, como podemos observar en otros tópicos del presente capítulo, la implementación parcial episódica de las sentencias de la Corte Interamericana no es un problema exclusivo o típico del Estado colombiano.

Así, podemos concluir que el Estado de Colombia también marca una importante posición en favor de la ejecución e implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo su obligatoriedad y ejecutabilidad.

11.4 La evolución del Estado peruano en el cumplimiento global de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como ya hemos mencionado anteriormente, el derecho (o mejor, la garantía) del individuo de apelar a los tribunales internacionales de derechos humanos (entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a fin de protegerse contra violaciones de derechos humanos está garantizado por el artículo 205 de la Constitución peruana, que aquí transcribimos:

Artículo 205. Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

Según el artículo 114 del Código Procesal Constitucional de Perú (Ley 28237, de 2004), los «organismos internacionales» a que puede recurrir cualquier persona son «*el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú*».¹⁴⁶⁶ Aunque el mencionado precepto del código peruano no incluya en su texto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por supuesto su legitimidad está reconocida asimismo, ya que el derecho de recurrir a la Comisión Interamericana de

¹⁴⁶⁶ El texto del Código Procesal Constitucional de Perú está disponible en la siguiente página electrónica: <http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html>. Fecha de acceso: 29.9.2014.

Derechos Humanos está vinculado a un posible ejercicio posterior del poder jurisdiccional por esa Corte.

La Ley de Hábeas Corpus y Amparo de Perú (Ley 23506, de 1982)¹⁴⁶⁷ también reconoce la ejecutabilidad de las sentencias internacionales en Perú. Veamos su texto:

Artículo 40°. Ejecución de resoluciones expedidas por Organismos Internacionales

La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias.

Una consecuencia lógica de la garantía establecida en el artículo 205 de la Constitución de Perú (y de las demás normas que la reglamentan) es que los fallos de los tribunales internacionales de derechos humanos deben ser íntegramente respetados por el Estado y por la jurisdicción interna peruana. Efectivamente, no tendría ningún sentido garantizar al individuo el derecho de recurso a los tribunales internacionales sin el compromiso —tácito— de respeto de las decisiones de esos tribunales.

La mencionada garantía constitucional es bastante importante en el escenario jurídico y político peruano pues, como advierte Carla Fiorella Francesca Reyes Terán, Perú fue uno de los Estados más demandados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta hoy.¹⁴⁶⁸ Así, el compromiso constitucional de Perú significa una promesa de respeto futuro a los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y también de adecuación interna a las decisiones pronunciadas en esos ámbitos supranacionales.

Tal promesa constitucional peruana no impidió que el Estado de Perú, en el año 1999, no solo considerase inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en el

¹⁴⁶⁷ El texto de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo de Perú (Ley 23506, de 1982) está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://tc.gob.pe/legconperu/leyhcamp.html>>. Fecha de acceso: 30.9.2014.

¹⁴⁶⁸ Cfr. Carla Fiorella Francesca Reyes Terán: «Perú: seguimiento de las decisiones de los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, editado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 155.

caso *Castillo Petruzzi v. Perú* sino que también amenazase con denunciar a la propia CADH. De hecho, en uno de los momentos más críticos del sistema interamericano de derechos humanos, el gobierno peruano contó con la adhesión de su Consejo Supremo de Justicia Militar, que se negó a ejecutar el fallo de la Corte de San José, argumentando que el poder judicial nacional es autónomo y no se sujetaría a una corte creada por una convención internacional, pero solo a la propia Constitución soberana del Estado peruano.¹⁴⁶⁹

El episodio de conflicto judicial aquí narrado surgió en un contexto específico de la historia peruana, en que su expresidente Fujimori ya era denunciado internacionalmente por diversos crímenes contra la humanidad y de corrupción. Posteriormente, con el retorno a la normalidad democrática y del Estado de Derecho en Perú, la situación de crisis interjudicial desapareció y surgió un nuevo contexto más propicio a la integración jurisprudencial e institucional con el sistema interamericano de derechos humanos.

A fin de garantizar el respeto total de las decisiones internacionales referentes a las violaciones de derechos humanos, el Estado de Perú ha institucionalizado, en el ámbito de su Consejo Nacional de Derechos Humanos, la Comisión Especial de Seguimiento y Atención de Procedimientos Internacionales (CESAPI). Este es el órgano público responsable de seguir y fiscalizar (además de recibir, tramitar y atender demandas y comunicaciones de órganos internacionales), interna e administrativamente, el cumplimiento, por parte de Perú, de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras.¹⁴⁷⁰

Otrosí, como informa Aníbal Quiroga León, desde 2001, año en que fue publicada la Resolución Ministerial 240/2001 y aprobado el «Reglamento de Organización y Funciones de la Comisión Nacional de Estudios y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario» (CONADIH), el Estado peruano también se ha comprometido — voluntariamente— a cumplir las recomendaciones internacional en materia del derecho

¹⁴⁶⁹ Cfr. Allan R. Brewer-Carías: «La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pp. 693-694.

¹⁴⁷⁰ Cfr. Carla Fiorella Francesca Reyes Terán: ob. cit., pp. 156-157.

humanitario. Según la opinión de Quiroga León, por medio de tal acto normativo estatal, Perú superó la idea —tradicional en el ámbito internacional— de que las recomendaciones de comisiones y comités de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no tendrían carácter obligatorio y vinculante.¹⁴⁷¹

En el 7 de julio de 2002, el Estado peruano avanzó en la institucionalización del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando dictó la Ley 27775.¹⁴⁷² La mencionada ley, superando el ilusorio conflicto entre el interés soberano nacional y el interés internacional, declara, ante todo, que el cumplimiento integral de las sentencias internacionales de derechos humanos es «*de interés nacional*».¹⁴⁷³

Luego, está reconocido en la mencionada ley que no se puede —como hizo Perú en los tiempos de Fujimori— oponer los supuestos intereses y la soberanía del Estado contra la necesidad de cumplir, íntegramente, las sentencias dictadas por los «*Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política*».

En el artículo 2º de la Ley 27775, se deja claro que esa ley debe ser aplicada a los casos de ejecución de las sentencias internacionales que «*que contengan condena de pago de suma de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas*». Por lo tanto, al igual que la ley colombiana de 1996 que ya mencionamos, no está regulada por la Ley peruana 27775 la ejecución de las sentencias interamericanas de derechos humanos que, por ejemplo, establezcan la necesidad de revisar sentencias definitivas del país o que determinen la necesidad de promover la persecución criminal de delitos contra la humanidad. Así, la tramitación de «*pretensiones distintas*» continúa sujetándose «*a la vía procedimental señaladas en el Código Procesal Civil*», o también a los procedimientos establecidos en el Código Procesal Criminal.¹⁴⁷⁴

¹⁴⁷¹ Cfr. Aníbal Quiroga León: *El debido proceso legal en Perú y el sistema interamericano de derechos humanos*, Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 119-120.

¹⁴⁷² El texto de la Ley 27775, de Perú, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2001/justicia/ley27775.htm>>. Fecha de acceso: 29.9.2014.

¹⁴⁷³ Cfr. el artículo 1º de la Ley 27775 de Perú.

¹⁴⁷⁴ Cfr. el artículo 3º de la Ley 27775 de Perú.

Según la citada ley peruana, la «*sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo*». A su vez, en «*el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución*».¹⁴⁷⁵

La obligatoriedad del cumplimiento integral de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (u otros tribunales supranacionales de derechos humanos) está declarada y garantizada también en el Código Procesal Constitucional de Perú (Ley 28237, de 2004), que así proclama en su artículo 115:

Artículo 115. Ejecución de resoluciones

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

La Ley 27775 está expresamente indicada en el Código Procesal Constitucional como una ley que regula la ejecución de resoluciones internacionales. A pesar de eso, creemos que no existe obstáculo lógico o jurídico para que los mismos procedimientos fijados en el Código también sean seguidos en la ejecución de otras medidas judiciales no previstas en aquella ley.

Independientemente de lo que establece la legislación infraconstitucional peruana, la práctica de la jurisdicción constitucional del Perú presenta diversos casos en que se reconoce —explícita o implícitamente— el deber de ejecutar e implementar, de forma completa, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso muy simbólico que demuestra tal apertura judicial peruana es el caso de la extradición del ciudadano chino Wong Ho Wing.

¹⁴⁷⁵ Cfr. el artículo 2.a de la Ley 27775 de Perú.

El 24 de febrero de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó de la Corte de San José una medida provisional a fin de garantizar que Wong Ho Wing no fuese extraditado por Perú al Estado de China, dado que este país no había asumido el compromiso de no imponer la pena de muerte a su ciudadano. El 28 de mayo de 2010, la Corte Interamericana concedió la medida provisional y ordenó al Estado peruano que se abstuviera de extraditar a Wong Ho Wing.¹⁴⁷⁶

Lo que pasa es que la Corte Suprema de Justicia de Perú ya había declarado procedente la solicitud de extradición formulada por la República Popular de China. Por eso, para impedir tal extradición, hacía falta desautorizar la decisión de la Corte Suprema peruana. Con tal finalidad, fue interpuesto un recurso de agravio constitucional al Tribunal Constitucional de Perú, que, el 24 de mayo de 2011 (un año después de la medida provisional) falló en favor del mencionado ciudadano chino.¹⁴⁷⁷

En su sentencia que ordenó al Estado peruano que se abstuviera de extraditar al ciudadano chino, el Tribunal Constitucional de Perú mencionó, en su fundamentación, precisamente la resolución de la Corte de San José en el caso *Wong Ho Wing*, expresando que «*la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen la obligación internacional de los Estados parte de “no someter” a una persona al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición*».¹⁴⁷⁸ De este modo, aunque citando la resolución de la Corte Interamericana como fuente jurisprudencial, el Tribunal Constitucional acató la orden de la Corte de San José al Estado peruano, reconociendo la autoridad de las decisiones de la Corte Interamericana y la necesidad de su respeto absoluto.

Según observamos, el reconocimiento de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los agentes estatales y tribunales peruanos es indiscutible, pese a que, como tantos otros Estados latinoamericanos, sigan abiertos procedimientos de supervisión de cumplimiento

¹⁴⁷⁶ El texto de la mencionada resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/wong_se_11.pdf>. Fecha de acceso: 13.5.2014.

¹⁴⁷⁷ El texto de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 10, 2011, pp. 141-146.

¹⁴⁷⁸ Cfr. *ibidem*, p. 144.

de sentencias de la Corte Interamericana, lo que, una vez más, demuestra que el reconocimiento de dicha obligatoriedad y ejecutabilidad de las sentencias y resoluciones no significa, inmediatamente, su implementación rápida y plena, considerando los obstáculos y desafíos propios de cada país de América Latina.

11.5 La implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Corte Constitucional del Ecuador

La actual Constitución del Ecuador, en su artículo 93, establece un importante mecanismo de integración institucional y procesal entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional del país. Veamos su texto:

Art. 93. La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

El artículo 93 de la Constitución ecuatoriana está complementado por la regla de competencia establecida en el artículo 436.5 del mismo texto constitucional, que aquí también transcribimos:

Art. 436. La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

Conforme es posible extraer del texto constitucional transcrito, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones por incumplimientos *«de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos*

humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias». De dicha prescripción constitucional, podemos llegar a tres conclusiones: (i) las sentencias —e «informes»— de los «*organismos internacionales de protección de derechos humanos*», como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son internamente obligatorias y ejecutables en Ecuador; (ii) las mismas sentencias de los órganos internacionales pueden, en muchos casos, ser ejecutadas por las «*vías judiciales ordinarias*»; (iii) cuando sea posible ejecutar esas sentencias internacionales por las «*vías judiciales ordinarias*», la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones de incumplimiento que sean enjuiciadas para la promoción de la ejecución de las sentencias internacionales de derechos humanos.

Según entendemos, la competencia de la Corte Constitucional es excepcional. Ordinariamente, deben los jueces y tribunales ecuatorianos promover la ejecución de las sentencias, por ejemplo, de la Corte Interamericana, de acuerdo con los códigos y leyes procesales civiles y criminales. Sin embargo, a modo de ejemplo, si la ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige la revisión de una sentencia de la propia Corte Constitucional, o también si los demás tribunales ecuatorianos deniegan la ejecución de una sentencia interamericana, puede y debe la Corte Constitucional del Ecuador conocer y resolver el caso.

En síntesis, debido a la literalidad de la Constitución del Ecuador de 2008, podemos concluir que no solo está reconocida en ese país la plena obligatoriedad y ejecutabilidad de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás posibles «*organismos internacionales de protección de derechos humanos*», sino que también están, con razonable seguridad, definidas las atribuciones para la ejecución de dichas sentencias y resoluciones.

11.6 La ejecutabilidad de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la jurisprudencia de Guatemala

La situación de la implementación de las decisiones de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en Guatemala es bastante interesante. Aunque no exista procedimiento legal específico para instrumentalizar la ejecución de las decisiones judiciales supranacionales, la jurisprudencia guatemalteca se ha consolidado en el sentido de que la eventual ausencia de norma procesal interna no puede ser un obstáculo para la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana, debiendo tal ejecución ser realizada por medio de un «acto extraordinario de procedimiento común».

Entre los casos conocidos en que el Poder Judicial guatemalteco trató de reconocer la autoejecutoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontramos la sentencia del «acuerdo» 96-2006, dictada el 23 de enero de 2006. En tal sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala* (del 20 de junio de 2005), determinó al Tribunal de Sentencia Penal, Narcotividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla que empiece de nuevo el proceso criminal relativo a Fermín Ramírez, respetando la sentencia de la Corte de San José.

Como fundamentación de la mencionada sentencia (acuerdo 96-2006), la Corte Suprema de Justicia consignó que «*en virtud del sometimiento del Estado de Guatemala a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los fallos que esta emita en cuanto a interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son definitivos e inapelables*» y que «*en virtud del carácter vinculante del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deviene imperativo dar cumplimiento al mismo*».¹⁴⁷⁹

Igualmente a título ejemplificativo, podemos citar cuatro sentencias de 11 de diciembre de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala que determinan la solución mencionada. Las cuatro sentencias fueron proferidas a fin de promover la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos (i) *Panel Blanca, Paniagua Moreles y otros*¹⁴⁸⁰; (ii) *Niños de la Calle, Villagrán y otros*¹⁴⁸¹;

¹⁴⁷⁹ El texto de la mencionada sentencia de la la Corte Suprema de Justicia de Guatemala está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 2, 2007, pp. 219-221.

¹⁴⁸⁰ La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Panel Blanca, Paniagua Moreles y otros vs. Guatemala* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf>. Fecha de acceso: 26.4.2014.

¹⁴⁸¹ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Niños de la Calle, Villagrán y otros vs. Guatemala* está disponible en la siguiente página electrónica:

(iii) *Bámaca Velásquez*¹⁴⁸²; y (iv) *Carpio Nicolle y otros*¹⁴⁸³, todos *versus* el Estado de Guatemala.¹⁴⁸⁴ En la fundamentación de las cuatro sentencias de la Corte Suprema de Guatemala, está expresado el siguiente considerando:

Que el Estado de Guatemala, como miembro de la comunidad internacional reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos la Corte Interamericana de Justicia de La Haya (Organización de Naciones Unidas) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos), los principios imperativos de Derecho Internacional *pacta sunt servanda* y *bona fide*, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y e 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.¹⁴⁸⁵

En las cuatro mencionadas sentencias, la Corte Suprema de Justicia guatemalteca reconoció la obligatoriedad del fiel cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana en el sentido de que estas serían *autoejecutables*. Bajo tal fundamento, la Corte Suprema de Guatemala no solo declaró la *autoejecutabilidad* de las sentencias de la Corte Interamericana en los casos mencionados (determinando la implementación de las medidas concretas impuestas por esas sentencias), sino que también declaró la nulidad de sentencias anteriores de los jueces y tribunales de Guatemala que estaban en contradicción con el contenido de las sentencias interamericanas. Eso lo hizo la Corte Suprema —repetimos y destacamos— sin la existencia de un procedimiento legal específico del derecho guatemalteco establecido por esos casos de ejecución de sentencias supranacionales.

La misma doctrina de la autoejecutabilidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue reafirmada por la Corte Suprema de Guatemala un año después, en la sentencia de 8 de febrero de 2010, pertinente al proceso

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf>. Fecha de acceso: 26.4.2014.

¹⁴⁸² La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>. Fecha de acceso: 26.4.2014.

¹⁴⁸³ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/alefrep.pdf>>. Fecha de acceso: 26.4.2014.

¹⁴⁸⁴ El texto de la cuatro mencionadas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (MP001/2005/46063, MP001/2008/63814, MP001/2009/10710 y MP001/2008/2506), en que son ejecutadas las cuatro citadas sentencias de la Corte de San José, está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, pp. 113-132.

¹⁴⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 114, 119, 124 y 129.

MP001/2006/96951. En esa sentencia, la Corte Suprema trataba de garantizar la implementación («solicitud de ejecución») de la sentencia de 24 de noviembre de 2009 de la Corte de San José, referente al caso de la *Masacre de Las Dos Erres*.¹⁴⁸⁶ Asimilando la jurisprudencia ya mencionada y aplicando al caso de la masacre, la Corte Suprema guatemalteca reconoció que «*el Tribunal Internacional estableció que la investigación seguida por el Estado no ha constituido un recurso efectivo para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas*», de modo que debe ahora el Estado de Guatemala «*utilizar los medios que sean necesarios de acuerdo con la legislación interna para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a dichos responsables, así como remover todos los obstáculos, de facto y de iure, que mantienen la impunidad en el aludido caso*».¹⁴⁸⁷

Pese al reconocimiento, por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las sentencias y resoluciones del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una resolución del 21 de agosto de 2014¹⁴⁸⁸, correspondiente a la supervisión de sus sentencias en 11 casos¹⁴⁸⁹ contra Guatemala, consideró que el Estado guatemalteco incumplió las mencionadas sentencias.

Según consta en la mencionada resolución, «*en la reciente audiencia de supervisión conjunta sobre la obligación de investigar en once de esos casos (supra Visto 1), Guatemala no informó sobre los avances en el cumplimiento de dicha obligación sino que asumió un cambio radical de posición dirigida a cuestionar lo decidido por el Tribunal en la etapa de fondo (infra Considerando 2) que amerita el presente pronunciamiento del Tribunal*».¹⁴⁹⁰ De hecho, en la mencionada audiencia de supervisión, los representantes del Estado de Guatemala rechazaron el propio contenido decisorio de las

¹⁴⁸⁶ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Masacre de Las Dos Erres* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>. Fecha de acceso: 26.4.2014.

¹⁴⁸⁷ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 8, 2010, pp. 62-63.

¹⁴⁸⁸ El texto de la resolución de la Corte Interamericana, dictada el 21 de agosto de 2014, está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf>. Fecha de acceso: 30.9.2014.

¹⁴⁸⁹ Los casos correspondientes contra el Estado de Guatemala son los siguientes: *Blake*; «*Niños de la Calle*» (*Villagrán Morales*); *Bámaca Velásquez*; *Mack Chang*; *Maritza Urrutia*; *Masacre Plan de Sánchez*; *Molina Theissen*; *Carpio Nicolle* y otros; *Tiu Tojín*; *Masacre de las Dos Erres*; y *Chitay Nech*.

¹⁴⁹⁰ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de agosto de 2014, párrafo 1°.

sentencias supervisadas, atacando, por ende, la propia obligatoriedad de dichas sentencias.

Rechazando las consideraciones inapropiadas de Guatemala, en la mencionada resolución, la Corte Interamericana consideró que ese Estado desató la Corte. Veamos la fundamentación de la resolución:¹⁴⁹¹

La posición asumida por Guatemala en la presente etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia en la audiencia de supervisión conjunta de once casos (supra Visto 1 y Considerando 2) constituye un acto de evidente desacato de la obligatoriedad de las Sentencias de esta Corte, contrario al principio internacional de acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y un incumplimiento al deber de informar al Tribunal. En la audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencias celebrada ante el pleno de la Corte en mayo de 2014, el Estado no cumplió con su obligación de informar sobre la implementación de la reparación que estaba siendo supervisada en esos once casos, sino que se dedicó fundamentalmente a cuestionar la competencia temporal del Tribunal para haberse pronunciado sobre el fondo en cinco de esos casos y a exponer que le resultaban «inaceptables» las consideraciones efectuadas por el Tribunal en esas Sentencias, así como a sostener que los hechos a que se referían siete de esos once casos se enmarcan en los supuestos de la Ley de Reconciliación Nacional por lo cual habría «extinción de la responsabilidad penal», salvo que las Cortes Suprema y de Constitucionalidad resolvieran que no procede la aplicación de dicha ley.

Ese reciente episodio del desacato del Estado guatemalteco contra la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que el reconocimiento de los tribunales latinoamericanos de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las sentencias interamericanas no se traduce necesariamente en el cumplimiento efectivo de las mismas sentencias. Ciertamente, aunque la Corte Suprema de Justicia de Guatemala ha acatado la obligatoriedad de las sentencias de la Corte de San José y la Corte de Constitucionalidad ha integrado la jurisprudencia interamericana en la interpretación constitucional del país¹⁴⁹², el Estado guatemalteco no ha podido, de forma efectiva, cumplir con los deberes de realizar las investigaciones y las persecuciones criminales de los delitos contra la humanidad así declarados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos quince años.

¹⁴⁹¹ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de agosto de 2014, párrafo 8.

¹⁴⁹² Cfr. el subcapítulo 10.13 de la presente tesis doctoral.

