

**FUNDACIÓN OBSERVATORIO DE
DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA**
EDITOR

RUBÉN DARIO CUELLAR SUÁREZ
COORDINADOR

Vol.- **2**

Análisis & Reflexiones



ANÁLISIS & REFLEXIONES

Nº 2



DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA

ANÁLISIS
&
REFLEXIONES
Número 2
Segundo Semestre 2016

DIRECTORIO

José Antonio Rivera Santivañez
Rubén Darío Cuéllar Suárez
Julieta Montaña Salvatierra
Fernando Cuéllar Núñez
Eliana Roca Serrano

DIRECCIÓN

Avda. Monseñor Rivero Nro. 359, Edificio Milenio, Primer Mezzanine, Of. 5
Telf.: 591-3-3256512
Santa Cruz de la Sierra – Bolivia

El contenido de la presente edición, expresa la opinión de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio físico o electrónico, sin la autorización previa de la Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia.

© Derechos de Autor

Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia
Nro. 2 – 2016

Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia
Avda. Monseñor Rivero Nro. 359, Edificio Milenio, Primer Mezzanine, Of. 5
Telf.: 591-3-3256512
Email: contacto@ddhhyjusticia.org
www.ddhhyjusticia.org
Santa Cruz de la Sierra – Bolivia

Depósito Legal: 2-3-117-16
ISBN: 978-99974-67-26-3

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	1
<i>Rubén Darío Cuéllar S.</i>	
EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA: DESARROLLO, DIFICULTADES Y DESAFÍOS.....	5
<i>José Francisco Eguiguren P.</i>	
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO. LOGROS Y DILEMAS EN SU APLICACIÓN	31
<i>Fernando Alberto Rey Cruz</i>	
ESTÁNDARES MÍNIMOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y JUICIO JUSTO	69
<i>Claudio Nash Rojas</i>	
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA	139
<i>José Antonio Rivera S.</i>	
PANORAMA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN ARGENTINA, CON ÉNFASIS EN LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	183
<i>Víctor Bazán</i>	
LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ¿MITO O REALIDAD?.....	251
<i>Gilbert Armijo</i>	

PRESENTACIÓN

En 2009, Bolivia –como la mayoría de los Estados Latinoamericanos– incorpora a su texto constitucional, un amplio catálogo de derechos humanos y fundamentales. Esta importante incorporación, ha dado lugar a un desarrollo legislativo no menos significativo. Sin embargo, la realidad cotidiana nos muestra que, a pesar de los avances, la sensación generalizada de la población apunta a que, en materia de Derechos Humanos, venimos sufriendo retrocesos y deterioros alarmantes.

Esta es una constatación de que el reconocimiento de dichos derechos y el establecimiento de garantías constitucionales para su cumplimiento, no es suficiente para asegurar el efectivo goce de los mismos. Nuestro Estado ha suscrito y ratificado la gran mayoría de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, pero eso tampoco es suficiente a la hora de invocar su respeto; de ahí nuestra preocupación y nuestro deseo de contribuir para que esta situación se revierta.

La ***Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia*** tiene el enorme placer de compartir el segundo número de la serie ***Reflexiones & Análisis***, esta vez dedicado al tema de protección de los derechos humanos, tanto desde la perspectiva constitucional boliviana, como desde la perspectiva del sistema de protección americano.

Persuadidos pues de que en nuestro país existe un marcado déficit de formación en materia de derechos humanos, hemos pedido a un muy selecto grupo de especialistas que escriban textos que –estamos totalmente convencidos– serán de consulta permanente, respecto los principales estándares de protección a los derechos humanos y los desarrollos normativos que aún debemos realizar. Cinco de los seis autores son extranjeros, ello nos permite conocer sus ricas experiencias, relativas a cómo han desarrollado en sus respectivos países procesos y políticas destinadas a asegurar el respeto de los derechos humanos, para que dejen de ser una mera referencia valórica y se concrete su efectivo cumplimiento.

Así, el Dr. ***Francisco José Eguiguren Praeli***, primer Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relator para los Derechos de los Pueblos Indígenas, autor del ensayo, titulado: “*El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa: Desarrollo, Dificultades y Desafíos*” comparte un

profundo análisis del surgimiento y la evolución de este derecho, al que califica como *clara expresión del desarrollo de la democracia política y social, del respeto a la diversidad y pluralidad étnica y cultural existente en múltiples Estados*, que no sólo materializa un derecho de participación política democrática de los pueblos indígenas, sino que en la actualidad, implica una exigencia jurídica internacional para los Estados, traducida en la obligación de solicitar la necesaria intervención y consentimiento de estos pueblos.

Fernando Alberto Rey Cruz, docente universitario y actual Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado de Colombia, en el trabajo titulado: *“El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación”*, nos da cuenta del papel protagónico que han tenido los tribunales de justicia en Colombia en la incorporación de los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y las tensiones normativas, especialmente de contradicciones entre uno y otro ordenamiento, lo que ha conllevado dificultades en la aplicación del instrumento internacional teniendo en cuenta el principio de supremacía de la Constitución.

Claudio Nash Rojas, Coordinador Académico del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Presidente de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano, en: *“Estándares Mínimos sobre Derechos Humanos y Juicio Justo”*, hace un detallado recuento de los estándares actualmente vigentes en materia de derechos humanos en el sistema internacional, particularmente los desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo circunscritos al debido proceso, sino en un sentido más amplio, que refleja la progresiva convergencia entre la protección nacional e internacional en materias de Integridad Personal, Libertad Personal y Debido Proceso, que denomina *“Juicio Justo”*, con el propósito confeso del autor que los agentes de la administración de la justicia y los abogados intervinientes, tengan a mano una relación actualizada de los elementos que configuran el contenido y alcance de estos derechos.

José Antonio Rivera Santivañez, ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, Presidente de la Sección Boliviana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Presidente del Directorio de nuestra Fundación, es el autor de: *“La protección de los Derechos Humanos y Fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia”*, ensayo en el que a partir de la constatación de que el Estado boliviano ha desplegado y viene desplegando acciones concretas, a través de la adopción de políticas legislativas, jurisdiccionales y administrativas

para la promoción, defensa y protección de los derechos humanos positivados en la Constitución como derechos fundamentales, desarrolla un análisis de aproximación a dicho proceso, destacando los temas aún pendientes como el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y el referido a la protección efectiva de los derechos sociales y culturales; pues a pesar de que el ámbito de protección de la Acción de Amparo Constitucional, en el sistema constitucional boliviano, no está restringido a los derechos denominados fundamentales y los derechos civiles y políticos, no se hace uso de esta acción tutelar para otorgar protección efectiva a los mencionados derechos.

Víctor Bazán, miembro de la *International Academy of Comparative Law*, miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y Académico Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, es el autor de: *“Panorama de la protección de los derechos a la salud y la seguridad social en Argentina, con énfasis en la perspectiva jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, documento a través del cual relata el modo como se ha desarrollado la inclusión de previsiones sobre los derechos a la salud y la seguridad social en las normativas constitucionales de Argentina, pasando por la innovación constitucional de 1994 (última operada hasta el presente) y su impacto en el campo de los derechos humanos, para continuar camino con algunas sucintas apreciaciones sobre una sensible temática: las políticas públicas en materia de derechos sociales, para desembocar en un abordaje de criterios y pautas importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a tales núcleos temáticos: derecho a la salud y derecho a la seguridad social.

Gilbert Armijo, Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” por el Colegio de Abogados, Premio “Ulises Odio Santos 1998” por el Poder Judicial, actual Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica, es el autor del último ensayo de este número.

Bajo el título de: *“La Tutela de los Derechos Humanos por la Jurisdicción Constitucional ¿Mito o Realidad?”*, el autor se propone despejar varias hipótesis de trabajo, tales como: ¿Tienen los tribunales nacionales la obligación de tutelar de manera efectiva los derechos consagrados en el Pacto? ¿Por qué los Estados ratifican y firman los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y luego se niegan a aplicarlos? ¿Este es un problema exclusivo de los Estados o son por el contrario sus funcionarios quienes son omisos cuando se trata

de cumplir los compromisos internacionales adquiridos por sus respectivos países?, llega a la conclusión de que compete a los Tribunales Constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas, de esta manera, las Cortes Constitucionales se convierten al interno de los países en verdaderos Tribunales de Derechos Humanos, creando una verdadera retroalimentación entre los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, como una forma de introducir al ordenamiento nacional positivo los Derechos Humanos.