11.7 La implementación parcial de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la República de Brasil

El Estado de Brasil ratificó la CADH solo en 1992, algunos años después de la redemocratización del país. Sin embargo, solo en 1998, con la edición del Decreto Legislativo 89, del 3 de diciembre de 1998¹⁴⁹³, Brasil reconoció (interna y externamente) la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para todos los casos que tratan de la aplicación de la CADH y de las demás normas que integran el sistema interamericano de derechos humanos. Desde entonces y hasta la presente fecha, el Estado brasileño ha sido demandado ante la Corte Interamericana en cinco ocasiones: el caso *Damião Ximenes Lopes*¹⁴⁹⁴, el caso *Nogueira de Carvalho y otro*¹⁴⁹⁵, el caso *Escher y otros*¹⁴⁹⁶, el caso *Garibaldi*¹⁴⁹⁷ y el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia)*¹⁴⁹⁸; todos presentados a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Salvo en el caso *Nogueira de Carvalho y otro v. Brasil*, que fue archivado debido a la falta de pruebas, el Estado brasileño fue responsabilizado por violaciones de derechos humanos en todos los otros casos por la Corte Interamericana.

Además de los cinco casos contenciosos supramencionados, la Corte Interamericana también determinó medidas provisionales en cuatro casos en que el Estado brasileño fue demandado: (i) el caso *Complexo do Tatuapé da Febem*¹⁴⁹⁹; (ii) el caso

¹⁴⁹³ El texto integral del Decreto Legislativo 89, del 3 de diciembre de 1998, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁴⁹⁴ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Damião Ximenes Lopes v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁴⁹⁵ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Nogueira de Carvalho y otro v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁴⁹⁶ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Escher y otros v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁴⁹⁷ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Garibaldi v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁴⁹⁸ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁴⁹⁹ Cfr. la Resolución de la Corte Interamericana del 17 de noviembre de 2005, cuyo texto está disponible en

*Presidio «Dr. Sebastião Martins Silveira»*¹⁵⁰⁰; (iii) el caso *Presidio Urso Branco*¹⁵⁰¹; y (iv) el caso *Unidade de Internação Socioeducativa de Cariacica*.¹⁵⁰²

Examinando los procedimientos de supervisión de las sentencias de la Corte de San José que responsabilizaron al Estado de Brasil por las violaciones de derechos humanos, observamos que las determinaciones de la Corte que se resuelven con (i) el pago de indemnizaciones, (ii) la publicación de la sentencia y (iii) el establecimiento de otras medidas no judiciales son, *grosso modo*, debidamente cumplidas por Brasil. Sin embargo, en los casos que demandan la revisión de decisiones judiciales o la persecución criminal de crímenes considerados prescritos por los jueces brasileños, los fallos de la Corte no están siendo cumplidos totalmente por Brasil. Lo demuestra claramente la ejecución de la sentencia *Gomes Lund y otros v. Brasil*, la cuál, hasta el presente momento, se encuentra parcialmente incumplida por el Estado brasileño.

De hecho, el caso contencioso más emblemático que la Corte de San José llevó a cabo contra Brasil fue el caso *Gomes Lund v. Brasil*, que trataba de diversos crímenes contra la humanidad cometidos por agentes del Estado brasileño entre 1972 y 1975. Esos crímenes, como los de desaparición forzada, tortura y detención ilegal, fueron cometidos por agentes del Estado contra más de setenta personas, entre las cuales estaban algunos miembros del Partido Comunista de Brasil y muchos campesinos de la región centro-norte de Brasil. El objetivo de la misión realizada por el gobierno militar brasileño —que resultó en esos crímenes contra la humanidad— era eliminar la así llamada «Guerrilla del Araguaia».

En la sentencia *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, la Corte Interamericana trató —una vez más— del tema de la ineficacia de las leyes de amnistía para los crímenes contra la humanidad. En el caso concreto, quedó comprobado

la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01_portugues.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁵⁰⁰ Cfr. la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10 de junio de 2008, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_04_por.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁵⁰¹ Cfr. la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de noviembre de 2009, cuyo texto está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_08_portugues.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

¹⁵⁰² Cfr. la Resolución de la Corte Interamericana del 25 de febrero de 2011, cuyo texto está disponible en la siguiente página: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_01_portugues.pdf>. Fecha de acceso: 30.8.2014.

que los hechos criminales investigados (torturas, asesinatos, desapariciones forzadas de personas etc.) fueron realizados bajo el mando de agentes políticos del Estado brasileño, en una situación de grave y sistemática de violación de los derechos humanos de la población civil. Siguiendo su jurisprudencia ya consolidada, entre otros, en los casos *Barrios Altos v. Perú*, *Almonacid Arellano v. Chile* y *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, la Corte decidió que Brasil no puede invocar su ley de amnistía (de 1979) a fin de justificar la omisión en el enjuiciamiento criminal y la punición de crímenes contra la humanidad, los cuales son, por supuesto, imprescriptibles, de acuerdo con la jurisprudencia internacional e interamericana de derechos humanos.

Pese a los mandos claros existentes en la sentencia del caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, que determinó al Estado brasileño el deber de investigar y punir las violaciones de derechos humanos cometidas, por agentes públicos, en el enfrentamiento de la «Guerrilla del Araguaia», los jueces y tribunales brasileños todavía no están aceptando los juicios criminales (a pesar de los amplios esfuerzos de la Fiscalía Federal de Brasil), desconsiderando la regla de la imposibilidad de amnistía y la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Ese desacato del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los jueces brasileños hace hincapié en el fallo del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la ADPF 153/DF, en que se decidió en favor de la máxima eficacia de la ley brasileña de amnistía y de la imposibilidad de se punir los crímenes ocurridos en el último régimen dictatorial de Brasil.

Como hemos visto anteriormente, el fallo del Supremo Tribunal brasileño en la ADPF 153/DF fue dictado siete meses antes de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil* y, hasta la presente fecha, todavía está pendiente la decisión sobre el recurso de embargos de declaración que fue presentado contra el fallo del Supremo Tribunal Federal y que debe ser decidido por ese mismo tribunal.

Por otra parte, como ya hemos mencionado anteriormente, también fue presentada por el Partido Socialismo y Libertad (PSOL) otra acción de incumplimiento de precepto fundamental sobre el mismo tema, la ADPF 320/DF, que ya cuenta con el

pronunciamiento del Procurador General de República (Jefe de la Fiscalía Federal de Brasil) en favor de la revisión del entendimiento del Supremo Tribunal Federal, a fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil*. Esa nueva acción todavía no ha sido examinada por el Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁰³

A fin de comprobar el incumplimiento, por el Estado brasileño, de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, debemos observar los tópicos decisorios del fallo. Los puntos resolutive de la sentencia fueron los siguientes:¹⁵⁰⁴

9. El Estado debe conducir eficazmente, ante la jurisdicción ordinaria, la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea, de conformidad con lo establecido en los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia.

10. El Estado debe realizar todos los esfuerzos para determinar el paradero de las víctimas desaparecidas y, en su caso, identificar y entregar los restos mortales a sus familiares, de conformidad con lo establecido en los párrafos 261 a 263 de la presente Sentencia.

11. El Estado debe brindar el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico que requieran las víctimas y, en su caso, pagar la suma establecida, de conformidad con lo establecido en los párrafos 267 a 269 de la presente Sentencia.

12. El Estado debe realizar las publicaciones dispuestas de conformidad con lo establecido en el párrafo 273 de la presente Sentencia.

13. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en el párrafo 277 de la presente Sentencia.

14. El Estado debe continuar con las acciones desarrolladas en materia de capacitación e implementar, en un plazo razonable, un programa o curso permanente y obligatorio sobre derechos humanos, dirigido a todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 283 de la presente Sentencia.

15. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos, en los términos de lo establecido en el párrafo 287 de la presente Sentencia. Mientras cumple con esta medida, el Estado deberá adoptar todas aquellas acciones que garanticen el efectivo

¹⁵⁰³ Cfr. el subcapítulo 10.3 de la presente tesis doctoral.

¹⁵⁰⁴ Cfr. la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, párrafos 9 a 19 de los puntos resolutive.

enjuiciamiento y, en su caso, sanción respecto de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno.

16. El Estado debe continuar desarrollando las iniciativas de búsqueda, sistematización y publicación de toda la información sobre la Guerrilha do Araguaia, así como de la información relativa a violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar, garantizando el acceso a la misma en los términos del párrafo 292 de la presente Sentencia.

17. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 304, 311 y 318 de la presente Sentencia, en concepto de indemnización por daño material, por daño inmaterial y por reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 302 a 305, 309 a 312 y 316 a 324 de la misma.

18. El Estado debe realizar una convocatoria en, al menos, un periódico de circulación nacional y uno en la región donde ocurrieron los hechos del presente caso, o mediante otra modalidad adecuada, para que, por un período de 24 meses contado a partir de la notificación de la Sentencia, los familiares de las personas indicadas en el párrafo 119 del presente Fallo aporten prueba fehaciente que permita al Estado identificarlos y, en su caso, considerarlos víctimas en los términos de la Ley No. 9.140/95 y de esta Sentencia, en los términos de los párrafos 120 y 252 de la misma.

19. El Estado debe permitir que, por un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, los familiares de los señores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira («Pedro Carretel»), Hélio Luiz Navarro de Magalhães y Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, puedan presentarle, si así lo desean, sus solicitudes de indemnización utilizando los criterios y mecanismos establecidos en el derecho interno por la Ley No. 9.140/95, de conformidad con los términos del párrafo 303 de la presente Sentencia.

Respecto a la primera obligación determinada por la Corte Interamericana en la sentencia aquí examinada, cual es, la obligación de *«conducir eficazmente, ante la jurisdicción ordinaria, la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea»*, observamos que, hasta el presente momento, el Estado brasileño se encuentra en un Estado de incumplimiento parcial de la mencionada sentencia.

De hecho, a pesar de que la Corte Interamericana todavía no se ha pronunciado, por medio de una resolución, respecto a la supervisión del cumplimiento de su sentencia en el caso aquí escrutado, y pese al reconocimiento de la obligatoriedad de la sentencia por la Fiscalía Federal de Brasil, por medio de un informe del 21 de marzo de

2011¹⁵⁰⁵ y de diversas acciones penales enjuiciadas con el fundamento en la sentencia de la Corte de San José, la sentencia correspondiente al caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil* todavía no ha sido totalmente cumplida por el Estado de Brasil debido al hecho de que los tribunales brasileños están recusando el reconocimiento de la imprescriptibilidad y la imposibilidad de la amnistía de los crímenes de lesa humanidad (incluso de los delitos cometidos en el enfrentamiento de la Guerrilla del Araguaia), y, por ende, recusando el reconocimiento de la obligatoriedad y ejecutabilidad —en ese punto— de la sentencia de la Corte Interamericana.

El 23 de febrero de 2012, cuatro meses después de que fuera dictada la sentencia de la Corte de San José en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*, la Fiscalía Federal brasileña presentó, ante la Justicia Federal en Marabá (Estado de Pará) una acción penal contra Sebastião Curió Rodrigues de Moura, exsargento mayor del Ejército brasileño, responsabilizándolo del secuestro, la cárcel privada (equivalentes a la desaparición forzada) y el maltrato de cinco militantes del Partido Comunista de Brasil que se habían adherido a la Guerrilla del Araguaia.¹⁵⁰⁶

El 10 de julio de 2012, ante el mismo juzgado, e igualmente a fin de implementar la sentencia de la Corte Interamericana en el mismo caso, la Fiscalía Federal presentó otra acción penal contra el sargento mayor de reserva Lício Augusto Maciel, responsabilizándolo también de los crímenes de secuestro, cárcel privada y maltrato de la víctima Divino Ferreira de Souza.¹⁵⁰⁷

Sin embargo, las mencionadas acciones penales de la Fiscalía Federal de Brasil fueron trancadas o paralizadas por decisiones del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región, que consideraran ser vinculante y obligatorio el fallo del Supremo Tribunal

¹⁵⁰⁵ El texto del informe de la Fiscalía Federal de Brasil, del 21 de marzo de 2011, reconociendo la obligatoriedad de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil* está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/diversos/justica-de-transicao/Doc1-ReuniaoInterna-decisaoCorteInteramericana-CasoGomesLund%20vs%20Brazil.pdf>>. Fecha de acceso: 5.10.2014.

¹⁵⁰⁶ Una copia de la mencionada acción penal promovida por la Fiscalía Federal de Brasil (el «*Ministério Público Federal*») contra Sebastião Curió Rodrigues de Moura está disponible en la siguiente página: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/Denuncia_Guerrilha_Araguaia_versao_divulgacao.PDF%20-%20Adobe%20Acrob.pdf>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

¹⁵⁰⁷ Una copia de la mencionada acción penal promovida por la Fiscalía Federal contra Lício Augusto Maciel está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/mpf-denuncia-mais-um-militar-por-sequestro-durante-a-guerrilha-do-araguaia>>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

Federal en la ADPF 153/DF y no la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil*. Transcribimos aquí un fragmento del resumen («*ementa*») del fallo del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región en el hábeas corpus 0068063-92.2012.4.01.0000, dictado el 18 de noviembre de 2013, referente a la acción penal contra Sebastião Curió Rodrigues de Moura:¹⁵⁰⁸

2. Dispone la Ley 6 683/79, considerada válida por el STF en consideración a la Constitución (1988), en el juzgamiento de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental nº 153-DF, que «es concedida la amnistía a todos cuantos, en el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con estos.» (art.1º), y que «Consideran conexos, para los efectos de este artículo, los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con los crímenes políticos o practicados por motivación política.» (§ 1º).

3. La persecución penal, vista en consideración al juzgamiento del STF, carece de posibilidad jurídica y (si así no fuese) de base de legalidad penal, debido a la evidente prescripción de la pretensión punitiva estatal ante el largo tiempo transcurrido, desde aquel entonces (1974) a este momento, consubstanciando, por cualquiera de los fundamentos, sobre todo por el primero, evidente constreñimiento ilegal del paciente (art. 648, I — CPP).

4. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponiendo al Estado Brasileño la realización, ante su jurisdicción ordinaria, de la investigación penal de los hechos ocurridos en la llamada Guerrilla del Araguaia, no interfiere en el derecho de punir del Estado, ni tampoco en la eficacia del fallo del STF sobre la materia, en la ADPF 153/DF.¹⁵⁰⁹

En el mismo mes de noviembre de 2013, en el hábeas corpus 0066237-94.2013.4.01.0000, referente a la acción penal contra Lício Augusto Maciel, el magistrado Olindo Menezes, del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región, paralizó la mencionada acción, apoyándose en los mismos argumentos que fueron posteriormente repetidos por ese tribunal en el hábeas corpus 0068063-92.2012.4.01.0000 y tomando en consideración las conclusiones del fallo del Supremo Tribunal Federal en la ADPF 153/DF.¹⁵¹⁰

¹⁵⁰⁸ El texto del fallo del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región en el hábeas corpus 0068063-92.2012.4.01.0000, dictado el 18 de noviembre de 2013, está disponible en la siguiente página: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00680639220124010000&pA=&pN=680639220124010000>>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

¹⁵⁰⁹ Traducción libre.

¹⁵¹⁰ El texto del fallo monocrático del magistrado Olindo Menezes, del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región, en el hábeas corpus nº 0066237-94.2013.4.01.0000, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00662379420134010000&pA=&pN=662379420134010000>>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

Considerando que los mencionados fallos del mencionado tribunal federal brasileño todavía no han sido reformados por ese mismo tribunal o por los tribunales superiores (el Superior Tribunal de Justicia o el Supremo Tribunal Federal), podemos concluir que, hasta el presente momento, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) v. Brasil* se encuentra sin su cumplimiento integral por el Estado de Brasil.

Como bien resaltó André de Carvalho Ramos y ya mencionamos en la presente tesis doctoral, deben el Supremo Tribunal Federal de Brasil y los demás tribunales brasileños respetar el artículo 7º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, el cual establece que «*Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos*».¹⁵¹¹ El reconocimiento constitucional de ese tribunal internacional —cual es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— conlleva que implícitamente, el Estado Constitucional brasileño debería reconocer la obligatoriedad y plena ejecutabilidad de las sentencias de la Corte de San José. Sin embargo, como hemos visto, ese reconocimiento todavía está pendiente en Brasil.

Existe una propuesta legislativa, en Brasil, que busca definir la obligatoriedad de la implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros «organismos internacionales de protección de los derechos humanos». Dicha propuesta es el proyecto de ley 4667/2004 de la Cámara de Diputados de Brasil, presentado por el exdiputado federal José Eduardo Cardozo.¹⁵¹² Según el artículo 1º de dicho proyecto de ley, las «*decisiones de los Organismos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos cuya competencia sea reconocida por el Estado Brasileño producen efectos jurídicos inmediatos en el ámbito del orden interno brasileño*».

¹⁵¹¹ Cfr. André de Carvalho Ramos: «O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia», 2011, disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>>. Fecha de acceso: 5.10.2014.

¹⁵¹² El texto del proyecto de ley 4667/2004 de la Cámara de Diputados de Brasil está disponible en la página: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C6A5FC44E098E98B7CF81390CA2B1AAF.proposicoesWeb1?codteor=259112&filename=PL+4667/2004>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

A nuestro juicio, independientemente de la aprobación del proyecto de ley 4667/2004, la obligatoriedad y ejecutabilidad de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, especialmente la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es ya una consecuencia lógica del sistema jurídico brasileño. Por lo tanto, la aprobación de tal propuesta legislativa solo reafirmaría una realidad normativa actual que solo no fue totalmente reconocida por el Estado brasileño debido, quizá, a una inadecuada comprensión, por los tribunales brasileños, de la necesaria integración del orden jurídico y procesal brasileño con el sistema interamericano de derechos humanos.

11.8 La implementación parcial de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Uruguay: el caso *Gelman v. Uruguay*

En febrero de 2011, por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia contra el Estado de Uruguay, en el caso *Gelman v. Uruguay*.¹⁵¹³

En dicha sentencia, la Corte declaró que el Estado de Uruguay violó diversos derechos humanos («*al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal*») de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, víctima de detención ilegal y posterior desaparición forzada por agentes del gobierno de facto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985¹⁵¹⁴, así como violó derechos humanos («*derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de los niños y niñas y a la nacionalidad*») de su hija, María Macarena Gelman, que fue sustraída de su madre cuando se encontraba en su primera infancia y fue introducida ilegítimamente en otra familia.¹⁵¹⁵ Otrosí, la Corte declaró el Estado de

¹⁵¹³ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman v. Uruguay* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

¹⁵¹⁴ Cfr. el punto resolutivo 2 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*.

¹⁵¹⁵ Cfr. el punto resolutivo 3 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*.

Uruguay «responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor Juan Gelman». ¹⁵¹⁶

La Corte Interamericana, en la misma sentencia, declaró, finalmente, que Uruguay «es responsable por (...) la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio del señor Juan Gelman y de María Macarena Gelman García» y «ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos». ¹⁵¹⁷

Como se puede observar, en la sentencia del caso *Gelman v. Uruguay*, la Corte de San José reconoció, entre otras cosas, en conformidad con su jurisprudencia ya bastante consolidada, que es indebida la aplicación, por las autoridades judiciales del país, de la «Ley de Caducidad» uruguaya (Ley 15848, de 22 de diciembre de 1986¹⁵¹⁸), la cual determinó, en su artículo 1º, que «ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto».

La Ley de Caducidad uruguaya fue aprobada siete meses después de la anterior ley de amnistía uruguaya, la Ley 15737, de 8 de mayo de 1985. De acuerdo con el artículo 5º de la primera ley, de mayo de 1985, quedaban excluidos de la amnistía «los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que

¹⁵¹⁶ Cfr. el punto resolutivo 4 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*.

¹⁵¹⁷ Cfr. los puntos resolutivos 5 y 6 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*.

¹⁵¹⁸ El texto de la Ley 15848, de 22 de diciembre de 1986, de Uruguay está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas» y asimismo *«todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno»*.¹⁵¹⁹ De esa manera, como bien explica Gabriel Adriasola, no serían beneficiados por la primera ley uruguaya de amnistía los agentes del Estado responsables por delitos de lesa humanidad y por los crímenes de «terrorismo de Estado». ¹⁵²⁰

Sin embargo, por medio de la posterior Ley 15848, se optó por la extensión de la amnistía legal a todos los agentes del Estado, alcanzando, de acuerdo con el pacto político de aquel entonces, incluso los crímenes contra la humanidad. Según Gabriel Adriasola, la mencionada ley fue aprobada debido a una grave crisis institucional provocada en Uruguay cuando surgieron las primeras citaciones judiciales de integrantes de las Fuerzas Armadas, que estaban siendo investigados por crímenes cometidos en el periodo dictatorial. Para los jefes militares de aquel entonces, la búsqueda de la punición de los militares contrariaba el así conocido «Pacto del Club Naval», que habría supuestamente definido los términos generales de la transferencia de poder de los militares hacia los políticos civiles. ¹⁵²¹

Para la Corte Interamericana, la forma en la que, por lo menos durante un tiempo, ha sido interpretada y aplicada esa Ley de Caducidad por los jueces y tribunales uruguayos *«ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a la desaparición forzada de María Claudia García y de María Macarena Gelman, y respecto de la segunda en razón de su sustracción y ocultamiento de identidad, al impedir que los familiares de las víctimas en el*

¹⁵¹⁹ El texto de la Ley uruguaya 15737, del 8 de mayo de 1985, está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15737&Anchor=>>>. Fecha de acceso: 6.10.2014.

¹⁵²⁰ Cfr. Gabriel Adriasola: «El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia: luces y sombras del derecho penal de transición en materia de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales», en *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, coordinado por Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 314-315.