Estamos seguros que la difusión y lectura de estos ensayos, contribuirá grandemente al cumplimiento de nuestro objetivo de incidir públicamente en las agendas del Estado y la sociedad, para hacer que los derechos humanos sean efectivos y de esta manera demostrar que podemos avanzar en la construcción de una sociedad más menos ignorante de sus derechos y más cohesionada.

Santa Cruz de la Sierra, noviembre de 2016

Rubén Darío Cuéllar S.

Director Ejecutivo



EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA: DESARROLLO, DIFICULTADES Y DESAFÍOS

Francisco José Eguiguren Praeli

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA: DESARROLLO, DIFICULTADES Y DESAFÍOS

Francisco José Eguiguren Praeli¹

Se estima que en el mundo existen unos cinco mil pueblos indígenas, distribuidos en setenta Estados, que representan aproximadamente trescientos setenta millones de personas. Estos pueblos, a pesar de ser los habitantes originarios de territorios que fueron objeto de procesos de conquista y colonización violenta por las potencias dominantes, y que luego se convirtieron en Estados independientes, permanecieron durante varios siglos sometidos a relaciones de opresión y vulneración de sus derechos fundamentales, excluidos de participación en la adopción de las decisiones gubernamentales que afectaban su subsistencia como pueblos, su forma de vida e identidad cultural.

Es por ello que el derecho a la consulta previa, reconocido inicialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y luego recogido en otras declaraciones internacionales aprobadas por los estados, debe considerarse como un importante hito en la reivindicación histórica de los pueblos indígenas, secularmente excluidos por las sociedades y culturas dominantes en numerosos Estados.

La consulta previa supone un derecho de participación de los pueblos indígenas, que constituye expresión del desarrollo de la democracia política y social, del respeto a la diversidad y pluralidad étnica y cultural existente en múltiples estados y regiones del mundo. Constituye una forma de eliminación de la desigualdad y de la discriminación que tradicionalmente han padecido estas colectividades humanas. Busca posibilitar su intervención en la formación y adopción de decisiones gubernamentales, de tipo legislativo o administrativo, que puedan afectar sus derechos e intereses colectivos como pueblos, o en la implementación de proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales, ubicados en sus tierras y territorios ancestrales. La aplicación del procedimiento de

¹ Primer Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relator para los Derechos de los Pueblos Indígenas. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Abogado, Magíster en Derecho Constitucional y Doctor por la PUCP. Ha sido Ministro de Justicia y Derechos Humanos; Embajador del Perú en España; Jefe del Departamento Académico de Derecho de la PUCP; Director de la Comisión Andina de Juristas; Director de la Academia de la Magistratura.

consulta previa, tiene por finalidad procurar lograr u obtener el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas para la aprobación de medidas o ejecución de actividades que tengan incidencia en su hábitat e identidad.

Consideramos que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas viene experimentando, durante la última década, positivos avances en cuanto a la ampliación del contenido y alcances originalmente previstos en el Convenio 169-OIT, expresados en declaraciones internacionales adoptadas en Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (OEA) y en los aportes trascendentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante informes y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La historia de América ha estado plagada de funestas experiencias de saqueo de nuestros recursos naturales, iniciadas durante la dominación colonial y continuadas en la vida independiente de los Estados, por obra de la voracidad de potencias imperialistas o de muchas empresas transnacionales que, en forma mayormente impune, no sometieron su actuación al respeto de los derechos de los pueblos indígenas, a pesar de su condición de seres humanos, ni cuidaron de proteger el medio ambiente. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, busca así marcar una diferencia y un punto de cambio frente a dicha realidad oprobiosa.

De allí que la consulta previa no sólo materializa un derecho de participación política democrática de los pueblos indígenas, en la formación y aprobación de decisiones gubernamentales sobre asuntos que les atañen directamente, sino que también adquiere actualmente singular significación económica, porque la obligación impuesta a los estados de solicitar la necesaria intervención y consentimiento de estos pueblos, se constituye en una exigencia jurídica internacional para la ejecución de proyectos de desarrollo, de actividades destinadas a la explotación de recursos naturales o de industrias extractivas, ubicadas en tierras y territorios ocupados por estos pueblos.

En el presente trabajo, haremos un breve análisis del surgimiento y la evolución del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, dando cuenta del desarrollo producido en su contenido y alcances, así como plantearemos algunas de las controversias jurídicas que se suscitan en su aplicación y los retos y dificultades políticas que implica su

implementación efectiva.

1. El Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas fue reconocido en el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), instrumento internacional considerado como el más importante tratado en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas. Este convenio fue adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo del 27 de Junio de 1989, entrando en vigencia el 5 de Septiembre de 1991, en la 76º Conferencia de la OIT. A la fecha se encuentra ratificado por 22 estados².

El Convenio 169 marcó un cambio fundamental respecto de la concepción sobre los pueblos indígenas plasmada en el Convenio 107 de la propia OIT, su antecesor, considerado el primer tratado sobre derechos de los pueblos indígenas, adoptado en 1957. Este instrumento partía de la concepción de que los pueblos indígenas son sociedades “atrasadas” y transitorias, cuya supervivencia temporal requiere una sucesiva incorporación y asimilación cultural hacia la sociedad moderna preponderante. En cambio, el Convenio 169 reconoce el carácter “*permanente*” de los pueblos indígenas y la necesidad de proteger la continuidad de su existencia, como expresión de la diversidad cultural y étnica y del respeto a sus formas de vida, identidad, cultura y tradiciones.

Si bien el Convenio 107 abordó cuestiones importantes, como el derecho sobre la tierra, el trabajo y la educación; desconocía aspectos esenciales de los propios pueblos indígenas. Por ello, a partir de 1980, estos aspectos comenzaron a ser abordados en diversos foros internacionales, como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, creado en el seno de la Organización de Naciones Unidas (1982). Fue así que para atender los múltiples cuestionamientos existentes sobre el Convenio 107, la OIT convocó a una Reunión de Expertos en el año 1985, buscando que se diera una revisión del mismo, trabajos de los que surgiría el Convenio 169.

2 El Convenio 169-OIT está ratificado por 22 Estados, siendo estos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centro Africana y Venezuela. Como se puede ver, dos tercios de ellos son Estados latinoamericanos.

1.1. ¿Quiénes son indígenas para el Convenio 169?

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 1, numeral 1, establece que este instrumento internacional se aplicará a los pueblos tribales e indígenas, definiendo en sus literales a) y b), respectivamente, a cada uno de ellos. Respecto de los **pueblos indígenas**, los define como: *“a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”*

Esta definición comprende un “elemento objetivo” para el reconocimiento de los pueblos indígenas, constituido por la existencia de personas descendientes de los habitantes que ocupaban originariamente espacios territoriales en los actuales Estados o Regiones, antes de que se produjeran los procesos de conquista y colonización; las mismas que conservan elementos comunes y propios a nivel socio-cultural (origen histórico, lengua, costumbres, tradiciones, identidad étnica, formas de organización social, normas) que los diferencian de otros sectores de la sociedad, y que se asientan en un determinado territorio.

Este criterio “objetivo” se complementa con otro elemento constitutivo de tipo “subjetivo”, previsto en el artículo 1.2 del Convenio 169, según el cual, la propia conciencia del grupo acerca de su identidad indígena, será factor determinante para la aplicación del Convenio; es decir, un componente subjetivo grupal de **auto-identificación como indígenas**.

Debe tenerse presente la precisión que establece el artículo 1.3 del Convenio respecto a la denominación “pueblos” que utiliza, indicando que no deberá ser interpretada en un sentido similar o equiparable al que se atribuye a este término en el derecho internacional, como el elemento humano componente de un Estado independiente.

En el artículo 7.1 del Convenio 169 se establece que los pueblos indígenas tendrán el **derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo**, *“en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo*

posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

1.2. ¿En qué casos debe realizarse la consulta previa?