¹⁵²¹ Cfr. Gabriel Adriasola: ob. cit., p. 315-317.

presente caso fueran oídos por un juez». ¹⁵²²

Por eso, en los puntos resolutivos de la sentencia aquí examinada, la Corte determinó al Uruguay que este Estado «*debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción y los responsables de los mismos*». ¹⁵²³

Según Martín Risso Ferrand, el punto resolutivo 11 de la sentencia de la Corte Interamericana presentaría un primer problema, que sería determinar si se refiere solo al caso *Gelman* o si también sería aplicable a las demás violaciones de derechos humanos ejecutadas por el gobierno de facto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985. ¹⁵²⁴ Sin embargo, si aplicamos al caso el principio de la cosa interpretada, ese problema dejaría de existir, ya que, indirectamente, el cumplimiento por los Estados de las sentencias de la Corte Interamericana también exige la aplicación concreta de la *ratio decidendi* de la Corte y de la interpretación oficial de las normas interamericanas de derechos humanos.

La polémica discusión judicial en Uruguay respecto a la validez y eficacia de la Ley de Caducidad es antigua. Según Risso Ferrand, ya en 1988, la Suprema Corte de Justicia del país trató el problema y, por mayoría (tres votos contra dos) declaró la constitucionalidad de la Ley 15848. ¹⁵²⁵ Dos décadas después, en el año 2009, fue sometido al pueblo uruguayo, por plebiscito, un proyecto de reforma constitucional que declaraba la invalidez e inexistencia de la Ley de Caducidad. El cuerpo electoral, en su mayoría, votó en contra de la mencionada reforma de la Constitución. ¹⁵²⁶

¹⁵²² Cfr. la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafo 230.

¹⁵²³ Cfr. el punto resolutivo 11 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*.

¹⁵²⁴ Cfr. Martín Risso Ferrand: «Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman*: después de la declaración de inconstitucionalidad de la ley interpretativa 18831», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, p. 644.

¹⁵²⁵ Cfr. idem: ob. cit., p. 642.

¹⁵²⁶ Cfr. idem: ob. cit., p. 643.

Antes también de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman v. Uruguay*, en octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, cambiando su orientación anterior de 1988, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley de Caducidad. Según Martín Risso Ferrand, ese nuevo entendimiento jurisprudencial fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en pronunciamientos posteriores.¹⁵²⁷

Igualmente, en 2010, un año antes de la sentencia de la Corte Interamericana, estaba siendo debatido en el Parlamento de Uruguay un proyecto de ley que tenía el propósito de eliminar todos los efectos jurídicos de la Ley de Caducidad. Así, en 2011, cuando fue dictada la sentencia de la Corte en el caso *Gelman v. Uruguay*, la defensa del proyecto fue reforzado y, como resultado, fue aprobada, el 27 de octubre de 2011, la Ley 18831, la cual, según su artículo 1º, tiene por finalidad restablecer «*el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley 15848, de 22 de diciembre de 1986*».¹⁵²⁸

De acuerdo con los artículos 2º y 3º de la Ley 18831, no se computará «*plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley*» para los crímenes de lesa humanidad. O sea, además del Estado de Uruguay, con las sentencias de la Suprema Corte de Justicia, declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la Ley de Caducidad (que establecía la amnistía para los agentes estatales), también reconoció el Estado, por medio de dicha ley, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con diversas normas internacionales de derechos humanos que son válidas en Uruguay.

El reconocimiento legal de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por Uruguay obedece a lo que concluyó y determinó —como *ratio decidendi*— la Corte Interamericana en el párrafo 254 de su sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*. En esa parte de la sentencia, la Corte enfatizó que «*el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne*

¹⁵²⁷ Cfr. *idem*, *ibidem*.

¹⁵²⁸ El texto de la Ley 18831 de Uruguay está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18831&Anchor=>>. Fecha de acceso: 7.10.2014.

bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo».

Pese a que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad está asentada en diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay y también está incluida en el propio conjunto normativo del *ius cogens* internacional, la misma Suprema Corte de Justicia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad declaró también, contradictoriamente, la inconstitucionalidad de los artículos 2º y 3º de la Ley interpretativa 18831, por medio de la sentencia 152/2013, del 11 de marzo de 2013.¹⁵²⁹ En síntesis, la fundamentación de la sentencia 152/2013 resalta que las normas legales impugnadas violarían el principio constitucional de legalidad y el de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, que están garantizados no solo en la Constitución de Uruguay sino también en diversos tratados internacionales de derechos humanos.

Está bastante claro que la Suprema Corte de Justicia, cuando dictó la sentencia 152/2013 y las demás sentencias que se basaron en ella, aplicó una interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos y de la Constitución de Uruguay de forma absolutamente contraria a la interpretación internacional de los derechos humanos y, especialmente, contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, indirectamente, la Suprema Corte de Justicia incumplió la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelmán v. Uruguay*, negando su obligatoriedad.

El 20 de marzo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*.¹⁵³⁰ En esa resolución, la Corte Interamericana tuvo en cuenta los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay respecto a la ley interpretativa 18831 y concluyó que «a pesar de que este Tribunal declaró que la Ley de

¹⁵²⁹ El texto integral de la sentencia 152/2013, del 11 de marzo de 2013, de la Suprema Corte de Justicia está disponible en la página: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=12481>>. Fecha de acceso: 7.10.2014.

¹⁵³⁰ El texto de la resolución de la Corte Interamericana, en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Fecha de acceso: 7. 10. 2014.

*Caducidad carece de efectos por ser incompatible con la Convención Americana, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 18831, en atención a lo decidido recientemente por la Suprema Corte de Justicia no está claro si, en acatamiento de la Sentencia dictada en el caso Gelman, el Estado ha adoptado todas las medidas y acciones necesarias para que los efectos que la Ley de Caducidad produjeron durante más de dos décadas ya no representen un obstáculo para las investigaciones de hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos».*¹⁵³¹ Igualmente, la Corte Interamericana consideró que el nuevo entendimiento de la Suprema Corte de Justicia puede «*tener el efecto de obstaculizar o hacer ilusorio el cumplimiento*» de su sentencia en el caso *Gelmán v. Uruguay*.¹⁵³²

En esa misma resolución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el Estado de Uruguay, contrariando los fundamentos de su sentencia en el caso mencionado, está incumpliendo la propia sentencia, ya que, a juicio de la Corte, «*puesto que esta parte resolutive de sus sentencias debe ser cumplida, cuando la misma refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas (como es la Sentencia dictada en el caso Gelman), el razonamiento de la Corte es claramente parte integral de la Sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado de dar pleno cumplimiento*», considerando también que «*sería incongruente que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia sea obligatoria sin que se tome en consideración la motivación y el contexto en que fue dictada, máxime cuando se tiene presente que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 a 69 de la Convención, el fallo constituye un todo o una unidad*».¹⁵³³

Como conclusión de la resolución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció lo siguiente:¹⁵³⁴

¹⁵³¹ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafo 56.

¹⁵³² Cfr. la resolución de la Corte Interamericana en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafo 57.

¹⁵³³ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafo 62.

¹⁵³⁴ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafo 102.

102. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.

Con esa conclusión, y considerando que Uruguay incumplió, parcialmente, su sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó al Estado de Uruguay que «*que continúe adoptando todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento*» de la sentencia.¹⁵³⁵

Según Martín Risso Ferrand, las declaraciones de inconstitucionalidad de los artículos 2º y 3º de la Ley 18831 solo se aplican a los casos concretos en que hubo dicha declaración, pese al efecto multiplicador de una declaración de inconstitucionalidad dictada por la Suprema Corte de Justicia, que pone en conocimiento su entendimiento sobre el tema.¹⁵³⁶

Otrosí, como también señala Risso Ferrand, es posible que la Suprema Corte de Justicia cambie de jurisprudencia.¹⁵³⁷ Hasta ese entonces, se debe entender que la Suprema Corte uruguaya no cumplió lo que debía cumplir en la ejecución de la sentencia del caso *Gelman v. Uruguay*, perjudicando, de esa forma, el reconocimiento de la obligatoriedad de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana en el ámbito

¹⁵³⁵ Cfr. la resolución de la Corte Interamericana en la supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párrafo 5 de los puntos resolutive y declarative.

¹⁵³⁶ Cfr. Martín Risso Ferrand: ob. cit., p. 649.

¹⁵³⁷ Cfr. idem, ibidem.

interno del Estado de Uruguay.

11.9 La resistencia del Estado de Venezuela contra la ejecución de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En algunos sistemas jurídicos latinoamericanos, el deber estatal (indiscutible, desde la perspectiva internacional) de cumplir las decisiones y recomendaciones emitidas por el sistema interamericano de derechos humanos es más evidente. Uno de esos ejemplos está justamente en la Constitución de Venezuela, que es clara en cuanto a la legitimación de los organismos internacionales de derechos humanos, pese a que la interpretación y la aplicación de esa Constitución, por las autoridades judiciales domésticas, hayan deslegitimado esos mismos organismos.

De acuerdo con el artículo 31 de la Constitución venezolana, toda *«persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos»* y, por otro lado, el *«Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo»*. Debido a tal norma constitucional, que consagra, según Carlos M. Ayala Corao, una garantía del *amparo internacional*¹⁵³⁸, el incumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el territorio venezolano debe ser considerado, ante todo, inconstitucional. La ejecución de las sentencias y las resoluciones de la Corte Interamericana en Venezuela, por lo tanto, debería ser considerada una consecuencia del derecho constitucional al amparo internacional, independientemente de cualquier regulación legal de los procedimientos para la ejecución de esos actos jurisdiccionales supranacionales.

¹⁵³⁸ Cfr. Carlos M. Ayala Corao: «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ob. cit, p. 186.

Ciertamente, como ya hemos observado anteriormente, la ausencia de un mecanismo regional o local unificado para la ejecución de las sentencias de la Corte de San José implica que cada Estado, de acuerdo con sus propias normas procesales nacionales, deberá hacerse cargo de tal ejecución, como bien señala María Carmelina Londoño Lázaro.¹⁵³⁹

En Estados como Venezuela, sin embargo, no solo no existen reglas específicas respecto a la implementación del deber de obediencia a las decisiones del sistema interamericano sino que también es posible encontrar una fuerte resistencia ideológica del Poder Judicial contra la ejecución de esos actos jurisdiccionales supranacionales, especialmente contra las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Considerando los Estados latinoamericanos que son «formalmente» democráticos, encontramos en Venezuela hoy el caso más emblemático de resistencia contra el sistema interamericano de derechos humanos. Claramente, la existencia de la norma venezolana que consagra el derecho constitucional al amparo internacional no impidió que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela negase la ejecución y la obligatoriedad de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conforme ya hemos mencionado anteriormente¹⁵⁴⁰, desde el inicio del presente siglo, el Poder Judicial de Venezuela, capitaneado por el Tribunal Supremo de Justicia, ha desacatado reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictando diversos fallos contra la ejecución de las sentencias y resoluciones interamericanas.

La primera sentencia paradigmática del Tribunal Supremo de Justicia que negó la obligatoriedad de los actos jurisdiccionales de la Corte de San José fue la sentencia 1942/2003, que trataba de la validez de la ley de desacato y de la posibilidad de la censura previa judicial en el país.¹⁵⁴¹ Veamos lo que planteó la Sala Constitucional en ese polémico

¹⁵³⁹ Cfr. María Carmelina Londoño Lázaro: ob. cit., p. 130.

¹⁵⁴⁰ Cfr. el subcapítulo 9.15 de la presente tesis doctoral.

¹⁵⁴¹ Los fragmentos de la sentencia 1942/2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela fueron obtenidos por medio del texto de la sentencia 1939/2008, que está disponible en la

leading case:

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos. (...)

Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)

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; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes. (...)

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: 'La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución` siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

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 (...)

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara. (...)

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son —por ejemplo— las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país¹⁵⁴², ni los derechos fundamentales de la República.

Se extrae del fragmento transcrito de la sentencia 1942/2003 que el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela no solo limita la influencia internacional en la interpretación de los derechos humanos sino que también aboga por el propio incumplimiento de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando esas sentencias, al juicio del Tribunal Supremo de Justicia, «menoscaban» la soberanía de la República Bolivariana.

¹⁵⁴² El enfrentamiento que el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela lleva a cabo contra la Corte Interamericana de Derechos se basa en una noción de soberanía arcaica. Como ya hemos mencionado, la apertura de un orden o discurso jurídico a las normas e interpretaciones supranacionales de derechos humanos depende de una revisión de la noción de soberanía, que no puede ser entendida desde una perspectiva extrema, que desconsidera la necesidad absoluta de protección de los derechos humanos en los ámbitos interno y externo.

Esa misma resistencia a la implementación de los actos jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también puede ser demostrada por medio del examen del incumplimiento de la sentencia de esa Corte en el caso *Apitz Barbera y otros v. Venezuela*. En efecto, siguiendo la misma doctrina de insubordinación institucional, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada, en el mencionado caso, el 5 de agosto de 2008.¹⁵⁴³

Rechazando la obediencia de esa sentencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, por medio de su sentencia 1939, del 18 de diciembre de 2008 (caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), acusó la Corte de San José de haber «usurpado» el poder del Tribunal Supremo y así negó la producción de efectos internos por la sentencia interamericana.¹⁵⁴⁴

Cuatro meses antes, en su sentencia del 5 de agosto de 2008, la Corte Interamericana había determinado al Estado venezolano la reintegración a sus cargos en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de los jueces Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz, que habían sido destituidos de sus puestos judiciales por motivos políticos. La Corte Interamericana estableció, además, indemnizaciones que el Estado debería pagar a las víctimas. En la mencionada sentencia, la Corte de San José declaró que habían sido violados los derechos de los jueces a ser juzgados por un tribunal imparcial, a un recurso sencillo, rápido y efectivo, y a ser oídos dentro de un plazo razonable. Otrosí, se consideró que fue violado el deber de motivación de la decisión judicial.

A fin de implementar tal fallo de la Corte de San José, fue presentada una demanda judicial interna contra el Estado venezolano. Respecto a tal demanda se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por medio de la sentencia 1939 (expediente 08-1572), de 18 de diciembre de 2008.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴³ El texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Apitz Barbera y otros v. Venezuela* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Fecha de acceso: 7.10.2014.

¹⁵⁴⁴ Cfr. Allan R. Brewer-Carías: ob. cit., pp. 694-5.

¹⁵⁴⁵ El texto de la sentencia 1939/2008 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela está disponible en la siguiente página: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208->

En la sentencia 1939/2008, está registrada, una vez más, la lamentable posición política del gobierno chavista respecto al cumplimiento de las sentencias de Corte Interamericana. De acuerdo con lo que está descrito en la sentencia, el gobierno de Venezuela alegó en el proceso que *«las decisiones de estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos [en ese caso, la Corte Interamericana] no son de obligatorio cumplimiento y no son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado»*.

Acatando la perspectiva del gobierno venezolano, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró que la Corte Interamericana habría violado la soberanía del Estado, involucrándose en temas que serían exclusivos del propio Estado. Así manifestó la Sala:

Ahora bien, se advierte del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que este órgano pretende que el Estado venezolano indemnice a los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz, a quienes califica de «víctimas» por haber presuntamente sido violados sus derechos individuales; pero en la supuesta constatación por dicha Corte de la violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención, dictó pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibles.

(...)

En consecuencia, al margen de la eventual antinomia entre normas protectoras de derechos individuales y las relativas al bien común, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999.

En la misma polémica sentencia, la Sala Constitucional aún tuvo la desdicha de citar, como precedente jurisprudencial que soportaría su perspectiva, el fallo del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú que, en pleno régimen de violación de derechos humanos del expresidente Alberto Fujimori, desautorizó la sentencia de la Corte

Interamericana en el caso *Castillo Petruzzi y otro v. Perú*, de 1999. Con tal mención, la Sala Constitucional puso de manifiesto su intento de hacer frente directamente a la Corte de San José.

Motivada por tales sentimientos nacionalistas, y a fin de supuestamente reafirmar la soberanía venezolana y la supremacía constitucional, la Sala Constitucional así concluyó:

En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces. Igualmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los exmagistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa. Así se decide.

Además de negar la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala Constitucional, quizá promoviendo algo parecido a una «venganza institucional», solicitó *«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»*.

Ese caso de la reintegración de los jueces del Contencioso Administrativo de Venezuela es bastante parecido al caso *Castillo Petruzzi y otro* de Perú. Sin embargo, en el caso de Perú, la redemocratización del país terminó por dejar sin efectos el fallo del Consejo Supremo de Justicia Militar. En el caso de Venezuela, también se espera que, con una futura renovación democrática, también sea restablecido el respeto a las sentencias de la Corte Interamericana y el compromiso del Estado (y de su Poder Judicial) con el sistema interamericano de derechos humanos.

La misma fundamentación empleada por la Sala Constitucional venezolana en la sentencia 1939/2008 fue reproducida tres años más tarde por el mismo órgano judicial en la sentencia 1547/2011 (expediente 11-1130), a fin de declarar también inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *López Mendoza v. Venezuela*.¹⁵⁴⁶ En aquel entonces, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reafirmó que «*la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional*».

Contra la inminente denuncia de la CADH por el Estado de Venezuela, en mayo de 2012, un abogado interpuso otra acción judicial contra el gobierno venezolano ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, demandando, en resumen, «*protección de los derechos e intereses colectivos que me asisten como justiciable, contra el PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA: Funcionario público HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS, ante la amenaza de retiro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, lo que de concretarse, en consecuencia, dejaría a todos los venezolanos sin amparo constitucional internacional y ello afectaría en buena medida la calidad de vida a todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, no solo porque seríamos despojados de un mecanismo de*

¹⁵⁴⁶ El texto integral de la sentencia 1547/2011 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/destino/octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>>. Fecha de acceso: 7.3.2014.

control supranacional, sino también por el riesgo de que en el ámbito interno se incremente la impunidad y el abuso funcional, además que tal retiro (o denuncia) es a toda luces un eventual atropello a la Constitución y más cuando no hay un mecanismo para retirarse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CIDH), razones por las cuales, siendo parte del Soberano y preocupado de que nos restrinjan de manera inconsulta -sin referendo popular- el derecho a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales para demandar protección de amparo supraconstitucional, planteo la presente acción judicial, teniendo como ciudadano un interés legítimo». Respecto a tal demanda, la Sala Constitucional se pronunció por medio de la sentencia 562/2013 (expediente 12-0544), del 21 de mayo de 2013.¹⁵⁴⁷

En la sentencia 562/2013, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como ya era de esperar, declaró inadmisibile la demanda del abogado venezolano. Entre otros argumentos, la Sala registró lo siguiente:

Sobre la base de las anteriores consideraciones, no puede desprenderse del Texto Constitucional un derecho o interés difuso o colectivo, que se derive de una «supuesta» obligación de la República Bolivariana a mantenerse en el marco de algún tratado o convenio internacional que verse sobre derechos humanos, por cuanto éstos se encuentran incluidos en el sistema constitucional, en virtud de la disposición expresa del artículo 22 eiusdem, que establece «la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos», con lo cual una salida de algunos de los órganos que integran el sistema interamericano de derechos humanos e incluso del sistema en su totalidad, en nada afectarían la vigencia, alcance o contenido del artículo 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que el «Decreto [que declare el Estado de excepción] cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en tanto tales parámetros contenidos en los respectivos convenios, serían asumidos por el ordenamiento jurídico interno sobre la base del mencionado artículo 22 y del 23 eiusdem, el cual establece que 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».

¹⁵⁴⁷ El texto de la sentencia 562/2013 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela está disponible en la siguiente página electrónica: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/562-21513-2013-12-0544.html>>. Fecha de acceso: 7.3.2014.

Se puede concluir, considerando los precedentes jurisprudenciales supramencionados, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela es el órgano judicial dotado de jurisdicción constitucional de la América Latina que más está distanciado de la integración —normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional— con el sistema interamericano de derechos humanos.

En un país en que, actualmente, se presencian muchas de las más graves violaciones de derechos humanos del continente, la ausencia de un Poder Judicial comprometido con el sistema interamericano e internacional de protección de los derechos humanos es, *per se*, una grave violación de derechos humanos que agrava la situación ya de por sí precaria del cumplimiento de derechos humanos en el país.

11.10 Consideraciones finales sobre los obstáculos opuestos por algunos tribunales latinoamericanos contra la implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pese a los ejemplos ya citados de obstáculos nacionales contra la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace falta resaltar que para la ejecución judicial de sus sentencias y resoluciones no deben ser exigidas las formalidades que algunos textos constitucionales o códigos procesales latinoamericanos exigen para la ejecución/cumplimiento de sentencias extranjeras.

La Corte Interamericana no es un tribunal extranjero en ningún Estado de América Latina; la Corte es un tribunal supranacional del que forman parte los Estados latinoamericanos que así lo decidieron soberanamente. En ese sentido, opina German J. Bidart Campos¹⁵⁴⁸ sobre el sistema jurídico argentino y André de Carvalho Ramos¹⁵⁴⁹ sobre el sistema brasileño. Por lo tanto, creemos que las decisiones y sentencias de la Corte Interamericana deben ser cumplidas e implementadas del mismo modo que lo son las decisiones judiciales nacionales.

¹⁵⁴⁸ Cfr. German J. Bidart Campos: *Compendio de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 441-442.

¹⁵⁴⁹ Cfr. André de Carvalho Ramos: *Pluralidade das ordens jurídicas*, ob. cit., p. 100.

Cuando el Estado no cumple, espontáneamente, las decisiones y sentencias de la Corte Interamericana, además de estar el Estado sujeto a sanciones internacionales, debe cada sistema interno aplicar algún mecanismo interno que sea apto para forzar la implementación de los actos decisorios de la Corte de San José. Cuando la legislación interna no establece procedimientos específicos, deben ser utilizados, por los interesados, los procedimientos generales previsto en la legislación procesal civil, administrativa y penal.