El derecho a la consulta aparece recogido en diversas normas, y para distintos supuestos, en el Convenio 169 de la OIT. Se menciona, por primera vez, en el artículo 6.1, señalando que los gobiernos deberán: *“a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**”* (resaltado añadido).

Un fundamento de este derecho de consulta se encuentra, según refiere la OIT, en la voluntad de superar la discriminación tradicionalmente padecida por los pueblos indígenas y de brindarles un **derecho de participación** en la adopción de decisiones gubernamentales, de carácter legislativo o administrativo, que puedan afectarlos en su subsistencia como pueblos, en la preservación de su forma de vida y de los intereses que les conciernan³. Para ello, el artículo 6.2 del Convenio 169 dispone que: *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán **efectuarse de buena fe** y de una manera apropiada a las circunstancias, **con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.**”* (Resaltado añadido).

Otro supuesto donde resultará procedente efectuar la consulta previa, se encuentra previsto en el artículo 15 del Convenio 169, tratándose de **recursos naturales** ubicados en tierras ocupadas por pueblos indígenas; estos recursos recibirán especial protección y dichos pueblos participarán en su utilización, administración y conservación⁴. Agrega la norma que

3 *“El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular de este Convenio”*. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 1989 –núm. 169. OIT 2013.

4 Convenio 169 – OIT, **Artículo 15:**

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*

cuando los recursos naturales pertenezcan al Estado (minerales, recursos del subsuelo o en la tierra) el gobierno deberá **consultar** a los pueblos indígenas sobre los perjuicios que puedan ocasionar a sus intereses antes de emprender o autorizar actividades de prospección o explotación de tales recursos naturales; debiendo dichos pueblos, en lo posible, participar también en los beneficios que produzcan estas actividades y recibir la indemnización justa que corresponda por el daño que puedan ocasionarles.

Un alcance distinto para la consulta previa se contempla en el artículo 16 del Convenio 169, cuando se trate del **traslado y reubicación** de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan⁵. Dicho traslado tendrá carácter excepcional y deberá contar con el **consentimiento** libre y con conocimiento de causa expresado por los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, paradójicamente, la norma señala que de no obtenerse este consentimiento, el Estado deberá seguir los procedimientos adecuados

-
2. *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

5 Artículo 16:

1. *A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.*
2. *Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.*
3. *Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.*
4. *Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subsistir a sus necesidades y garantizar su futuro desarrollo. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.*
5. *Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.*

para efectuar dicho traslado, procurando siempre la posibilidad de un retorno de los indígenas desplazados a sus tierras. Otro supuesto para la realización de la consulta se contempla en el artículo 17.2 del Convenio⁶, cuando se considere la capacidad de los pueblos indígenas para **enajenar sus tierras**, o transferir derechos sobre estas, fuera de su propia comunidad,

2. De la consulta para lograr el acuerdo o consentimiento, a la necesidad de obtener un consentimiento previo, libre e informado

El artículo 6.2 del Convenio 169 establece que la consulta previa a los pueblos indígenas, que deberá ser realizada por el Estado de buena fe, se realizará ***“con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*** Sin embargo, a partir del propio texto de esta norma, surgieron interpretaciones jurídicas divergentes acerca de los alcances de la consulta, a saber: **Si su finalidad es tratar de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento del pueblo indígena, lo que podría alcanzarse o no; o si se requiere necesariamente obtener ese acuerdo y consentimiento sobre la materia objeto de consulta.** En vinculación con este debate, surgía otra interrogante: **¿La negativa del pueblo indígena a arribar a un acuerdo u otorgar su consentimiento, le confiere una suerte de derecho de veto, que impediría al Estado aprobar la medida objeto de consulta?**

Surgieron también dudas acerca de los alcances de la consulta en el caso del procedimiento especial previsto en el artículo 15.2 del Convenio, referido específicamente al aprovechamiento de los **recursos naturales** ubicados en tierras y territorios de pueblos indígenas, cuando la propiedad de los mismos corresponde al Estado. Siendo que la norma refiere que la consulta se realizará ***“con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados,***

6 Artículo 17:

1. *Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.*
2. *Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.*
3. *Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.*

y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”: ¿la consulta tendría como fin simplemente determinar en qué medida la prospección o explotación de los recursos naturales podría perjudicar los intereses de los pueblos indígenas, o también se requeriría obtener su acuerdo o consentimiento respecto al desarrollo de dicha actividad?

Acudiendo a documentos de la propia Organización del Trabajo, cabe mencionar que, en el año 2007, el Departamento de Normas Internacionales de la OIT, a propósito de una consulta formulada por la Defensoría del Pueblo del Perú⁷, se pronunció sobre el derecho a la consulta aplicable al aprovechamiento de recursos naturales, su objetivo, el derecho a veto y las acciones coordinadas que deben existir entre el Estado y los Pueblos Indígenas. Al respecto, señaló: “(...) **el concepto de consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.**”

A su vez, en el documento publicado el 16 de Febrero del 2011 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, se señala que habida cuenta de la trascendencia y diversidad de opiniones en torno al derecho a la consulta, así como a la existencia de diversas versiones en Francés e Inglés, la Comisión ha revisado las memorias detalladas del Convenio 169 desde que entró en vigor en 1991, a efectos de apreciar cuál era el real “*objetivo y fin del Convenio*”. En este sentido, sostiene que los Artículos 6º y 15º del Convenio “ *fueron objeto de amplios debates y modificaciones durante los dos años de discusiones preparatorias que condujeron a la adopción del Convenio 169*”. Señala también que de la lectura de estas memorias, podía determinarse que la redacción del Artículo 6º tenía por objeto asegurar: 1) Que las poblaciones indígenas tienen el derecho a participar en la toma de decisiones relacionadas a sus tierras; 2) Que este derecho de participación debería ser efectivo, permitiéndoles “*escuchar e influir*”; 3) Que para que tal derecho sea efectivo, deberá contar con mecanismos adecuados de procedimiento, instaurados por cada país acorde a su realidad; y, 4) Que estos mecanismos deberían adaptarse a la situación de los pueblos indígenas interesados. Asimismo, que en la evolución de

⁷ Documento denominado “OIT CEAR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio 169 OIT”.

la redacción del Artículo 6º hubieron modificaciones importantes, desde un planteamiento inicial que incorporaba la frase “*consultar plenamente*” a los pueblos interesados, hasta llegar luego a una fórmula en donde las “*consultas deberían realizarse de buena fe*”, permitiendo con ello aclarar que entonces no se quiso sugerir que las consultas “*deberían resultar en la obtención de acuerdos o consentimientos*”, sino que el **sentido de la redacción era que la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento, es un objetivo que puede o no producirse.**

Respecto al sentido y objetivo del Artículo 15º, numeral 2 del Convenio 169, la Comisión señaló que inicialmente se planteó incorporar en el texto la frase “*recabar el consentimiento*”, lo cual “*no fue aceptable para un número suficientemente amplio de sus Miembros*”; y que, por ende, fue modificada por la frase “*con miras a consultar a los pueblos indígenas*”, que permitía habilitar el principio de buena fe contenido en el Artículo 6º del Convenio.

Partiendo de los pronunciamientos del Grupo de Expertos de la OIT, consideramos que dicha organización estimaba que **la consulta aplicable para los casos de aprovechamiento de recursos naturales (artículo 15.2) debe realizarse con sujeción a las pautas generales previstas en los artículos 6º y 7º** (derecho a participar y decidir sobre las prioridades de su propio desarrollo) del Convenio, quedando claro, entonces, que su finalidad es lograr el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas consultados, respecto de la medida legislativa o administrativa o del proyecto de prospección o explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios, antes de su aprobación gubernamental.

Sin embargo, dichos documentos entienden que la finalidad de la consulta previa es lograr el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas, en un diálogo genuino y respetuoso de la interculturalidad, realizado de buena fe entre las partes, pero sin que ello obligue necesariamente a obtenerlo. De modo que la falta de obtención de este acuerdo o consentimiento, no implicaría que opere una suerte de derecho de veto de los pueblos indígenas, que impediría la aprobación gubernamental de la medida o proyecto de desarrollo consultados.