En la hipótesis en que la decisión de la Corte Interamericana se cumple con la mera satisfacción de una pretensión jurídica individual, es suficiente que el titular individual del derecho exija judicialmente la satisfacción de su derecho. En ese caso, debemos recordar que las sentencias de la Corte Interamericana tienen la fuerza de actos jurisdiccionales ante todo declaratorios (ya que declaran la licitud o ilicitud de actos o situaciones jurídicas) y también condenatorios y mandamentales; son, por ende, títulos ejecutivos judiciales, que pueden ser «ejecutados», es decir, justifican actos judiciales de implementación de la sentencia, sin la necesidad de que otros y nuevos actos jurisdiccionales de conocimiento (decisiones de fondo) sean producidos por los jueces nacionales.

Recordemos, otrosí, que el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una consecuencia lógica no solo de la propia existencia del sistema interamericano (y de sus marcos convencionales pertinentes), sino también de la garantía humana fundamental de acceso a la justicia y de la garantía del debido proceso legal. Esas garantías fundamentales, en virtud de las evoluciones histórico-jurídicas del final del siglo XX e inicio del siglo XXI, deben ser reinterpretadas a fin de englobar la garantía de los seres humanos de ver respetados sus derechos reconocidos por un tribunal supranacional de derechos humanos.

Ciertamente, un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 67 de la CADH, es «definitivo e inapelable»; produce, por lo tanto, los efectos de la cosa juzgada. De esa forma, si un individuo o un grupo de individuos (los cuáles, como hemos examinado anteriormente, ya tienen reconocido su *locus standi* ante la Corte) sale victorioso de un caso contencioso decidido por la Corte de San José (o está favorecido por una medida provisional), la violación indirecta de tal decisión (por medio

de un incumplimiento informal, por ejemplo) atenta contra el derecho de acceso a la justicia y contra el principio del debido proceso.

Progresivamente, está siendo reconocido, en América Latina, el derecho — constitucional— al *amparo interamericano*¹⁵⁵⁰, es decir, el derecho de recurrir a la Comisión e, indirectamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin, de complementariamente, garantizar el máximo respeto a los derechos humanos de todos los seres humanos. Ese derecho de amparo interamericano debe estar integrado con las demás garantías del proceso constitucional latinoamericanos, garantizando la máxima eficacia —y el «efecto útil»— de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana, así como la máxima implementación de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como bien aseveró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su resolución de supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, la obligatoriedad y ejecutabilidad de sus sentencias y resoluciones es una consecuencia lógica y una norma clara de la CADH. Además de eso, como quedó explícito en la misma resolución de la Corte de San José, el carácter obligatorio y vinculante de sus fallos alcanza no solo los puntos resolutivos, sino también todos los fundamentos que justifican esos puntos decisorios.¹⁵⁵¹

El reconocimiento de la obligatoriedad y la ejecutabilidad plena de todas las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y asimismo el compromiso institucional y profesional de los jueces, tribunales y demás autoridades de los Estados latinoamericanos con el respeto de las recomendaciones de la Comisión Interamericana son, a nuestro juicio, condiciones absolutas para el continuo desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos y la progresiva integración entre ese sistema y los sistemas nacionales que también están legitimados para el amparo de los derechos humanos.

¹⁵⁵⁰ Cfr., por ejemplo, el art. 31 de la Constitución de Venezuela.

¹⁵⁵¹ Cfr. el subcapítulo 11.8 de la presente tesis doctoral.

11.11 El deber de implementación de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los sistemas internos latinoamericanos

Retornando a la cuestión de la obligatoriedad de la implementación de las decisiones *lato sensu* originadas del sistema interamericano de derechos humanos, debemos también resaltar que no solo las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser acatadas por los Estados, sino que también las recomendaciones (y medidas cautelares) de la Comisión Interamericana deben ser, de buena fe, observadas por los Estados que son parte de la CADH y de la Carta de la OEA.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que, debido al principio internacional de la buena fe, deben los Estados americanos «realizar los mejores esfuerzos» para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Eso fue lo que entendió la Corte de San José en la ya citada sentencia de 17 de septiembre de 1997, correspondiente al caso *Loayza Tamayo v. Perú*:¹⁵⁵²

79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término «recomendaciones», usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (*Caso Caballero Delgado y Santana*, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C N° 22, párr. 67 y *Caso Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30, párr. 93).

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte «*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos*

¹⁵⁵² El texto de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo v. Perú* está disponible en la siguiente página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Fecha de acceso: 8.10.2014.

contraídos por los Estados Partes», por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.

Conforme podemos extraer del fragmento transcrito, con arreglo a lo que declaró la Corte de San José, el deber de atender a las recomendaciones de la Comisión Interamericana deriva no solo del principio de la buena fe internacional, sino que también es una consecuencia lógica del conjunto normativo establecido en la CADH. Por lo tanto, aunque tales recomendaciones (y medidas cautelares) no sean decisiones jurisdiccionales *stricto sensu*, son actos decisorios que deben, salvo alguna razón excepcional en contrario, ser respetados. De esta manera, hay una presunción *iuris tantum* de que una violación voluntaria del Estado a una recomendación (o medida cautelar) de la Comisión Interamericana también se constituye, *per se*, una trasgresión contra el sistema interamericano de derechos humanos y una violación de la CADH.

Esto también fue lo que ya decidió la Suprema Corte de Justicia de Argentina en el ya citado caso del *habeas corpus* impetrado por Claudia Beatriz Acosta y otros (decidido en diciembre de 1998). En este importante *leading case*, la Suprema Corte de Justicia de los argentinos expresó (reafirmando otros precedentes jurisprudenciales suyos) que «*por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión*». ¹⁵⁵³

Encontramos también un *leading case* muy emblemático en el Ecuador, en favor de la obligatoriedad de la observancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tratamos aquí de la acción de inconstitucionalidad (caso 42-2007-TC) presentada por la Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos (INREDH) contra los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional. Se cuestionaba, en la acción, si era posible someter los civiles a la jurisdicción militar, o si tal sometimiento (determinado por la ley interna ecuatoriana) viola el derecho al juez natural e imparcial garantizado por la CADH. Acogiendo las razones puestas en la acción, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en la fecha de 10 de junio de 2008, declaró la

¹⁵⁵³ Cfr. Antonio Boggiano: ob. cit., p. 1144.

inconstitucionalidad de las normas legales impugnadas.¹⁵⁵⁴

El octavo y penúltimo considerando de la sentencia del Tribunal Constitucional del Ecuador en el mencionado caso 42-2007-TC, que es el principal fundamento para el fallo, está exclusivamente dedicado al esclarecimiento sobre la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para todos los Estados miembros de la OEA y, en el Informe Anual de 1999, especialmente para el Estado del Ecuador. En tal considerando, el Tribunal Constitucional expone las recomendaciones de la Comisión y, a la vez, asigna —implícitamente— la obligatoriedad del cumplimiento de esas recomendaciones. Veamos el contenido del considerando octavo:

OCTAVO. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1996, en su Capítulo VII, denominado Recomendaciones a los Estados Miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los Derechos Humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su numeral 1, referente a «Que los Estados miembros adopten medidas para avanzar y consolidar la administración de justicia en sus regímenes jurídicos», recomendó: «Que los Estados miembros, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, deberán velar por que los civiles acusados de delitos penales de cualquier tipo sean juzgados por tribunales civiles ordinarios, que ofrezcan las garantías esenciales de independencia e imparcialidad y por que la competencia de los tribunales militares se limite estrictamente a delitos de naturaleza militar».

En ese mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1997, volvió a insistir en su Capítulo VII, sobre las recomendaciones a los Estados Miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los Derechos Humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recomendó en forma textual que: «En cuanto a las Fuerzas Armadas en particular, la Comisión no puede dejar de referirse al empleo de tribunales militares para conocer en hechos cuyas consecuencias se encuentran contempladas en la legislación común, entre ellos, aquellos relativos al respeto de derechos individuales. La Comisión reitera que sólo corresponde utilizar la vía de la jurisdicción militar en aquellos casos que involucren la disciplina interna de las Fuerzas. La Comisión desea recomendar, con énfasis, a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las fuerzas armadas que cometan delitos comunes, sean juzgados por un tribunal ordinario conforme a los principios del derecho común y de ese modo se garantice un juicio imparcial a la parte afectada».

¹⁵⁵⁴ La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional del Ecuador está disponible en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Diálogo Jurisprudencial*, v. 7, 2009, pp. 141-151.

En el Informe Anual de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reitera la recomendación a sus Estados Miembros, y señala que: «En cuanto a los aspectos jurisdiccionales, la Comisión les recuerda a los Estados miembros que los ciudadanos deben ser juzgados por sus jueces naturales, regidos por el derecho común y la justicia ordinaria. Por lo tanto, los civiles no deben ser sometidos a la jurisdicción de tribunales especiales. La utilización, por ejemplo, de tribunales militares debe estar limitada al enjuiciamiento de miembros de las Fuerzas Armadas en servicio militar activo, por las faltas o delitos de función. En todo caso, esta jurisdicción especial debe excluir los delitos de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos.»

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe Anual de 1999, en su Capítulo IV, titulado «El Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región», y refiriéndose exclusivamente a la situación del Ecuador, en su párrafo 50, al narrar un Estado de emergencia declarado por el Presidente en julio de 1999, señaló que: «... La garantía del juez natural fue quebrantada, pues se sometió a la Justicia Militar a la mayoría de los detenidos durante las protestas, sin las garantías del debido proceso. La aplicación de normas de la Ley de Seguridad Nacional, para procesar a civiles, con arreglo al Código Militar, viola el derecho a ser juzgado por tribunales independientes e imparciales. Por otro lado, los tribunales militares pasan a ejercer la justicia sobre hechos que no son propios de la jurisdicción militar y que afectan a civiles.»

Y la última recomendación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en forma directa hacia el Ecuador, fue en el Informe Anual de 2005, al manifestar en sus párrafos 186 y 192 que: «186. ... la Comisión insta nuevamente al Estado ecuatoriano, a hacer uso de la jurisdicción ordinaria sobre los fueros militares o policiales cuando se trate de violaciones a los derechos humanos. [...] 192. Otro aspecto preocupante es que el sistema de administración de justicia ecuatoriano permite la competencia de fueros especiales, tales como el policial, y militar, en casos en los que se denuncian violaciones a los derechos humanos. La principal observación de la Comisión gira en torno a información recibida por la Comisión, en el sentido de que en estas jurisdicciones: a) no se efectúan las investigaciones necesarias para esclarecer las circunstancias en que ocurrieron estas muertes; b) los procesos judiciales no se inician o quedan suspendidos por espacios largos de tiempo; c) los imputados se han dado a la fuga en extrañas condiciones; d) se dictan sobreseimientos de los responsables sin contar el respaldo jurídico suficiente. A estos puntos se suma el hecho de que la legislación actual no comprende la participación de la parte civil en estos procesos.»

Cabe resaltar a este respecto que la Comisión Interamericana es de la opinión que las jurisdicciones especiales, como la militar o la policial, no son medios adecuados para determinar reparaciones cuando hay violaciones a los derechos humanos en el ámbito interno. Tanto la Corte como la Comisión Interamericana han señalado en distintas oportunidades, que los fueros especiales no constituyen un foro apropiado para investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos presuntamente cometidas por miembros de la fuerza pública.»

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional del Ecuador, cuando recurre a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la formación de la *ratio decidendi* de su sentencia, reconoce, indirectamente, que esa recomendación debe ser cumplida de buena fe por todos los órganos del Estado ecuatoriano, incluso por el propio Tribunal Constitucional.

Existe un relativo consenso en el ámbito latinoamericano en el sentido de que esas recomendaciones y medidas cautelares no están limitadas, en sus efectos, al plano internacional; tales actos decisorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también producen efectos internos, es decir, son internamente exigibles. Luego, también pueden esos actos ser objeto de demandas internas y funcionar como fundamento para la responsabilización del Estado (o mismo de particulares) en virtud de la violación de derechos humanos.

Respecto a la implementación práctica interna de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (así como de todos los órganos *cuasi jurisdiccionales* internacionales de protección de los derechos humanos), creemos que debe existir una fluidez en tal cumplimiento. Quizá, a diferencia de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana, la satisfacción de las recomendaciones (y medidas cautelares) de la Comisión Interamericana no exige necesariamente actos y procedimientos formales; basta que sean realizados «los mejores esfuerzos» (en las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a fin de alcanzar la finalidad establecida en la recomendación.

Por otra parte, si la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es voluntariamente desconsiderada por el Estado, o si sus actos de implementación son claramente insatisfactorios, tal conducta estatal debe ser considerada —ella misma— una nueva violación de derechos humanos (o propiamente una violación de una garantía de los derechos humanos, considerando que el respeto de las recomendaciones de la Comisión Interamericana es parte de una garantía institucional de los derechos humanos). Contra esa nueva violación, pueden adoptarse internamente las medidas judiciales y extrajudiciales establecidas en la legislación nacional para la protección de los derechos subjetivos.

De esa forma, en suma, debemos concluir que las recomendaciones y las demás medidas dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no sean consideradas fallos jurisdiccionales *stricto sensu*, deben ser observadas con buena fe por todos los Estados que forman parte del sistema interamericano de derechos humanos y pueden funcionar como fundamentos para el enjuiciamiento de acciones, en la jurisdicción interna de los países, que tengan la finalidad de tutelar los derechos humanos reconocidos como violados por la Comisión Interamericana.

CONCLUSIÓN

La historia nos demuestra que las grandes catástrofes contra los valores humanistas, contra la dignidad humana, contra los derechos humanos, no fueron causadas simplemente por la existencia de hombres «malos». Como bien enfatizó Hannah Arendt, los mayores crímenes contra la humanidad contaron con la participación de hombres comunes, de personas «ordinarias» que seguían órdenes aparentemente «legales», «soberanas». Los «Eichmanns» de la Historia no eran grandes mentes que encarnaban la maldad humana; eran seres humanos que sencillamente cumplían reglas y órdenes totalmente desconectadas de los valores y principios básicos de los derechos humanos. Lo hacían —el mal— con «banalidad», como algo cotidiano.¹⁵⁵⁵

Esa importante constatación que marcó la literatura arendtiana nos lleva a concluir que el mayor peligro para el respeto a los derechos humanos no es la existencia de personas naturalmente malas, sino la ausencia de integración de los valores, principios y reglas de los derechos humanos en los sistemas jurídicos, políticos y sociales.

Igualmente, se puede afirmar que la resistencia contra el mal y contra los crímenes contra la humanidad tampoco puede encomendarse solo a los mecanismos formales de implementación de los sistemas de derechos humanos. Para que los hechos repugnantes, tales como el holocausto que sufrieron los judíos (o las torturas y la desaparición forzada de presos políticos, tan comunes en la América Latina de la segunda mitad del siglo XX), no ocurran nunca más, hace falta, ante todo, una *integración axiológica*, es decir, es necesario que la cultura de respeto a los derechos humanos sea incorporada a la vida cotidiana (incluso en las vidas familiares, domésticas) de todos los pueblos del planeta, a fin de que las normas de derechos humanos no sean consideradas normas alienígenas, extranjeras, impuestas por centros supranacionales de poder, sino que sean estimadas y cumplidas por todos los pueblos como normas compatibles y adecuadas con sus propios sistemas culturales y morales, de forma que así se legitimen como normas jurídicas de los sistemas jurídicos desarrollados por todas naciones.

¹⁵⁵⁵ Cfr. Hannah Arendt: *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*, Nueva York, Penguin Group, 2006, *passim*.

Para que lleguemos a dicha integración axiológica (que antecede a las diversas formas jurídicas de integración de sistemas de derechos humanos, que examinamos en esta obra), hace falta también aseverar, con rotundidad, que los derechos humanos —y sus valores, sus principios— no son una «invención», una «creación» académica o meramente política. No fueron los derechos humanos inventados por personas, pueblos o Estados determinados, o en momentos y lugares definidos. Los derechos humanos fueron y son construidos de modo difuso y despolarizado.

De hecho, percibimos en nuestra investigación doctoral que las ideas principales y los valores básicos de los derechos humanos no son un producto propio de la cultura cristiana o de una generación de juristas o pensadores occidentales, ya que los derechos humanos fueron y todavía son construidos sobre la base de ideas y valores compartidos por diversas culturas religiosas y generaciones de seres humanos que estuvieron formados por diferentes concepciones filosóficas humanistas. Según defendemos en esta tesis doctoral, coexisten diferentes bases religiosas, culturales, filosóficas, dogmáticas y políticas que proporcionaron y todavía proporcionan la construcción evolutiva de la teoría de los derechos humanos. Por lo tanto, debemos afirmar que los derechos humanos no tienen un «creador», un «padre», de igual modo que no presentan claramente un «inicio» y un «fin».

No negamos que están presentes algunas divergencias en las diferentes concepciones culturales, filosóficas, políticas y jurídicas sobre los derechos humanos. Aun así creemos que es posible reconocer, en todas esas concepciones, un núcleo común que confiere una identidad propia a la idea globalmente compartida de los derechos básicos derivados de la dignidad humana. Creemos igualmente que el reconocimiento de que la doctrina de los derechos humanos es el resultado de un proceso evolutivo multicultural y multigeneracional, fundamentado en diferentes concepciones de mundo, favorece, hoy, la integración hermenéutica y jurisprudencial entre los diversos sistemas jurídicos que integran y aplican las normas de derechos humanos.

Debemos resaltar que no hay «padres» de los derechos humanos. Existieron, efectivamente, muchas personas y diversos movimientos históricos que fueron significativos para la construcción gradual del consenso global y de los consensos continentales y locales sobre los derechos humanos; sin embargo, los derechos humanos

son el resultado de un esfuerzo común de toda la humanidad. Por otra parte, debemos reconocer que esa «lucha histórica» en favor de los derechos humanos no debe ser entendida como un proceso estático del pasado, sino como un movimiento igualmente del presente. En otros términos, debemos afirmar que la lucha por los derechos humanos es una lucha «abierta», ya que nunca se termina, nunca se acaba y continúa alcanzando nuevas necesidades esenciales de los seres humanos en sus diversos contextos culturales y socioeconómicos, con un carácter plurinacional, gradual y diacrónico.

Así, intentamos demostrar en la presente tesis doctoral que, pese a que la expresión «derecho humano» tiene su origen en la cultura jurídica occidental, el fundamento material de los derechos humanos —la dignidad humana— es un valor compartido por diferentes concepciones religiosas, filosóficas y políticas que configuran el mundo actual. Este valor se traduce en la creencia de que todo ser humano está dotado de un valor absoluto.

Decir que el valor de todo ser humano es absoluto, en el sentido que planteamos, significa afirmar que dicho valor humano no puede ser inferior a nada. Así, cuando se afirma que la persona tiene valor absoluto, se está aseverando que nada en el mundo terrenal vale más que el ser humano. Por supuesto, la mayoría de los seres humanos vivos hoy creen en la existencia de un (o incluso más de un) Dios que tiene (según sus concepciones religiosas) un valor superior a los hombres. Ese hecho, sin embargo, no infirma el valor absoluto del hombre, puesto que la referencia al carácter absoluto está en la existencia terrenal. Sustentar el valor absoluto del hombre no es lo mismo que afirmar o negar la existencia de Dios, sino sostener que, fuera del mundo sobrenatural, no hay nada (ni el Estado, ni el «progreso» de la sociedad) que valga más que la vida y la existencia humana.

Desde luego, si todo ser humano tiene un valor absoluto, o sea, si todos los seres humanos tienen, individualmente, un valor absoluto, podemos concluir que un ser humano no vale más que otro. Por lo tanto, la igualdad de valor entre las personas es una consecuencia lógica de la aceptación del dogma de la dignidad humana.

Esa igualdad de valor no es un obstáculo para la diferencia, todo lo contrario. Si todos valen lo mismo, eso significa que las diferencias entre las creencias,

aptitudes, preferencias y acciones de cada persona no hacen que un ser humano sea mejor o peor que otro. Así, aceptada la premisa del valor humano absoluto, a los seres humanos se les reconoce la libertad de elegir sus propias convicciones y pasiones, sus propios planes y proyectos de vida, no siendo posible que el ejercicio de esta libertad —de su libre albedrío— altere la calidad de su valor, que se mantiene absoluto.

La idea de la dignidad humana, cuando se traspone al mundo jurídico, tiene como derivación lógica la existencia de derechos básicos iguales que deben ser reconocidos indistintamente a todos los seres humanos. Tales derechos son los derechos humanos. Los hombres y las mujeres tienen libertad y por eso pueden construir realidades diferentes. De esta manera, los seres humanos son «diferentes», pero lo son circunstancialmente.

En esencia, o sea, en valor, los seres humanos son iguales. Por eso, trasladando ese razonamiento al ámbito jurídico, es necesario concluir que las personas pueden tener derechos circunstanciales distintos, pero sus derechos básicos deben ser iguales, pues todos somos iguales en cuanto a nuestra esencia humana. Esos derechos básicos, iguales para todos, son justamente los derechos humanos.

Hemos observado también en la presente tesis que el fundamento material de los derechos humanos —la dignidad humana— se combina con otro fundamento formal que atribuye a tales derechos su fuerza jurídico-normativa. Tal fundamento es el consenso jurídico universal (agregado a diversos consensos regionales, nacionales y locales) sobre la existencia y validez de los derechos humanos. Ese consenso es esencialmente jurídico porque está construido sobre la conciencia general de obligatoriedad jurídica del acatamiento de tales derechos y también porque los Estados —colectivamente considerados— reconocen su validez jurídica.

El consenso universal de los derechos humanos fue formado por fuerzas políticas centrípetas y centrífugas. Así como muchas declaraciones y otros textos político-jurídicos nacionales inspiraron la elaboración de documentos internacionales de derechos humanos, estos documentos jurídicos internacionales asimismo infundieron en constituciones y leyes nacionales el reconocimiento de derechos que materialmente son derechos humanos.

Señalamos en la tesis que, hoy, lo que llamamos consenso universal de los derechos humanos está compuesto por un consenso global, por consensos regionales y por consensos nacionales, además de, en su caso, los consensos locales.

El consenso global está formado, *grosso modo*, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos —la DUDH—, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —el PIDESC—, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —el PIDCP— y muchos otros documentos internacionales de derechos humanos que desarrollaron y complementaron el consenso mínimo de la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Ese consenso global de los derechos humanos, que progresivamente continúa formándose e incluyendo nuevos derechos y nuevas perspectivas sobre los derechos, es corroborado y desarrollado por consensos regionales, que respetan el núcleo elemental del consenso global y lo despliegan desde la perspectiva cultural específica de la región.

Los consensos nacionales, a su vez, están presentes en las constituciones de los Estados y, algunas veces, también en otras leyes que desarrollan derechos materialmente humanos. Tales consensos nacionales están más cercanos a la realidad cultural, jurídica, social y económica del Estado, pero deben interactuar con los consensos global y regional que ya mencionamos.

Los derechos humanos tienen una dimensión externa —internacional— que es consolidada por el consenso global de los derechos humanos y está formalizada en los tratados internacionales de derechos humanos. En su dimensión externa objetiva, los derechos humanos son normas del Derecho Internacional que vinculan a los Estados en sus relaciones internacionales. Sin embargo, además de esta dimensión internacional, los derechos humanos también están dotados de una dimensión interna que es fruto de la integración entre las normas internacionales de derechos humanos y los sistemas jurídicos internos de los Estados. Debido a esa integración normativa, los derechos humanos pasan a ser realidad en la vida jurídica cotidiana de las personas, generando posiciones jurídicas concretas que pueden ser tuteladas por los órganos jurisdiccionales y administrativos de los Estados.

Pese a ser importante la dimensión internacional para la protección de los derechos humanos, la efectiva tutela de esos derechos exige que la dimensión interna se haga presente de forma real y conectada con la dimensión internacional, por medio de los instrumentos adecuados de integración normativa, hermenéutica, jurisprudencial e institucional. Al estudio de tales instrumentos de integración hemos especialmente dedicado nuestra atención en la presente tesis doctoral, averiguando cómo se realiza la integración de los derechos humanos en América Latina.

Observamos, en diversos puntos de la tesis, que ya hubo, principalmente en la última década del siglo XX y en el presente inicio del siglo XXI, grandes avances en la integración normativa, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos con los sistemas constitucionales latinoamericanos. Sin embargo, el reconocimiento de esos progresos no significa que los sistemas jurídicos de la América Latina ya hayan alcanzado el último nivel de desarrollo en esa materia. Así como el conjunto normativo de los derechos humanos está en constante evolución, los sistemas nacionales de protección de los derechos también pasan por continuos desafíos de desarrollo.

Un primer desafío para América Latina, en el presente tema, es la superación total del apego al nacionalismo jurídico, es decir, consiste en el desapego de la perspectiva tradicional de desconfianza hacia el derecho y la jurisdicción supranacional. Para superar tal obstáculo a la protección de los derechos humanos, deben los jueces y tribunales nacionales pensar detenidamente sobre el sentido de la soberanía estatal y de la supremacía constitucional en una nueva realidad de integración global y regional que debe estar centrada en el respeto absoluto de la dignidad humana.

La visión tradicional —o arcaica— de la soberanía opone la protección de los derechos humanos (considerados como supuestos productos del «poder internacional») a la preservación de la soberanía. Desde tal perspectiva, la afirmación de la soberanía nacional —o nacionalista— depende de que las autoridades nacionales limiten el alcance —teórico y práctico— de las normas internacionales de derechos humanos a fin de preservar la independencia nacional frente a los intereses que serían «extranjeros».

Lo que no se percibe desde tal perspectiva limitada y vetusta de la soberanía es que la protección amplia y total de los derechos humanos no está solo motivada por el

interés extranjero, sino mejor por el propio interés nacional, interno, local. En efecto, normalmente, las víctimas de las grandes violaciones de derechos humanos no suelen ser personas que están fuera del territorio nacional del Estado, sino suelen ser los propios ciudadanos o residentes en el Estado quienes sufren las violaciones de los agentes estatales o privados. Por lo tanto, la protección máxima de los derechos humanos interesa, ante todo, a esos ciudadanos y residentes del propio Estado.

Precisamente por entender que la protección de los derechos humanos atiende a un interés interno y nacional (más que a un interés internacional), los poderes constituyentes de América Latina, gozando de amplia soberanía, decidieron fundamentar los sistemas constitucionales de la región en el respeto absoluto de la dignidad humana y en la preeminencia de la tutela de los derechos humanos. De esa forma, no debe existir propiamente un conflicto entre la soberanía nacional y la garantía de respeto a los derechos humanos; la soberanía estatal se ejerce respetando, fundamentalmente, a los derechos humanos.

Esa nueva perspectiva que describimos de la soberanía conduce a que también la supremacía constitucional deba ser revisada. En muchos de los precedentes jurisprudenciales examinados en la presente tesis doctoral, observamos que la cláusula de supremacía constitucional es interpretada con una connotación nacionalista con el fin de rechazar la integración de las normas internacionales de derechos humanos con el bloque de normas constitucionales. Tal interpretación anticuada de la supremacía constitucional negligencia la posibilidad de que las normas internacionales de derechos humanos se integren en la propia Constitución nacional y, con eso, formen parte del bloque de constitucionalidad.

Según defendemos en nuestro estudio, la integración normativa de los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad no infirma la supremacía constitucional; muy al contrario, cuando las normas internacionales de derechos humanos se integran con las normas constitucionales, el conjunto normativo de la Constitución se hace más fuerte, renovado, apto para la buena conducción jurídica del Estado y de la sociedad. Por lo tanto, la integración entre las normas de derechos humanos y la Constitución favorece la propia supremacía constitucional.

A nuestro juicio, el desarrollo de la nueva perspectiva respecto a la soberanía estatal y la supremacía constitucional, en América Latina, tiene en su camino, necesariamente, la consolidación del reconocimiento del bloque (o los bloques) de constitucionalidad en cada Estado latinoamericano, que debe estar integrado por las normas internacionales de derechos humanos. La aceptación teórica y práctica de la existencia de dicho bloque de constitucionalidad (e incluso de la formación del «bloque de constitucionalidad latinoamericano») es importante no solo para la profunda defensa de los derechos humanos en esa región, sino también para el desarrollo de la propia integración social, cultural y económica latinoamericana.

Un efecto importante de la formación del bloque de constitucionalidad latinoamericano, o de los bloques de constitucionalidad que incorporan derechos humanos en América Latina, es el efecto de transformar el control de convencionalidad realizado por los jueces y tribunales nacionales en un verdadero control —sea difuso o concentrado— de constitucionalidad. En realidad, si las normas internacionales incorporadas en los textos constitucionales gozan del mismo rango normativo que las demás normas de la Constitución, el juez o tribunal doméstico, cuando declara la incompatibilidad del acto normativo interno (o sea, su «anticonvencionalidad») con la norma supranacional de derechos humanos, está, en realidad, declarando la inconstitucionalidad de la norma o el acto interno. Aunque, teóricamente, sea posible declarar la existencia de un control de convencionalidad en esos casos, para todos los efectos internos del Estado, los jueces y tribunales también están realizando un control de constitucionalidad.

Tal y como hemos verificado en esta tesis, existe ya una clara tendencia hacia el reconocimiento de que las normas internacionales de derechos humanos disfrutaban de la jerarquía constitucional y se integran (formal y materialmente) en las constituciones de América Latina. Esa tendencia se inició con la Constitución peruana de 1979, que establecía expresamente, en su artículo 105, la jerarquía constitucional de los «preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos». En 1986, el Estado de Nicaragua también reconoció, en su texto constitucional (art. 46), la vigencia automática e inmediata de diversos pactos internacionales de derechos humanos. En el decenio siguiente (1991), la nueva Constitución de Colombia, en su artículo 93, estableció que los tratados internacionales de derechos humanos «prevalecen en el orden interno» y que las normas

constitucionales colombianas «se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». Por otra parte, en Argentina, en el caso de *Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros*, decidido en 1992, la Corte Suprema de Justicia de Argentina falló que las normas internacionales de derechos humanos incorporadas por el Estado argentino están dotadas de aplicabilidad inmediata y de máxima efectividad. Dos años después, en 1994, la propia Constitución de Argentina fue reformada a fin de reconocer expresamente, en su artículo 75.22, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. Siguiendo esa misma línea, reconocieron explícitamente, en sus textos, el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos: la Constitución paraguaya de 1992 (que limita la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos en su art. 142); la Constitución venezolana de 1999 (artículo 23); la Constitución ecuatoriana de 2008 (art. 84 y art. 417); la Constitución boliviana de 2009 (art. 410.2); la Constitución dominicana de 2010 (art. 74.3); y la Constitución de México que fue reformada en 2011 (art. 1º).

También hemos observado en la tesis doctoral que, en muchos otros Estados latinoamericanos en los que sus textos constitucionales no son tan claros respecto a la definición del rango de las normas internacionales de derechos humanos que se integran en los sistemas jurídicos internos, fue desarrollada una jurisprudencia constitucional que garantizó el reconocimiento de la jerarquía constitucional de esas normas. Eso lo notamos, por ejemplo, examinando sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (resolución 2000-9685), de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (proceso de inconstitucionalidad 52-2003) y de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (expediente 3878-2007).

Sin embargo, en algunos Estados latinoamericanos, todavía se encuentran algunas resistencias contra ese entendimiento mayoritario entre los tribunales con jurisdicción constitucional. Así, por ejemplo, en Chile, el Tribunal Constitucional continúa defendiendo el rango infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el sistema interno chileno (vid. rol 2387-12). Por otra parte, en Brasil, el Supremo Tribunal Federal hoy defiende una doctrina del *doblo estatuto* de los tratados internacionales de derechos humanos. Para el tribunal máximo brasileño, casi todos los tratados internacionales incorporados por Brasil antes de la vigencia de Enmienda

Constitucional 45/2004 tienen el rango normativo supralegal e infraconstitucional; solo los tratados incorporados según establece el nuevo párrafo 3° del artículo 5° de la Constitución estarían dotados del rango constitucional (vid. recursos extraordinarios 349703/RS y 466343/SP).

Examinando el caso peculiar de Brasil, en que su Supremo Tribunal Federal antes defendía el rango meramente legal de los tratados internacionales de derechos humanos y ahora sostiene la teoría del doble estatuto, que admite el rango supralegal e infraconstitucional de importantes pactos internacionales incorporados por Brasil, como el propio Pacto de San José, concluimos que la ausencia del reconocimiento amplio de la jerarquía constitucional de las normas internacionales de derechos humanos es el fruto de una visión superada sobre la soberanía estatal y la supremacía constitucional. Todavía se observa, en diversos fallos de la jurisprudencia constitucional brasileña, una desconfianza respecto a las normas producidas por la comunidad internacional y el temor de que dichas normas puedan violar los intereses nacionalistas del país. Ese sentimiento de prejuicio, sin embargo, no logra observar (i) que el propio Estado brasileño, por medio de su pacto político de 1988, eligió fundamentar su sistema constitucional en la dignidad humana y en la supremacía de los derechos humanos, y también (ii) que la supremacía constitucional no está disminuida por la supremacía de los derechos humanos, puesto que estos derechos humanos son parte de la propia Constitución nacional.

A nuestro juicio, para que tales resistencias contra el reconocimiento del rango constitucional de todas las normas de derechos humanos sean vencidas y para alcanzar las soluciones normativas más protectoras de los derechos humanos que pueden y deben aplicarse en todo el continente americano, es indispensable deconstruir y reconstruir las percepciones sobre la soberanía nacional y la supremacía constitucional. De hecho, la redefinición (que defendemos) del concepto de soberanía, con los parámetros que aquí exponemos, está relacionada con la construcción de una nueva noción de supremacía constitucional. Tal redefinición viene a armonizar las doctrinas de que la Constitución es suprema y los derechos humanos también están dotados de preeminencia, o incluso de supremacía. Si los derechos humanos y la Constitución son «supremos», la mejor forma de armonizarlos es admitir que las normas internacionales de derechos humanos se integran en la propia Constitución, formando parte del bloque de constitucionalidad y mereciendo

igual respeto y eficacia.

Como hemos mencionado en la tesis doctoral, es posible intentar superar el problema de la definición del rango normativo de los tratados internacionales de derechos humanos basándose en el principio *pro homine*, que impone siempre la aplicación de la norma más favorable al ser humano. Sin embargo, creemos que la máxima protección de los derechos humanos, en América Latina, no puede prescindir del reconocimiento de la jerarquía constitucional de los pactos de derechos humanos. A nuestro juicio, si se admite que las normas internacionales de derechos humanos sean supraconstitucionales o que sean infraconstitucionales, no se alcanza el perfecto equilibrio entre un sistema y otro que deben integrarse. Especialmente en América Latina, en donde las constituciones nacionales incorporan en sus textos muchísimos derechos humanos reconocidos internacionalmente y, además de eso, admiten la preeminencia absoluta de los derechos humanos, es inevitable buscar la armonización plena entre el sistema internacional y los sistemas constitucionales, por medio de un proceso de integración normativa que sea apto para maximizar la tutela de los derechos humanos dotados de doble protección. Tal armonización, de acuerdo con la tendencia latinoamericana de las últimas décadas que hemos mostrado en esta tesis doctoral, se alcanza y se debe alcanzar, necesariamente, con el reconocimiento del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos.

En el proceso evolutivo relativo a la integración de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos, creemos también que es necesario admitir la recepción informal y automática de las normas básicas de derechos humanos del *ius cogens* internacional en los bloques de constitucionalidad de América Latina, tal y como ya reconocieron (explícita o implícitamente) la Corte Constitucional de Colombia (vid. sentencia C-225/95) y la Corte Suprema de Justicia de Argentina (vid. sentencia en el caso «Arancibia Clavel»). De hecho, no tiene sentido reconocer la fuerza constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en América Latina y no reconocer que las normas nucleares de protección de los derechos humanos, o sea, el núcleo duro de los derechos humanos¹⁵⁵⁶,

¹⁵⁵⁶ Aunque no haya consenso en la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre las normas y derechos que componen el *ius cogens* internacional, defendemos, en esta tesis doctoral, que las normas y los derechos supremos del «humanismo jurídico» son, *grosso modo*, los siguientes: el igual valor de todos los seres humanos (y, por lo tanto, la prohibición del trato discriminatorio); la protección de la vida, de las

que está presente en el *ius cogens* internacional, también deben ser incorporadas informalmente y estar dotadas del rango constitucional en los sistemas jurídicos de América Latina.

Igualmente, en apoyo a nuestra proposición, debemos señalar y concluir que: (i) las normas del *ius cogens* internacional, siendo normas consuetudinarias, no exigen cualquier procedimiento formal para su recepción; (ii) los principios y valores principales del núcleo normativo duro de los derechos humanos ya se encuentran básicamente reproducidos en las constituciones latinoamericanas e integran el núcleo de identidad de las mismas constituciones; (iii) los Estados latinoamericanos comparten (en su cultura jurídica) una misma visión común supranacional respecto a la necesidad de respeto a la dignidad humana y de garantía de los derechos básicos de todos los seres humanos; (iv) los Estados de América Latina examinados firmaron la DUDH y la Declaración Americana de Derechos Humanos y también ratificaron, grosso modo, el mismo conjunto básico de tratados internacionales de derechos humanos. Finalmente, esas mismas consideraciones también nos hacen concluir que las normas del núcleo duro de derechos humanos que están presentes en el *ius cogens* internacional deben ser consideradas una parte integrante del núcleo irreformable de las constituciones latinoamericanas examinadas en esta tesis doctoral; son, en otras palabras, «cláusulas pétreas», cláusulas irreformables, intangibles, inmutables, inmunes a toda y cualquier tentativa de reforma constitucional.

En el tema de la integración económica, política y social de América Latina, por medio de novedosas organizaciones internacionales regionales o subregionales, debemos concluir igualmente que las normas nucleares de derechos humanos deben ser automáticamente incorporadas en los sistemas jurídicos comunitarios. Creemos que es necesario observar que, según el artículo 28.3 de la CADH, cualquier organización («u

libertades (de locomoción, residencia, opinión, expresión, religiosa, asociación etc.) y de la seguridad de las personas; la protección de la integridad física y moral de todas las personas (y, luego, la prohibición absoluta de la tortura); la protección de la intimidad y privacidad de las personas; la protección de la posesión o propiedad de los bienes económicos básicos que permiten a las personas desarrollar sus proyectos de vida; la garantía de la participación igual de todos los ciudadanos en los poderes públicos; la promoción por el Estado de bienes y servicios básicos (asistencia a la salud, alimentación, agua, vivienda y vestido) que garantizan la supervivencia de las personas, por medio también de la garantía de relaciones laborales justas o por prestación directa de esos bienes y servicios elementales; la garantía de acceso a la cultura y a la educación como formas de desarrollo de la personalidad; la protección del medio ambiente como garantía de calidad de vida a las personas; y, finalmente, la prestación de decisiones judiciales justas, imparciales y que amparen todos esos derechos de las personas.

otra clase de “asociación”») de integración regional o subregional en América Latina está obligada a cuidar «*de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado las normas*» del Pacto de San José (y, por lo tanto, también de las demás normas integradas a ese pacto). La mencionada norma, claramente, impone que todas las organizaciones creadas por los Estados partes de la CADH deben respetar las normas interamericanas de derechos humanos. De esa forma, las normas básicas del sistema interamericano de derechos humanos ingresan, necesariamente, en todos los sistemas jurídicos regionales y subregionales latinoamericanos y deben ser consideradas parte de un «*ius commune latinoamericano*», estando presentes en todos los órdenes jurídicos creados o reconocidos por los Estados de América Latina.

La integración máxima de las normas internacionales de derechos humanos con las normas constitucionales latinoamericanas también favorece una etapa siguiente de la evolución del sistema interamericano de derechos humanos: la integración jurisprudencial de los derechos humanos. Esa especie de integración hermenéutica depende de la previa integración normativa de los derechos humanos y tiene como protagonista a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin lugar a dudas, en la armonización entre la jurisprudencia supranacional y las jurisprudencias constitucionales de América Latina, la Corte Interamericana debe ejercer el papel central, ya que esa Corte es el intérprete oficial del sistema interamericano de derechos humanos.

En el proceso de integración jurisprudencial de los derechos humanos, en primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recepciona la jurisprudencia global de los derechos humanos, la incorpora y la desarrolla en la jurisprudencia interamericana. En ese punto, la Corte de San José funciona como un canal de comunicación entre la jurisprudencia global de los derechos humanos y los sistemas jurídicos nacionales. Por lo tanto, la Corte Interamericana no es y no puede ser un instrumento de olvido del carácter universal de los derechos humanos; todo lo contrario, la Corte debe reconocer, desarrollar e incrementar el nivel global de protección de los derechos humanos.

En segundo lugar, la Corte Interamericana también puede —y debe— aprovechar los mejores ejemplos de la jurisprudencia constitucional latinoamericana a fin

de incorporarlos igualmente en la jurisprudencia interamericana, elevando, de ese modo, el nivel mínimo de protección de los derechos humanos en el continente americano, especialmente en América Latina. Con eso, el diálogo jurisdiccional entre la Corte de San José y las cortes constitucionales y supremas latinoamericanas no debe funcionar como un diálogo meramente vertical, como un «monólogo jurisdiccional». A fin de que la jurisprudencia interamericana se legitime en el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (así como la Comisión Interamericana) debe no solo influenciar sino también dejarse influenciar por las tendencias jurisprudenciales de los tribunales nacionales latinoamericanos.

En el centro de los flujos verticales —ascendentes y descendentes— hermenéuticos y jurisprudenciales, en América Latina, está la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo no solo un canal de esos flujos normativos sino también una entidad que fomenta la elevación del patrón de protección de los derechos humanos en el continente americano, la Corte Interamericana legitima su propia jurisprudencia y su poder de interpretación oficial de las normas interamericanas de derechos humanos. Esa legitimación de la Corte Interamericana justifica que su jurisprudencia también sea incorporada por los tribunales nacionales, máxime por los tribunales constitucionales latinoamericanos.

Desafortunadamente, en sus treinta y cinco años de funcionamiento, como hemos mencionado en la presente tesis doctoral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha incorporado muy intensamente (o explícitamente) la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de América Latina. Creemos, sin embargo, que esa asimilación se debe intensificar en el futuro, a fin de que la Corte de San José pueda, todavía más, legitimarse como el órgano central de interpretación del derecho común americano de los derechos humanos.

La integración entrecruzada horizontal de la jurisprudencia de los derechos humanos en América Latina, es decir, la comunicación jurisprudencial entre los jueces y tribunales latinoamericanos también es importante para la consolidación del derecho común americano. Además, el flujo multilateral de las interpretaciones sobre los derechos humanos armoniza la interpretación que los diversos Estados americanos desarrollan sobre el programa normativo interamericano de derechos humanos, favoreciendo, con eso, la

formación de una interpretación interamericana más sólida y que debe influenciar, necesariamente, el ejercicio del poder jurisdiccional por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No negamos la importancia de que haya también un flujo jurisprudencial horizontal entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo diálogo judicial en el tema de los derechos humanos es válido. Sin embargo, considerando que el «ámbito normativo» —según el concepto de Konrad Hesse— es más similar entre los Estados latinoamericanos, creemos que debe la Corte Interamericana, primero que todo, buscar la integración «interna» entre su jurisprudencia y la jurisprudencia constitucional de los diversos Estados de América Latina.

Conforme aludimos en algunos fragmentos de la presente tesis, muchos autores latinoamericanos cuestionan la obligatoriedad de la recepción total de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Tenemos un caso particular y radical en Venezuela, en que su tribunal máximo, el Tribunal Supremo de Justicia, ha negado insistentemente eficacia jurídica no solo a la jurisprudencia abstracta de la Corte de San José, sino también a sus sentencias y resoluciones concretas. Aunque rechacemos esos casos absurdos de total negación de la integración normativa, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos, debemos solucionar el tema de la vinculación necesaria entre la jurisprudencia interamericana de derechos humanos y el ejercicio de la jurisdicción constitucional por los tribunales latinoamericanos.

Aunque consideramos que la interpretación y la aplicación de las normas de derechos humanos (así como de otras normas jurídicas) dependen de la comprensión adecuada del contexto normativo (ámbito normativo) en que incide la norma, y a pesar de observar que existe un espacio nacional de conformación y concretización de las normas de derechos humanos, entendemos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser siempre respetada por los tribunales y jueces nacionales por tres motivos básicos: (i) existe, conforme demostramos en la tesis, valores y contextos constitucionales comunes entre los Estados latinoamericanos, lo que permite una aproximación de la interpretación común de los derechos humanos en América Latina; (ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el intérprete oficial de las normas del sistema interamericano de

derechos humanos; (iii) la interpretación de la Corte Interamericana se suma a las normas del sistema interamericano, debido al principio de la *cosa interpretada*.

Nuestra conclusión respecto a la necesidad de respeto y obediencia de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos no nos impide de reconocer que existe un espacio normativo para la concretización de las normas internacionales e interamericanas por los magistrados nacionales, considerando el principio de la apertura cultural de los derechos humanos.

Sobre ese tema, en primer lugar, debemos constatar que la Corte Interamericana, cuando decide en favor de una interpretación de las normas de derechos humanos, ya tiene considerada la noción del «margen nacional de apreciación», es decir, la Corte solo decide explícitamente en favor de una interpretación de la norma cuando ese resultado hermenéutico es necesario y la otra opción hermenéutica excluida no puede ser considerada compatible con ese margen legítimo de apreciación.

En segundo lugar, debemos concluir que no existe, necesariamente, una única forma de implementarse las normas interamericanas de derechos humanos según la interpretación oficial de la Corte Interamericana. En muchos casos contenciosos u opiniones consultivas, la propia Corte de San José no detalla el modo de cumplimiento de la norma, a fin de permitir un espacio de conformación jurídica más amplio para los Estados.

Por último, la aplicación de las normas internacionales e interamericanas de derechos humanos según la interpretación de la Corte Interamericana debe ser considerada un estándar mínimo de protección, que puede ser suplementado —*pro homine*— por los sistemas jurídicos de cada Estado y, por lo tanto, por la interpretación nacional —y constitucional— de las normas de derechos humanos. De hecho, el principio *pro homine* o *pro persona* debe ser aplicado no solo cuando haya un conflicto «puro» de normas nacionales y normas internacionales de derechos humanos, sino también cuando haya más de un entendimiento jurisprudencial admitido respecto a la aplicación de la norma de derechos humanos.

En conjunto con el principio *pro homine*, debe también ser aplicado el principio de la norma más favorable al ser humano. Así, siempre cuando se identifique, entre dos normas de ámbitos distintos —internacional y nacional—, una norma claramente más expansiva de los derechos humanos, debe esa norma más favorable ser aplicada, respetando, así, también la expansividad de los derechos humanos.

Con esas conclusiones, reafirmamos lo que ya defendemos en el tercer capítulo de la presente tesis: el principio del margen de apreciación, o de la apertura cultural/nacional de los derechos humanos, debe ser aplicado de una forma que no viole la universalidad de los derechos humanos y el principio *pro homine*. Su aplicación debe ser reducida y solo debe ser admitida, como medida necesaria de respeto al carácter multicultural de los derechos humanos, cuando hay más de una opción igualmente adecuada de interpretación del derecho humano y principalmente cuando están en confrontación, en el caso concreto, dos o más derechos humanos. Desde luego, no nos parece que pueda la doctrina del margen de apreciación nacional ser un instrumento de la *selectividad* de los derechos humanos, o sea, no puede tal doctrina ser invocada a fin de negar la protección de los derechos humanos contra actos estatales (o protegidos por el Estado) que atentan contra el ámbito necesario de tutela de los derechos humanos.

Debemos también concluir que, para que la integración latinoamericana de los derechos humanos produzca los efectos necesarios para la profundización de la protección de los derechos humanos en América Latina, hace falta que los Estados promuevan, por medio de todos los mecanismos procesales específicos o no específicos previstos en sus leyes internas, la máxima implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como (siempre y cuando sea posible) de las recomendaciones (y medidas cautelares) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, parafraseando a Ronald Dworkin¹⁵⁵⁷, hace falta «tomar en serio» los derechos humanos en América Latina, salir de la apariencia para la efectividad del respeto a los derechos humanos en la región.

A los Estados latinoamericanos debe corresponder no solo la garantía de que cesen las violaciones de los derechos humanos o de que se efective el pago de las

¹⁵⁵⁷ Estamos aquí parafraseando a Ronald Dworkin en su célebre obra: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, *passim*.

indemnizaciones debidas, sino también la garantía de que las normas de derechos humanos sean respetadas por los particulares y que esos individuos y entes privados sean asimismo ampliamente responsabilizados por las violaciones de los derechos humanos, principalmente en los casos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara el deber de punir las graves violaciones de derechos, como, por ejemplo, en los diversos casos de «terrorismo de Estado» mencionados abundantemente en la jurisprudencia de la Corte.

Para que se pueda implementar integralmente las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y para que se logre asimilar la jurisprudencia interamericana y también aplicar debidamente las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión Interamericana, es necesario que sean removidos todos los obstáculos nacionales contra esas implementaciones. Para que eso ocurra, es imprescindible, como ya mencionamos en diversos párrafos de la tesis doctoral, que se produzca en América Latina una superación de la noción clásica de la soberanía, en favor de la consolidación política, cultural y normativa del dogma de la supremacía de los derechos humanos. Solamente la concretización de ese fundamento absoluto de los derechos humanos puede crear las condiciones para la máxima integración cultural, política, social y económica en América Latina.

Un fenómeno que puede favorecer esa máxima implementación de las decisiones interamericanas, así como la consolidación de la integración jurisprudencial de los derechos humanos en el continente, es la fusión de los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales en América Latina. Podemos concluir, desde los hallazgos de nuestra investigación académica, que el reconocimiento progresivo del rango constitucional de las normas internacionales de derechos humanos incorporadas a los sistemas jurídicos de los Estados latinoamericanos proporciona una fusión entre los derechos fundamentales y los derechos humanos en América Latina.

Como resultado de esa fusión, los derechos humanos internacionalmente reconocidos pasan a disfrutar de los mismos mecanismos procesales internos (como, por ejemplo, los recursos de amparo) que son aptos para la defensa de los derechos fundamentales en cada Estado latinoamericano. Aunque no existan, en algunos sistemas jurídicos de la región, normas explícitas respecto al uso de esos recursos especiales en

favor de la tutela de los derechos humanos, el manejo de esos medios procesales debe ser efectivamente admitido, ya que la defensa de los derechos humanos, en esos casos, se hace en conjunto con la tutela de los derechos fundamentales establecidos en los textos constitucionales.

Respecto a la implementación y la ejecución de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debemos aquí repetir algunas conclusiones que alcanzamos en esta tesis doctoral. Primeramente, debemos señalar que las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana son *actos jurisdiccionales stricto sensu* y, según el artículo 68.1 de la CADH, los Estados signatarios de la convención «*se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*». Las decisiones de la Corte, pues, son absolutamente obligatorias y ejecutables. Por lo tanto, no pueden los Estados decidir si cumplen o no cumplen las decisiones de la Corte y cualquier acto u omisión estatal que viole esas decisiones debe ser considerado, interna o internacionalmente, una conducta estatal ilícita.

Debemos igualmente concluir que la implementación de tales decisiones y sentencias, así como el cumplimiento de las normas y los mandamientos proporcionados por el sistema interamericano de derechos humanos, no es un interés solo de la comunidad internacional, sino también de todo ciudadano del propio Estado. Por eso, la violación, por el Estado, de normas del sistema interamericano de derechos humanos afecta no solo al derecho de los titulares individuales de reparaciones o al derecho de otros Estados, sino también al derecho difuso de todos aquellos nacionales que optaron, históricamente, por vivir en un orden democrático que prima el respeto a los derechos humanos y a la dignidad humana.

En segundo lugar, es importante señalar que la principal prestación jurisdiccional de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una naturaleza declaratoria, es decir, esas decisiones, ante todo, son una declaración de la existencia o inexistencia de violaciones de derechos humanos. Esa declaración certifica, de modo absoluto, la ocurrencia o no de actos ilícitos, con todas las consecuencias que se puedan extraer de eso. Por eso, aunque la Corte no especifique las medidas concretas que deba adoptar el Estado a fin de corregir tal situación de ilicitud, este puede, por medio de procesos judiciales de su jurisdicción interna, ser responsabilizado de la violación de

derechos declarada por la Corte. Así, si la misma violación de derechos humanos es presentada a los órganos jurisdiccionales propios del Estado, el juez o tribunal competente para examinar el derecho violado no podrá decidir si existe o no la ilicitud declarada por la Corte, sino que deberá considerar y aplicar el fallo de la Corte Interamericana íntegramente y aplicar también los efectos jurídicos y prácticos que sean la consecuencia lógica de la existencia o inexistencia de la ilicitud declarada.

Otrosí, entendemos que el deber de cumplir fielmente las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una consecuencia lógica del principio de la buena fe internacional en la interpretación de los tratados internacionales. En efecto, si negamos el deber de cumplir fielmente las decisiones de la Corte Interamericana (y de intentar atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana), estaríamos declarando que el sistema interamericano de derechos humanos, como un todo, es ilusorio, lo que no puede ser admitido por fuerza del principio de la buena fe en la interpretación de los tratados internacionales.

En síntesis, concluimos, tal y como aseveró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su resolución de supervisión del cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, que la obligatoriedad y ejecutabilidad de sus sentencias y resoluciones es una consecuencia lógica y una norma clara de la CADH y alcanza no solo los puntos resolutivos, sino también todos los fundamentos que justifican esos puntos decisorios.

Respecto a la implementación de las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no podamos aplicar todas las conclusiones sobre la ejecución de decisiones de la Corte Interamericana, ya que los actos de la Comisión no son actos jurisdiccionales *stricto sensu*, debemos concluir que el incumplimiento de los actos de la Comisión genera contra el Estado una presunción *iuris tantum* (o sea, relativa) de violación del sistema interamericano de derechos humanos. Eso fue, *grosso modo*, lo que decidió la Corte de San José en su sentencia correspondiente al caso *Loayza Tamayo v. Perú* y también fue lo que ya decidió la Suprema Corte de Justicia de Argentina en el *habeas corpus* impetrado por Claudia Beatriz Acosta y otros (decidido en diciembre de 1998), o también el Tribunal Constitucional de Ecuador, en la acción de inconstitucionalidad referente al caso 42-2007-TC.

Igualmente y respecto a las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también debemos concluir que ellas producen efectos internos, es decir, son internamente exigibles y pueden ser objeto de demandas internas, funcionando como fundamento para la responsabilización del Estado (o mismo de particulares) por la violación de derechos humanos. Sin embargo, en esa implementación práctica interna, creemos que se debe reconocer más «fluidez», a diferencia de la ejecución de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana. A nuestro juicio, la satisfacción de las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión Interamericana no exige siempre y necesariamente actos y procedimientos formales; basta que sean realizados «los mejores esfuerzos» para su implementación en el ámbito interno de los Estados. Por otra parte, si la recomendación o la medida cautelar de la Comisión Interamericana es desconsiderada por el Estado, o si sus actos de implementación son claramente insatisfactorios, tal conducta estatal debe ser considerada una posible violación de derechos humanos, reconociéndose la presunción (*iuris tantum*) de ilicitud en el incumplimiento de esos actos de la Comisión. Contra esa presumible violación de derechos humanos pueden adoptarse internamente las medidas judiciales y extrajudiciales establecidas en la legislación nacional para la protección de los derechos subjetivos, así como puede, obviamente, ser enjuiciado un nuevo caso contra el Estado en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, sobre ese mismo tema, debemos registrar que está siendo reconocido y construido, en América Latina, el derecho —constitucional e internacional— al *amparo interamericano*, es decir, el derecho del individuo de recurrir a la Comisión Interamericana e, indirectamente, a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin, de complementariamente, garantizar el máximo respeto de los derechos humanos. Ese derecho de amparo interamericano se integra, por supuesto, con las demás garantías del proceso constitucional latinoamericano, a fin de garantizar la máxima eficacia de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana y también la máxima implementación de las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En conclusión, a lo largo de esta tesis doctoral, hemos observado diversos problemas en el reconocimiento del *status* normativo de las normas internacionales de

derechos humanos, así como obstáculos para la integración jurisprudencial de los derechos humanos y la implementación integral de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, también señalamos en nuestra tesis la innegable evolución y la apertura progresiva de los sistemas constitucionales latinoamericanos en favor de una integración más intensa con los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos.

Efectivamente, en un largo periodo histórico del siglo XX, los tribunales latinoamericanos ni siquiera aceptaban la aplicabilidad plena e inmediata de las normas internacionales de derechos humanos, o sea, negaban la aplicación de esas normas. Progresivamente, la fuerza normativa de esas normas ha sido reconocida internamente por los Estados de América Latina. Sucesivamente, entre el final del siglo pasado y el inicio del presente siglo, muchos Estados latinoamericanos pasaron a reconocer el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, ya fuera jurisprudencialmente, o mediante las reformas constitucionales. También gradualmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está siendo asimilada por los tribunales nacionales, así como las sentencias y resoluciones de la Corte están siendo ejecutadas e implementadas con más efectividad por las autoridades nacionales. Eso demuestra que estamos en un proceso evolutivo en América Latina que se dirige en favor de la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos y de su integración con los sistemas constitucionales latinoamericanos.

Esa evolución que notamos en la integración e implementación de normas de derechos humanos en América Latina es favorecida por la integración hermenéutica, jurisprudencial e institucional de los sistemas constitucionales con el sistema interamericano de derechos humanos y por el flujo creciente de influencias jurisprudenciales entre esos países y, como consecuencia, favorece también la integración cultural, social, política y económica de los pueblos latinoamericanos. A nuestro juicio, la existencia de un espacio abstracto común de entendimiento respecto a la existencia y a la amplitud de los derechos humanos es una condición propicia para la construcción de la *ciudadanía latinoamericana*, para la consecuente garantía de la igualdad jurídica de los *ciudadanos latinoamericanos* y para la comunicación y la convivencia armoniosa de los

pueblos que ya presentan una cultura semejante e intereses socioeconómicos y medioambientales convergentes, lo cual es una condición de (o, por lo menos, una circunstancia muy importante para) una integración latinoamericana todavía más amplia, verdadera e intensa.

En síntesis, ultimamos nuestra tesis doctoral con la conclusión de que estamos presenciando un complejo proceso de integración normativa, jurisprudencial e institucional de los derechos humanos en América Latina, que se intensificó en la segunda mitad del siglo XX y todavía no ha encontrado su momento histórico final.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABE, Masao: «The buddhist view of human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi Ahmed An-na'im, Jerald G. Dort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam-New York, Editions Rodopi, 2004.
- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- ADENEY, Frances S.: «Human rights and responsibility: christian perspectives» en *Christianity and human rights: influencias and issues*, editado por Frances S. Adeney y Arvind Sharma. Albany, State University of New York, 2007.
- ADRIASOLA, Gabriel: «El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia: luces y sombras del derecho penal de transición en materia de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales», en *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, coordinado por Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: «El diálogo judicial multinivel», en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, editado por Humberto Alcalá Nogueira, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013.
- ALEMANY VERDAGUER, Salvador: *Curso de derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1984.
- ALEXY, Robert: «Sobre los derechos constitucionales a protección», en *Derechos sociales y ponderación*, coordinado por Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- _____: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios

Constitucionales, 2001.

ALLARD, Julie: «Le dialogue des juges dans la mondialisation», en *Le Dialogue des Juges: Actes du Colloque Organisé le 28 Avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruselas, Bruylant, 2007.

ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia: «Los derechos y Constitución nacional», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

ALTAVILA, Jayme de: *Origem dos direitos dos povos*, 3ª ed., São Paulo, Melhoramentos, 1963.

ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando: «Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (I-XI-1998)», en *REDC*, n. 18, 1999.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do: *Curso de direito internacional público*, 3ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2012.

AMNISTÍA INTERNACIONAL: «La historia de Amnistía Internacional», disponible en: <http://www.amnesty.org/es/who-we-are/history>. Fecha de acceso: 30.6.2012.

AMOS, Merris: «The principle of comity and the relationship between british courts and the European Court of Human Rights», en *Yearbook of European Law*, v. 28, 2009.

ANDALUZ, Horacio: «El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 9, 2009.

ANDENAS, Mads, WEATHERALL, Thomas: «International Court of Justice: questions relations to the obligation to extradite or prosecute (Belgium v Senegal),

judgment of 20 July 2012», en *International & Comparative Law Quarterly*, v. 62, parte 3, 2013.

ANDRADA, Fátima: «Instituciones internas de protección de los derechos humanos», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos: «La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis*, año 9, n. 1, 2003.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed: «Towards an islamic hermeneutics for human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi Ahmed An-na'im, Jerald G. Dort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam-New York, Editions Rodopi, 2004.

ANTÓN GUARDIOLA, Carmen: «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus Airlines, 45036/98: derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 28, 2007.

AQUINO, Tomás de: *Suma de teologia: primeira parte*, Uberlândia, EDUFU, 2006.

ARDEN, Mary Howarth: «Peaceful or problematic? the relationship between national supreme courts and supranational courts in Europe», en *Yearbook of European Law*, v. 29, 2010.

ARENDT, Hannah: *A condição humana*, traducción al portugués de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010.

_____: *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*, Nueva York, Penguin Group, 2006.

ARMIJO SANCHO, Gilbert Antonio: «Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editado por Víctor Bazán y Claudio Nash, Bogotá, Konrad Adenauer, 2011.

_____: «La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica», en *Revista Ius et Praxis*, año 9, n. 1, 2003.

ARMSTRONG: Karen: *Uma história de Deus: quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo*, traducción de Marcos Santarrita, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, p. 91;

ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, v. I, traducción de Pedro Simon Abril, Villatuerta, Ediciones Folio, 1999.

_____: *Política*, traducción de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 2009.

AROUET, François-Marie (VOLTAIRE): *O filósofo ignorante*, traducción del francés al portugués de Paulo Neves, Porto Alegre, L&PM, 2013.

AYALA CORAO, Carlos M.: «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, Universidad de Talca, 2007.

_____: *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, FUNDAP, 2003.

AZZAM, Fateh: «Los derechos humanos en la implementación de los objetivos de desarrollo del milenio», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 2, 2005.

BÁEZ, Fernando: *El saqueo cultural de América Latina: de la conquista a la globalización*, México, Debate, 2008.

BÁEZ SAMANIEGO, César: «Ministerio Público y derechos humanos», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de

Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

BAHIA, Luiz Henrique Nunes, LEAL, Maria Cristina: «Globalização, integração regional e entraves na política social: uma visão comparada», en *América Latina em construção: sociedade e cultura — sec. XXI*, editado por Maria Teresa Toríbio Brittes Lemos, Alexis T. Dantas y Luis Henrique Nunes Bahia, Rio de Janeiro, 7Letras, 2006.

BAKSHI, Jyotsna: «Russian foreign policy», en *Indo-russian relations: prospects, problems and Russia today*, editado por V. D. Chopra, Delhi, Kalpaz Publications, 2001.

BALKIN, Jack M. *et alli*: *What «Brown v. Board of Education» should have said: the nation's top legal experts rewrite America's landmark civil rights decision*, editado por Jack M. Balkin, Nueva York, New York University Press, 2002.

BARROSO, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos: *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Titant lo Blanch, 2003.

BAUMAN, Zygmunt: *Modernidade líquida*, traducido al portugués por Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

BAZÁN, Víctor: «El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina», en *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, Santiago, 2010.

_____: «La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina», en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, 2007.

_____: «Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 11, n. 2, 2005.

- BEATTIE, Tina: «Christian teleology and the end of human rights», 2008, p.8, disponible en: <<http://sites.google.com/site/tinabeattie/SSTPAPER7.pdf>>. Fecha de acceso: 20.10.2014.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, CARPIZO, Jorge, CORSO SOSA, Edgar, LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio: «Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (amparo en revisión 1475/98)», en *Cuestiones Constitucionales*, n. 3, 2000.
- BECK, Ulrich, GRANDE, Edgar: *La Europa cosmopolita: sociedad y política en la segunda modernidad*, traducción de Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2006.
- BELLO, Andrés: *Principios de derecho internacional*, v. 4, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.
- BÉNAR, Georges: «Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension: essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme», en *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XXIe Siècle*, Bruselas, Bruylant, 1999.
- BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge: *Los derechos humanos como norma y decisión*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- BENCHIKN, Madjid: «La dignité de la personne humaine en droit international», en *La dignité de la personne humaine*, coordinado por Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, Paris, Economica, 1999.
- BERLIN, Isaiah: *Dos conceptos de libertad*, traducción de Ángel Rivero, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BEUCHOT, Mauricio: *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1994.
- BÍBLIA SAGRADA, traducción al portugués de João Ferreira de Almeida, São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán José: *Compendio de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

_____: «El sistema constitucional argentino», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, editado por Domingo García Belaude, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, Madrid, Editorial Dykinson, 1992.

_____: *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006.

BIJLERT, Victor A. van: «Raja Rammohun Roy's thought and its relevance for human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi A. An-Na'im, Jerald D. Gort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam, Editions Rodopi, 2004.

BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, v. 4, Chicago, University of Chicago Press, 1979, original de 1769.

BLAS, Patricio de, LA PUENTE, José de, SERVÍA, María Jesús, ROCA, Enrique, RIVAS, Ricardo: *Iberoamérica (1812-2012): de las independencias a la globalización*, Madrid, Edaf, 2013.

BOBBIO, Norberto: *L'Età dei Diritti*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOFF, Leonardo: *Cristianismo: o mínimo do mínimo*, Petrópolis, Editora Vozes, 2011.

BOGDANDY, Armin von, KOTTMANN, Matthias, ANTPÖHLER, Carlino, DICKSCHEN, Johanna, HENTREI, Simon, SMRKOLJ, Maja: «Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos», traducción de Ximena Soley Echeverría, en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

- BOGGIANO, Antonio: *Derecho internacional A.D. 2000: en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- BONET PÉREZ, Jordi: «1. Història i evolució de la protecció dels drets humans», en *Els drets humans al segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Victor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007.
- BORDIN, Luigi: «Judaísmo e filosofia em Emmanuel Lévinas: a escuta de uma perene e antiga sabedoria», en *Síntese Nova Fase*, v. 25, n. 83, 1998, disponible en: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/viewFile/695/1121>>. Fecha de acceso: 3.7.2011.
- BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles: *Princípios gerais de direito público*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1966.
- BREILLAT, Dominique: «L'incidence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la protection des libertés en France», en *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les droits de l'homme*, editado por la *Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.
- BREWER-CARÍAS, Allan R.: «La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.
- _____: «Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007.
- BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia: «A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais», 2005, disponible en: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais>>. Fecha de acceso:

2.5.2012.

BUERGENTHAL, Thomas: *A lucky child: a memoir of surviving Auschwitz as a young boy*, New York, Little, Brown and Company, 2009.

_____, NORRIS, Robert, SHELTON, Dinah: *Protecting human rights in the Americas: Selected Problems*, 2. ed., Estrasburgo: Engels, 1986.

_____, SHELTON, Dinah, STEWART, David P.: *International human rights in a nutshell*, 4ª ed., St. Paul, Wets Publishing Co., 2009.

BURG, Corstiaan J. G. van der: «Traditional hindu values and human rights: two worlds apart?», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi A. An-Na'im, Jerald D. Gort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam, Editions Rodopi, 2004.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence: «Sombras e luzes na constitucionalização da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia», traducido al portugués por Yara Maria Martins Nicolau Milan, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, 2005.

CAICEDO TAPIA, Danilo Alberto: «El bloque de constitucionalidad en el Ecuador: derechos humanos más allá de la Constitución», en *Revista de Derecho UASB-Ecuador*, n. 12, 2009.

CAIXETA ARRAES, Virgílio: «O Brasil e o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas: dos anos 90 a 2002», 2005, disponible en: <<http://www.scielo.org/pdf/rbpi/v48n2/a08v48n2.pdf>>. Fecha de acceso: 6.7.2012.

CALDERÓN MARENCO, Margine, CASTRO RIVERA, Edwin: *Derecho constitucional nicaragüense*, Managua, Ediciones Calderón-Castro, 2007.

CALMON, Pedro: *Curso de direito constitucional brasileiro: Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto,

2001.

_____: *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

_____: *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

_____: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1 y 2, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron G.: «La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución y la jurisprudencia de Nicaragua», en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana*, n. 15, 2011.

CARETTI, Paolo: *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, colaboración de Giovanni Tarli Barbieri, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2005.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

CARVALHO RAMOS, André de: «Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos», en *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, coordenado por Luiz Flávio Gomes y Valerio de Oliveira Mazzuoli, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____: *Direitos humanos em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2001.

_____: *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

_____: «O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia», 2011, disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>>. Fecha de acceso: 5.10.2014.

_____: *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*, Curitiba, Juruá Editora, 2012.

_____: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

CASMA, Júlio César: «Discriminados por hablar su idioma natal», en *El País*, edición de 16 de abril de 2014, disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/04/16/actualidad/1397683862_926411.html>. Fecha de acceso: 18.4.2014.

CASSESE, Antonio: *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

_____: *I diritti umani oggi*, Bari, Editori Laterza, 2009.

_____: *International law*, 2ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005.

CASTILLO, Mireya: *Derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

CATALDI, Giuseppe: «La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte Europea negli ordinamenti nazionali» en *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, editado por Andrea Caligiuri, Giuseppe Cataldi y Nicola Napoletano, Milano, CEDAM, 2010.

CEDE, Philipp: «Report on Austria and Germany», en *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, editado por Giuseppe Martinico y Oreste Pollicino, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010.

CLAES, Monica: «Constitutionalizing Europe at its source: the “european clauses” in national Constitutions: evolution and typology», en *Yearbook of European Law*, n.

24, 2005.

CLEARY, Thomas: *O essencial do Alcorão: o coração do Islã*, tradução de Pedro H. Berwick, São Paulo, Jardim dos Livros, 2008.

CHALLITA, Mansour: «Apresentação: o que você precisa saber para aproveitar plenamente a leitura do Alcorão», en *Alcorão: livro sagrado do Islã*, Rio de Janeiro, Editora Best Seller, 2010.

CHUECA SANCHO, Ángel G.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1999.

CLÉRIGO, Laura, RONCONI, Liliana Ronconi, ALDAO, Martín: «Jurisdicciones en interacción: ¿Hacia la expansión del principio de igualdad en Latinoamérica?», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____: *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

CONFUCIO: *Los cuatro libros*, traducción de Joaquín Pérez Arroyo, Barcelona, Paidós Editorial, 2002.

CONSEJO EJECUTIVO DE LA UNESCO: «The UNICEF Executive Board: An informal guide», 2011, disponible en: [http://www.unicef.org/about/execboard/files/Executive Board An Informal Guide - 2011 - FINAL2.pdf](http://www.unicef.org/about/execboard/files/Executive_Board_An_Informal_Guide_-_2011_-_FINAL2.pdf).

Fecha de acceso: 17.7.2012.

CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique: «A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45/2004», 2005, disponible en: <http://jus.com.br/artigos/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004>. Fecha de

acceso: 30.8.2014.

_____: «¿El Estado Constitucional Democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz?», Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-Estado-constitucional-democratico-de-derecho-en-espana-fue-institucionalizado-en-cadiz/html/1668a474-523d-11e1-b1fb-00163ebf5e63_4.html>. Fecha de acceso: 30.4.2012.

CORZO SOSA, Edgar: «Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento», en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editado por Edgar Corzo Sosa, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Pablo Saavedra Alessandri, México, Tirant lo Blanch, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe anual 2012*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf>. Fecha de acceso: 30.1.2014.

CÓVOLO, Mariana Laura, RODRÍGUEZ DE MESA, María Lorena: «La CELAC: entre la añoranza bolivariana y la falta de concreción latinoamericana», en *Densidades*, n. 14, 2013.

DALACOURA, Katerina: *Islam, liberalism and human rights*, 3ª ed., Nueva York, I. B. Tauris, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu: «A luta pelos direitos humanos», en *Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1934-1999*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

DALTON, James S.: «Human dignity, human rights and ecology: christian, buddhist and native american perspectives», en *Made in God's image: the catholic vision of human dignity*, editado por Regis Duffy y Angelus Gambatese, New Jersey, Paulist Press, 1999.

DAMROSCH, Lori Fisler, HENKIN, Louis, MURPHY, Sean D., y SMIT, Hans: *International law cases and materials*, 5ª ed., Nueva York, West Publishing, 2009.

- DARÍO BERGEL, Salvador: «La Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos», disponible en: <<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/35/39-03.pdf>>. Fecha de acceso: 17.7.2012.
- DAVID, René: *O direito inglês*, traducción al portugués de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- DÍAZ CREGO, María: «España ante el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinado por Javier García Roca y Pablo Santolaya, 2ª ed., Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid: «Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación?», en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, v. 77, 2012.
- DÍEZ BUESO, Laura: «La garantia dels drets en l'ordenament jurídic espanyol», en *Els drets humans al segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Victor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*, 17º ed., Madrid Editorial Tecnos, 2009.
- DOLINGER, Jacob: *Direito e amor*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2009.
- DONAYRE PINEDO, Miguel: *¿Nueva carta de navegación? Declaración Americana de Pueblos Indígenas: el persuasivo soft law indígena*, Lima, Defensoría del Pueblo de Perú, 2005.
- DONNELLY, Jack: «International human rights: a regime analysis», en *International Organization* v. 40, n.3, Cambridge, MIT Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», en *Ius et Praxis*, v. 9, 2003.

_____: *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 2000.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997.

ESCUADERO ALDAY, Rafael: «Los derechos del hombre y de la mujer en Mary Wollstonecraft», en *Historia de los derechos fundamentales, tomo II: siglo XVIII*, v. II, dirigido por Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Dykinson, 2001.

FARTUNOVA, Maria: «Report on Bulgaria», en *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, editado por Giuseppe Martinico y Oreste Pollicino, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010.

FASSÒ, Guido: *Storia della filosofia del diritto: I. Antichità e Medioevo*, 5ª ed., Roma, Editori Laterza, 2008.

_____: *Storia de la filosofia del diritto: II. L'Età Moderna*, 4ª ed., Roma, Editori Laterza, 2008.

FELDENS, Luciano: *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

FERNÁNDEZ VALLE: Mariano: «La Corte Suprema Argentina frente al legado de la última dictadura militar: Reseña del Fallo “Simón”», en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n. 2, 2006.

FERNHOUT, Rein: «Combating the enemy: the use of scripture in Gandhi and Godse», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi A. An-Na'im, Jerald D. Gort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam, Editions Rodopi, 2004.

- FERRAJOLI, Luigi: «I diritti fondamentali», en *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, coordinado por Ermanno Vitale, 3ª ed., Bari, Editori Laterza, 2008.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha: «O status hierárquico dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro», en *Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência*, organizado por Anna Candida da Cunha Ferraz et. al., Niterói, Impetus, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 1, 2004.
- FLEINER-GERSTER, Thomas: *Teoria geral do Estado*, traducción al portugués de Marlene Holzhausen, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- FLORES NEGRI, Elizabeth: «El papel del defensor en la internalización y aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.
- FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel: «Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 18, 2010.
- FORREST MARTIN, Francisco *et alli*: *International human rights and humanitarian law: treaties, cases & analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- FRANCIONI, Francesco: «The jurisprudence of international human rights enforcement: reflections on the italian experience», en *Enforcing international human rights in domestic courts*, editado por Benedetto Conforti y Francesco Francioni, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

- FRIEDRICH, Tatyana Scheila: *As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto: «Derecho internacional y derecho de los Estados: incorporación de los derechos humanos», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, 1996.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana: «Incidencia de los tratados y del *ius cogens* internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile» en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, v. 77, 2012.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira: *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- GALLAND, Yannick: «Constitución, tratados y mistificaciones», en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, editado Manuel José Cepeda, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- GALLI, Maria Beatriz, DULITZKY, Ariel E.: «A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos», en *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, editado por Luiz Flávio Gomes y Flávia Piovesan, São Paulo, Saraiva, 2000.
- GARAY BOZA, Norberto E.: «Gobernar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión rstructural de la pirámide kelseniana», en *Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 5, 2012.
- GARCÍA BORRÓN, Juan Carlos: «Los estoicos», en *Historia de la Ética — 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006.
- GARCÍA CAMPOS, Jorge Leonardo: «Olympe de Gouges y la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana», 2013, disponible en: <http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=429>. Fecha de acceso: 4.7.2014.

- GARCÍA-CORROCHANO, Luis: «Las normas internacionales y la Constitución: reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993», en *Agenda Internacional*, n. 31, 2013.
- GARCÍA GUAL, Carlos: «Los sofistas y Sócrates», en *Historia de la Ética — 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006.
- _____: «Platón», en *Historia de la Ética — 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: «La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala: orígenes y competencias», en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n. 8, 1994.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel: «La soledad de América Latina», 1982, disponible en: http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/03/actualidad/1396552129_445979.html.
Fecha de acceso: 18.4.2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ZANGHI, Claudio: «Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias», en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, editado por Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández Sánchez, Pablo Santolaya Machetti y Raúl Canosa Usera, Madrid, Thomson Reuters, 2012.
- GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.
- GELERNTER, David Hillel: *Judaism: a way of being*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- GISSI, Jorge, ZUBIETA, Elena, PÁEZ, Darío Páez: «La identidad social y cultural de América Latina», en *Psicología social*, editado por J. Francisco Morales, Darío Páez, Ana Lía Kornblit y Domingo Asún, Buenos Aires, Pearson Education, 2002.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades*, Madrid, Editorial Sanz y Torres, 2005.

- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo: *Inter-american judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-american adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.
- GONZÁLEZ FELDMANN, Cynthia: «La implementación de los tratados internacionales de derechos humanos por el Paraguay», en *El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos: análisis sobre la implementación de tratados y mecanismos de protección de los derechos humanos en Paraguay*, editado por Cynthia González Feldmann, Montevideo, Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de las Relaciones Exteriores y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe: «Las reformas recientes al sistema interamericano de derechos humanos», en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2013.
- GROS ESPIELL, Héctor: «Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional», en *Problemas actuales del derecho constitucional: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- _____: *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- GROUSSOT, Xavier: «“European rights” and dialogues in the context of constitutional pluralism», en *Human rights: their limitations and proliferation*, editado por Peter Wahlgren, Estocolmo, Stockholm Institution for Scandinavian Law, 2010.
- GUEVARA PALACIOS, Augusto: *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación constitucional y convencional*, San José, Bosch Editor e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012.
- GYATSO, Tenzin (Dalai Lama): *Océano de sabiduría*, traducción de Nuría Martí, Barcelona, Editorial Paidós, 2000.
- HÄBERLE, Peter: *Europäische Verfassungslehre*, 6ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

_____: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, prólogo y traducción de César Landa, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

_____: *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*, traducción al portugués de Carlos dos Santos, São Paulo, Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen Habermas: *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

HALVORSSSEN, Thor, EL-HAGE, Javier: «De George Washington a Evo Morales: el reeleccionismo en América», 27 de mayo de 2013, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/27/actualidad/1369606489_800894.html. Fecha de acceso: 30.1.2014.

HARO, Ricardo: «Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales», en *Corpus Iuris Regionis*, v. 6, 2006.

HENDERSON, Humberto: «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*», en *Revista IIDH*, v. 39, 2004.

HENRÍQUEZ UREÑA, Pedro: *Historia de la cultura en la América Hispánica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

HERNÁNDEZ, Ramón: *Los derechos humanos: Francisco de Vitoria*, Salamanca, Editorial San Esteban, 2003.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: «El sistema constitucional costarricense», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, editado por Domingo García Belaude, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, Madrid, Editorial Dykinson, 1992.

HERRERA FLORES, Joaquín: *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de la Catarata, 2005.

_____: *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989.

_____: *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*, traducción al portugués de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger y Jefferson Aparecido Dias, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

HESSE, Konrad: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, traducción al portugués (de la 20ª edición alemán) de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____: *Temas fundamentais do direito constitucional*, selección y traducción al portugués de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho, São Paulo, Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas: *Del ciudadano y Leviatán*, traducción de Enrique Tierno Gálvan y M. Sánchez Sarto, Madrid, Editorial Tecnos, 2007.

HOLLENBACH, David: *The global face of public faith: politics, human rights, and christian ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2003.

HUMAN RIGHTS WATCH: «Nuestra historia», disponible en: <http://www.hrw.org/es/node/75135>. Fecha de acceso: 2.7.2012.

HUME, David: *A treatise of human nature*, Digibooks.com Publishing (ebook), 2010.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Diálogo jurisprudencial*, volumes 2 a 10, 2007-2011.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY: «Evaluar la eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos», 2005, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIsp.pdf>. Fecha de acceso: 21.7.2012.

JACQUÉ, Jean-Paul: «Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unis: l'instabilité des rapports de système entre ordres

juridiques», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 69, 2007.

JASPERS, Karl: *Introdução ao pensamento filosófico*, traducción al portugués de Leonidas Hegenberg y Octanny Silveira da Mota, São Paulo, Editora Cultrix, 2010.

KAMEL, Ali: *Sobre o Islã: a afinidade entre muçulmanos, judeus e cristãos e as origens do terrorismo*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2007.

KAMSTRA: Jacques H.: «Shinkoku (divine country) and the violation of human rights», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi A. An-Na'im, Jerald D. Gort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam, Editions Rodopi, 2004.

KANT, Immanuel: *Crítica de la razón práctica*, traducción de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial Losada, 2007.

_____: *Crítica de la razón pura*, tomo II, traducción de Manuel G. Morente, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

_____: *En defensa de la Ilustración*, traducción de Javier Alcoriza y Antonio Lastra, Barcelona, Alba Editorial, 1999.

_____: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Köln, Anaconda, 2008.

_____: *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 2008.

KELSEN, Hans: *A paz pelo direito*, traducción de Lenita Ananias do Nascimento, São Paulo, Martins Fontes, 2011.

_____: *Princípios do direito internacional*, traducción al portugués de Ulrich Dressel, Gilmar Antonio Bedin y Arno dal Ri Júnior, Ijuí, Editora Unijuí, 2010.

_____: *Teoria geral do direito e do Estado*, traducción al portugués de Luís Carlos Borges, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

_____: *Teoria pura do direito*, traducción al portugués de João Baptista Machado, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.

KI-MOON, Ban: «Opening remarks at news conference», 2008, disponible en: http://www.un.org/apps/news/infocus/speeches/search_full.asp?statID=176.

Fecha de acceso: 9.7.2012.

_____: «Prólogo del Secretario General al informe anual del PNUMA», en *Informe anual 2010*, PNUMA, 2011, disponible en: http://www.unep.org/pdf/UNEP_ANNUAL_REPORT_2010_SP.pdf. Fecha de acceso: 19.7.2012.

KIRKHAM, Richard M.: «The constitutional role of the ombudsman», en *The International Ombudsman Yearbook*, v. 10, 2006.

KLARMAN, Michael J.: *Brown v. Board of Education and the civil rights movement*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

KNIGHT, Franklin W.: «La Revolución Americana y la Haitiana en el hemisferio americano, 1776-1804», disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3797054>. Fecha de acceso: 22.4.2012.

KONVITZ, Milton Ridvas (editor): *Judaism and human rights*, 2ª ed., New Jersey, Transaction Publishers, 2001.

KRELL, Andreas J.: «Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa», en *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, out/dez 1999.

LACHAUME, Jean-François: «Les incidences des jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg sur le droit administratif français», en *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les droits de l'homme*, editado por la *Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

LAFER, Celso: *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

_____: «Prefacio», en *Direitos humanos e justiça internacional*, 2ª ed., São Paulo,

Saraiva, 2011.

LAFONT, Julio B.: *Historia de la Constitución argentina*, tomos I y II, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial F.V.D., 1950.

LANGE, Roel de: «The european public order, constitucional principles and fundamental rights», en *Erasmus Law School Review*, v. 1, n. 1, 2007.

LAS CASAS, Bartolomé de: «De Regia Potestate», en *Obras completas*, v. 12, edición de Jaime González Rodríguez e introducción de Antonio-Enrique Pérez Luño, Madrid, Alianza Editorial, 1990.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro: *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *El Derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, 1976.

LEGG, Andrew: *The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

LEITE SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio: *Direitos fundamentais*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

LINCOLN, Abraham: *His essencial wisdom*, editado por Carol Kelly-Gangi, New York, Fall River Press, 2007.

LINDHOLT, Lone: «Universities and national human rights institutions: the independent human rights actors», en *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjærum*, editado por Rikke Frank Jørgensen y Klaus Slavensky, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007.

LLEDÓ, Emilio: «El Mundo Homérico» en *Historia de la Ética — 1. De los griegos al Renacimiento*, editado por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 2006.

LOCKE, John: *Second treatise of the government*, Indianopolis, Hackett Publishing Company, 1980.

- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina: «El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos», en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, editado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- LOSANO, Mario Giuseppe: *Os grandes sistemas jurídicos*, traducción al portugués de Marcela Varejão, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- LOUIS, Jean-Victor: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5ª ed., Bruselas, Comisión Europea, 1995.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto: «O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas», en *Integração normativa: o direito em um contexto multicultural e multilíngue*, editado por Evandro Menezes de Carvalho e Rosalind Greenstein, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013.
- MAHONEY, Jack: *The challenge of human rights: origin, development and Significance*, Malden-Oxford, Blackwell Publishing, 2007.
- MALDONADO AGUIRRE, Alejandro: «Guatemala: recepción del derecho internacional de los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001.
- MALUSCHKE, Günther: «Desenvolvimento histórico dos direitos humanos», en *Themis*, v. 2, n. 1, 1998.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: «El compromiso de los derechos fundamentales», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, editado por Araceli Mangas Martín, Madris, Fundación BBVA, 2008.
- _____, LIÑAN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.
- MANN, Thomas: *Ouvintes alemães! Discursos contra Hitler (1940-1945)*, traducción al portugués de Antonio Carlos dos Santos y Renato Zwick, Rio de Janeiro, Zahar, 2009.

- MAOZ, Asher: «Can judaism be a source for human rights?», 2005, disponible en <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=taulwps>>. Fecha de acceso: 12.7.2011.
- MARCEL, Mario, RIVERA, Elizabeth: «Economia política das receitas fiscais e políticas sociais na América Latina», en *América Latina, desafios da democracia e desenvolvimento: governabilidade, globalização e políticas econômicas para além da crise*, v. 1, editado por Fernando Henrique Cardoso y Alejandro Foxley, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- MARÍN AÍS, José Rafael: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma: el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 44, 2013.
- MARSHALL, Christopher: «A little lower than angels: human rights in the biblical tradition», en *Human rights and the common good: christian perspectives*, editado por Bill Atkin y Katrine Evans, Wellington, Victoria University Press, 1999.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en *Derechos fundamentales y Constitución*, coordinado por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo, Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca: «Los derechos humanos como derechos fundamentales: del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual», en *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, coordinado por Jesús Ballesteros, Madrid, Editorial Tecnos, 1992.
- MARX, Karl: *Capital: A critique of political economy*, traducción de Samuel Moore y Edward Eveling, Chicago, Charles H. Kerr & Company, 1909.
- _____: *Crítica del Programa de Gotha*, disponible en <http://juventud.psu.org.ve/wp-content/uploads/2009/05/critica-al-programa-de-gotha-marx.pdf>. Fecha de acceso: 6.2.2011.

_____, ENGELS, Frederick: *Manifiesto del Partido Comunista*, 1848, disponible en: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Marx/El%20manifiesto%20comunista.pdf>.

Fecha de acceso: 23.4.2012.

MAURER, Béatrice: «Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central», en *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, editado por Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

MAYER, Ann Elizabeth: *Islam and human rights*, 4ª ed., Boulder, Westview Press, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira: *Curso de direitos humanos*, Rio de Janeiro, Método, 2014.

MCDOUGAL, Myres S., BEBR, Gerhard: «Human rights in the United Nations», en *The American Journal of International Law*, v. 58, 1964.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand: *Les Constitutions de la France de la Révolution à la IV République*, Paris, Dalloz, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque: *Direito constitucional internacional: uma introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

MÉNDEZ, Juan E., DULITZKY, Ariel: «Medidas cautelares y provisionales», en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 2, n. 1, 2004.

MENDIA, Irantzu: «Cruz Roja: movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», disponible en: <http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%203%20Escenarios%20y%20actores/3.2%20Actores/3.2.2%20Movimiento%20de%20la%20cruz%20roja..pdf>. Fecha de acceso: 23.4.2012.

MENDONÇA FILETI, Narbal Antônio: «O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações», disponible en: http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL_AMBAMATRA.pdf. Fecha de acceso: 2.6.2012.

- MEYER-BISCH, Patrice: «D'une succession de générations à un système des droits humains», en *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruselas, Bruylant, 1999.
- MICHAEL, Lothar: «The double conflict: human rights in conflict within and between legal systems», en *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. 4, 2009.
- MIRANDA, Jorge, y NATCHEFF, Viviane Del Carpio: «Particularidades del origen de la lengua en la protolengua andina», en *Los pueblos indígenas y la integración andina*, editado por la Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2008.
- MIKUNDA FRANCO, Emilio: *Derechos humanos y mundo islámico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela: «La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las constituciones suramericanas», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.
- MORAWA, Alexander H. E., SCHREUER, Christoph: «The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: a view from Austria», en *Enforcing international human rights in domestic courts*, editado por Benedetto Conforti y Francesco Francioni, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- MORENO GARCÍA, Julia: «Nota bibliográfica sobre comercio de esclavos, esclavitud y abolicionismo», en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, n. 8, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1987.
- MOSS, Lawrence: «Opportunities for nongovernmental organization advocacy in the Universal Periodic Review process at the UN Human Rights Council», en *Journal of Human Rights Practice*, v. 2, n. 1, 2010.
- MÜLLER, Friedrich: «Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy,

Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

MUÑOZ TORRES, Víctor Rodrigo: «Jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos en la Carta de 1980», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n. 8, 2000.

NADER, Lucia: «El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 7, 2007.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do: «Jurisdição constitucional na América do Sul: apontamentos de direito constitucional comparado», 2007, disponible en la siguiente página: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15822-15823-1-PB.pdf>>. Fecha de acceso: 21.1.2014.

NEIER, Aryeh: *International human rights movement: a history*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2012.

NERUDA, Pablo: *Obras completas*, v. I, Barcelona, Opera Mundi, 1999.

NEVES, Marcelo: «Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina», en *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014.

NIEMBRO ORTEGA, Roberto: «Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

NIFOSI, Ingrid: *The UN Special procedures in the field of human rights*, Oxford, Intersentia, 2005.

NIKKEN, Pedro: «El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno», en *Revista IIDH*, v. 57, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: «Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Diálogo judicial*

multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad, editado por Humberto Alcalá Nogueira, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013.

_____: «El sistema constitucional chileno», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, editado por Domingo García Belaude, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, Madrid, Editorial Dykinson, 1992.

_____: «Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000.

_____: «Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia», en *Corpus Iuris Regionis*, v. 6, 2006.

NOVAK, Fabián, SALMÓN, Elizabeth: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

NOWOSAD, Orest J. W.: «National Human Rights Institutions into the 21st century», en *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjærum*, editado por Rikke Frank Jørgensen y Klaus Slavensky, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007.

NOZICK, Robert: *Anarchy, State and utopia*, Oxford, Blackwell, 2001.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto: *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010.

OESTREICH, Gerhard: *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, traducido para el italiano por Gustavo Gozzi, Roma, Editori Laterza, 2007.

OFICINA REGIONAL DE LA FAO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: «Guía para legislar en materia del derecho a la alimentación», 2008, disponible en: <http://www.fao.org/alc/legacy/iniciativa/pdf/guida.pdf>. Fecha de acceso:

16.7.2012.

OLMOS GIUPPONI, María Belén: *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT): «Trabajo decente y juventud en la América Latina: políticas para la acción», Lima, 2013, disponible en la página: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_235577.pdf>. Fecha de acceso: 14.2.2014.

ORREGO VICUÑA, Francisco: *La integración política: su realidad, su necesidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

PAINE, Thomas: *Common sense, Rights of man, and others essential writings of Thomas Paine*, Nueva York, Penguin Books, 2003.

_____: *The Rights of man*, Adelaide, University of Adelaide Library (ebook), 2009, disponible en: <<http://ebooks.adelaide.edu.au/p/paine/thomas/p147r/complete.html>>. Fecha de acceso: 15.4.2012.

PARDO FALCÓN, Javier: «Una globalización urgente y necesaria: la de los derechos humanos», en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 17, 2007.

PARIS, Marie-Luce: «Europeanization and constitutionalization: the challenging impact of a double transformative process of french law», en *Yearbook of European Law*, v. 29, 2010.

PARSONS, Talcott: *El sistema social*, 3ª ed, traducción de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1959.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio: *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Derechos Fundamentales, 1993.

_____. (coord.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001.

- PEDRAZZI, Marco: «La CEDU nell'ordinamento italiano» en *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, editado por Andrea Caligiuri, Giuseppe Cataldi y Nicola Napolitano, Milano, CEDAM, 2010.
- PEÑA TORRES, Marisol: «La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno», en *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 1, 2008.
- PEREIRA VECINO, Magdalena: «Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 18, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.): *Derechos humanos ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- _____: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- _____: «Estudio preliminar al tratado de *De Regia Potestate*», en Bartolomé de las Casas, *Obras Completas*, v. 12, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- _____: *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009.
- _____: *Derechos fundamentales*, 9ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., revisada por Manuel Carrasco Durán, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- PERRONE, Nicolás M., BARRAL, Welber: «El Parlamento del Mercosur. ¿Un avance hacia la institucionalización? », en *Agenda Internacional*, n. 25, 2007.
- PETSONK, Carol Annette: «The role of the United Nations Environment Programme (UNEP) in the development of international environmental law», en *American University International Law Review*, v. 5, 1990.

PFRSMANN, Otto: *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*, tradução al português de Alexandre Coutinho Pagliarini, São Paulo, Saraiva (Série IDP), 2014.

PINARD, Gustavo E.: *Los derechos humanos en las constituciones del Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

PINHEIRO, Vinícius C.: «Modelos de desenvolvimento e políticas sociais na América Latina em uma perspectiva histórica», en *Planejamento e políticas públicas*, n. 12, 1995.

PIOVESAN, Flávia: «A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas» in *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, org. César Augusto Baldi, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

_____: «Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano», en *Estudos avançados de direitos humanos*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

_____: *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

_____: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

_____: *Direitos humanos e justiça internacional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

_____: «Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional», en *Doutrina essenciais — direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*, v. 6, coordenado por Flávia Piovesan y Maria Garcia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____: «Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos: a Convenção Americana de Direitos Humanos», en *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coordenado por Luiz Flávio Gomes e Flávia

Piovesan, São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 2000.

_____: *Temas de direitos humanos*, 1ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1998.

PIZZOLO, Calogero: *Sistema interamericano*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2007.

PLATÓN: «Critón, o del deber», en *Grandes obras del pensamiento*, traducción de Francisco García Yagüe, Madrid, El País, 2010.

_____: «Defensa de Sócrates», en *Grandes obras del pensamiento*, traducción de Francisco García Yagüe, Madrid, El País, 2010.

_____: *Gorgias*, s.f., disponible en <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000468.pdf>>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Garra, mão e dedo*, Campinas, Bookseller, 2002.

POPELIER, Patricia: «Report on Belgium», en *The national judicial treatment of the ECHR and EU laws: a comparative constitutional perspective*, editado por Giuseppe Martinico y Oreste Pollicino, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

QUERENGHI, Giuseppe: «OIT: trinidad laboral», en *Revista Nueva Sociedad*, n. 70, 1984.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando: *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010.

QUIROGA LEÓN, Aníbal: *El debido proceso legal en Perú y el sistema interamericano de derechos humanos*, Lima, Jurista Editores, 2003.

RACKMAN, Emanuel: «Judaism and equality» en *Judaism and human rights*, 2ª ed., New Jersey, Transaction Publishers, 2001.

- RAGAZZI, Maurizio: *The concept of international obligations erga omnes*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro: *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, SANCHEZ BARROSO, José Antonio: «La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 27, 2012.
- RAWLS, John: *El liberalismo político*, traducción de Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 2004.
- _____: *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, traducción de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2009.
- _____: *The Law of Peoples: with the idea of the public reason revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- REY CANTOR, Ernesto, REY ANAYA, Ángela Margarita: *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- REYES, Elizabeth: «Santos ratifica la destitución inmediata del alcalde de Bogotá», en *El País*, 20 de marzo de 2014, disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/20/actualidad/1395277000_493411.html>. Fecha de acceso: 20.3.2014.
- REYES TERÁN, Carla Fiorella Francesca: «Perú: seguimiento de las decisiones de los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, editado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2006.

RIBEIRO, Darcy: *A América Latina existe?*, Brasília, Editora UnB, 2010.

RICOBOM, Gisele: «A integração latino-americana e o diálogo intercultural: novas perspectivas a partir da universidade», en *Cultura e comunicação na América Latina: integrar para além do mercado*, editado por Dennis de Oliveira, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2012.

RÍOS ALVAREZ, Lautaro: «Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos», en *Gaceta Jurídica*, n. 215, 1998.

RIPOL CARULLA, Santiago: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, Editorial Atelier, 2007.

_____: «Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH», en *REDC*, n. 79, 2007.

RISSO FERRAND, Martín: «Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman: después de la declaración de inconstitucionalidad de la ley interpretativa 18831», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

RODRIGUEZ JORDAN, Marcelo: *Tratados internacionales de derechos humanos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina Editorial, 2005.

ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo: «Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno guatemalteco», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001.

_____: «Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 16, 2010.

- ROLLA, Giancarlo: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lima, Grijley, 2008.
- ROUSSEAU, Dominique: «L'intégration de la Convention Européenne des Droits de L'Homme au bloc de constitutionnalité», en *Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de L'Homme: droits et libertés en Europe*, editado por Dominique Rousseau y Frédéric Sudre, Montpellier, Éditions STH, 1989.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Del contrato social y discursos*, traducción de Mauro Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- ROZNAI, Yaniv: «The theory and practice of “supra-constitutional” limits on constitutional amendments», en *International & Comparative Law Quarterly*, v. 62, parte 3, 2013.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional», en *El núcleo duro de los derechos humanos*, coordinado por Antonio Marzal, Navarra, J. M. Bosch Editor, 2001.
- SACHEDINA, Abdulaziz: *Islam and the challenge of human rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SALAMA, Ibrahim: «Introduction to the Universal Periodic Review process»: en *Universal Periodic Review of human rights: towards best practice*, editado por Purna Sen, Londres, Commonwealth Secretariat, 2009.
- SALINAS ALCEGA, Sergio: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, Editorial Iustel, 2009.
- SAN AGUSTÍN: *La ciudad de Dios*, disponible en: <http://es.wikisource.org/wiki/La_ciudad_de_Dios_XIX>. Fecha de acceso: 12.4.2012.

- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique: *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, México, Editorial Porrúa, 2001.
- SANDEL, Michael J.: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, tradução al português de Heloísa Matias y Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012.
- SANTIAGO NINO, Carlos: *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang: «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», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.
- _____: «As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível», en *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, editado por Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- _____: «Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência», en *RBCCRIM*, n. 47, 2004.
- _____: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- _____: «Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira», en *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 25, n. 55, 2002.
- SARMENTO, Daniel: *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- SAURA ESTAPÀ: Jaume: «El sistema de les Nacions Unides de protecció del drets humans», en *Els drets humans al segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Victor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007.

- _____: «La universalització dels drets humans», en *Els drets humans al Segle XXI*, coordinado por Jordi Bonet Pérez y Victor M. Sánchez, Barcelona, Huygens Editorial, 2007.
- SCHOLLER: Heinrich: «Constituição e direito no processo da globalização: a transição do Estado Social e da economia planificada para uma economia de mercado», en *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, editado por Ingo Wolfgang Sarlet, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- SCHWABE, Jürgen: *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*, editado por Leonardo Martins y traducido al portugués por Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro y Vivianne Gerales Ferreira, Montevideu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SEGOVIA, Juan Fernando: *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SEIDERMAN, Ian D.: *Hierarchy in international law: the Human Rights Dimension*, Amberes, Intersentia-Hart, 2001.
- SEIXAS, Renato: «Identidade cultural da América Latina: conflitos culturais globais e mediação simbólica», en *Cadernos PROLAM/USP*, ano 8, v. 1, 2008.
- SELLARS, John: *Stoicism*, Los Angeles, University of California Press, 2006.
- SEN, Amartya: *La idea de justicia*, traducción de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus Pensamiento, 2010.
- SENECA, Lucius Annaeus: *As relações humanas: a amizade, os livros, a filosofia, o sábio e a atitude perante a morte* (título original: *Ad Lucilium Epistulae Morales de Lucius Annaeus Seneca*), traducción del francés al portugués y selección de Renata Maria Parreira Cordeiro, 2ª ed., São Paulo, Landy Editora, 2007.
- SERNA, Mercedes: *Poesía colonial hispanoamericana (siglos XVI y XVII)*, Madrid, ediciones Cátedra, 2004.

- SHAW, Malcolm N.: *Direito internacional*, traducción al portugués de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento y Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2010.
- SHETTY, Salil: «Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: oportunidades para los derechos humanos», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 2, 2005.
- SICHRA, Inge: *La vitalidad del quechua: lengua y sociedad en dos provincias de Cochabamba*, La Paz, Plural Editores, 2003.
- SILVA, André Luís Reis, SILVEIRA, Isadora Loreto da: «Da ALCA à CELAC: o Brasil e os desafios da integração continental», en *Brazilian Journal of International Relations*, v. 1, nº 3, 2012.
- SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- SILVA, Padmasiri: «Human rights in buddhist perspective», en *Human rights and religious values: an uneasy relationship?*, editado por Abdullahi A. An-Na'im, Jerald D. Gort, Henry Jansen y Hendrik M. Vroom, Amsterdam, Editions Rodopi, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da: *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- SILVA GARCÍA, Fernando: *Derechos humanos: efectos de las sentencias internacionales*, Ciudad del México, Editorial Porrúa, 2007.
- SLOSS, David: «Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis», en *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, editado por David Sloss, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- SMITH, David: *Hinduism and modernity*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- SOBRINO GUIJARRO, Irene: «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, v. 3, n. 2, 2013.

- SÓFOCLES: *Édipo Rei e Antígona*, traducción al portugués de Jean Melville, São Paulo, Martin Claret, 2007.
- SOTTAS, Eric: «Núcleo duro: ¿fortalecimiento o límite de lo esencial?», en *El núcleo duro de los derechos humanos*, coordinado por Antonio Marzal, Navarra, J. M. Bosch, 2001.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de: «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», traducido por Libardo José Ariza, en *El Otro Derecho*, n. 28, Bogotá, 2002.
- STEVENSON, Leslie, HABERMAS, David I.: *Dez teorias da natureza humana*, traducción al portugués de Adail Ubirajara Sobral, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- SZYMCZAK, David: *La Convention Européenne des Droits de L'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruselas, Bruylant, 2007.
- TAKÁCS, Imre: «The guarantees of human rights», en *Human rights in today's Hungary*, editado por Marta Katona Soltész, Budapest, Mezon, 1990.
- TARRAGÓ, Myriam: «La historia de los pueblos circumpuneños en relación con el altiplano y los Andes meridionales», en *Estudios Atacameños*, n° 7, 1984.
- TAVERNIER Paul: «L'indivisibilité des droits de l'homme», en *Annuaire International des Droits de L'Homme*, v. 4, 2009.
- TEIXEIRA, Sónia: *A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.
- TEREL BECERRA, Manuel José, ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando, BARRERO ORTEGA, Abraham: *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- TOMUSCHAT, Christian: «¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?», en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, editado por Armin von

Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

TRAVIESO, Juan Antonio: *Derechos humanos y jurisprudencia: doctrina y legislación argentina e internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 1998.

TRIBE, Laurence H.: *American constitutional law*, v. I, 3ª ed., New York, Foundation Press, 2000.

TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia de la filosofía del derecho y del Estado — vol. I: de los orígenes a la Baja Edad Media*, 14ª ed., Madrid, Alianza Universidad Textos, 2004.

UGARTE, Carolina, NAVAL, Concepción: «Propuestas metodológicas para la educación en derechos humanos en los textos de las Naciones Unidas y la UNESCO», en *Revista Panamericana de Pedagogía*, v. 7, 2005.

URIBE VARGAS, Diego: «Karel Vasak y la tercera generación de derechos humanos», en *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruselas, Bruylant, 1999.

URIOS MOLINER, Santiago: «Garantías de los derechos humanos: la protección internacional de los derechos humanos», en *Manual de derechos humanos*, coordinado por Paloma Durán Lalaguna, Granada, Editorial Comares, 1993.

VECCHIO, Giorgio del: *História da filosofia do direito*, traducción de João Batista da Silva, Belo Horizonte, Editor Líder, 2006.

VENGOECHEA-BARRIOS, Juliana: «The Universal Periodic Review: a new hope for international human rights law or a reformulation of errors of the past?», en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 12, 2008.

VENTURA ROBLES, Manuel E.: «Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», tomo II, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

_____ : «La necesidad de establecer en la Organización de los Estados Americanos un grupo de trabajo permanente dedicado a supervisar el cumplimiento, por parte de los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, de las sentencias y medidas provisionales que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos», 2005, disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31023.pdf>>. Fecha de acceso: 30.1.2014.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.

VILJOEN, Frans: *International human rights law in Africa*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

VILLALOBOS UMAÑA, José Miguel: «El valor jurídico de los convenios internacionales sobre derechos humanos en el sistema constitucional costarricense», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000.

VILLAN DURAN, Carlos: *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002.

_____ : «Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 5, 2006.

_____, FALEH PÉREZ, Carlos: *Prácticas de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2006.

VILLA-VICENCIO, Charles: «Christianity and human rights», en *Journal of Law and Religion*, v. 14, n. 2, 1999-2000.

VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis: *La Constitución y los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998.

WALZER, Michael: *Tratado sobre la tolerancia*, traducción de Francisco Álvarez, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998.

WEIS, Carlos: *Direitos humanos contemporâneos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

WEISSBRODT, David: «National Human Rights Institutions», en *Implementing human rights: essays in honour of Morten Kjærum*, editado por Rikke Frank Jørgensen y Klaus Slavensky, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2007.

WILDE, Ralph Wilde: «Quis custodiet ipsos custodes?: why and how UNHCR governance of “development” refugee camps should be subject to international human rights law», en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 1, 1999.

WOLLSTONECRAFT, Mary: *A vindication of rights of men, in a letter to the honorable Edmund Burke*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

_____: *Thoughts on the education of daughters: with reflections on female conduct, in the more important duties of life*, Londres, Oxford University, 1787, disponible en: <http://books.google.com.br/books?hl=ptPT&lr=&id=hVIJAAAQAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=education+autor:Wollstonecraft&ots=77tJmqyEH5&sig=m6H3SehLYdfgV6sD43OJCm2f0pQ#v=onepage&q&f=false>. Fecha de acceso: 28.10.2012.

_____: *Vindicación de los derechos de las mujeres*, traducción de Marta Lois González, Madrid, Ediciones Istmo, 2005.

YOUROW, Howard Charles: *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.

ZOVATTO, Daniel: «Avanza la reelección presidencial en América Latina», 2004, disponible en: <http://www.observatorioelectoral.org/informes/tendencias/?id=22>. Fecha de acceso: 10.2.2014.