Conforme ya señalamos, en el informe de la Dirección de Normas Internacionales de Trabajo de la OIT, emitido con ocasión de la consulta formulada por la Defensoría del Pueblo del Perú, se afirma

que “... el concepto de consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y **con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común...**”; precisando luego este informe que “**el Convenio núm. 169 no se refiere al derecho a veto...**”⁸.

Esta interpretación jurídica sobre la inexistencia de reconocimiento en el Convenio 169 a un “derecho de veto” de los pueblos indígenas, que pudiera operar ante su falta de acuerdo o consentimiento con la materia consultada, se veía confirmada por lo dispuesto en el artículo 16 del propio Convenio. En efecto, si bien dicho precepto, aplicable cuando se trata de la consulta para el traslado y reubicación de los pueblos indígenas fuera de sus tierras y territorios, alude expresamente a la necesidad de obtener el consentimiento, libre y con pleno conocimiento de causa (y no sólo de procurar alcanzarlo), líneas después señala que en caso de no obtenerse, se procederá a realizarlo siguiendo determinados procedimientos. De modo que ni siquiera en ese supuesto grave y excepcional, operaría un derecho de veto ante la negativa de consentimiento de los pueblos indígenas afectados con el traslado o reubicación.

No obstante, consideramos que esta interpretación respecto a la finalidad y los alcances de la consulta previa prevista en el Convenio 169, emanada de órganos de la OIT, tendría que considerar **un nuevo sentido** a partir de lo establecido en la **Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**, aprobada en la Asamblea General de la ONU del 13 de septiembre de 2007, por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones, luego de más de 20 años dedicados a su elaboración y debate. En el artículo 19 de esta Declaración⁹, se señala expresamente que **la consulta que realizará el Estado tendrá por finalidad obtener el consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos indígenas**, respecto de las medidas que puedan afectarlos. Con ello se advierte un claro tránsito en el sentido de la finalidad de la consulta previa, pasando de la búsqueda de lograr el acuerdo o consentimiento, a la necesidad de obtenerlo efectivamente.

8 Informe ACD 5-169, del 23 de Julio del 2007, emitido por la Directora del Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, Cleopatra Doumba-Henry.

9 *Artículo 19.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*

Si bien esta Declaración no tiene aún efecto vinculante para los Estados, siendo lo que en el derecho internacional se denomina “*soft law*”, si tendría un indudable valor político y moral, por expresar el acuerdo alcanzado entre una cifra abrumadora de estados que la aprobaron. En ella, la **obtención del consentimiento (previo, libre e informado)** de los pueblos indígenas, **se convierte en un fin y un requisito taxativo de fondo para la consulta**. Este consentimiento se requerirá tratándose de: traslado y desplazamiento forzoso de sus territorios (artículo 10); privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (artículo 11.2); consulta sobre medidas legislativas y administrativas (artículo 19); disposición, despojo y confiscación de tierras indígenas (artículo 28, numeral 1); almacenamiento o disposición de residuos tóxicos (artículo 29, numeral 2); aprovechamiento de recursos naturales (artículo 32°, numeral 2).

Este mismo criterio ha sido recogido en la recientemente aprobada **Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas** (adoptada por Resolución de la OEA de junio de 2016) donde se alude expresamente a la **necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas** en las consultas que realice el Estado sobre medidas legislativas o administrativas (artículo XXIII, numeral 2) o para la aprobación de proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios (artículo XXIX, numeral 4)¹⁰.

10 **Artículo XXIII.** *Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas*

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.*
2. *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*

Artículo XXIX. *Derecho al desarrollo*

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión. Asimismo, tienen el derecho a que se les garantice el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas.

Este derecho incluye la elaboración de las políticas, planes, programas y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo y la implementación de acuerdo a su organización política y social, normas y procedimientos, sus propias cosmovisiones e instituciones.

3. Los aportes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consignan ninguna norma que haga mención expresa de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios o del derecho a la consulta previa, desde hace algún tiempo tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han venido interpretado que estos derechos se encuentran amparados por *el derecho a la propiedad* reconocido en los artículos XXIII de la Declaración y 21º de la Convención.

A fin de desarrollar el contenido mínimo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, la CIDH y la Corte han recurrido a las normas del Convenio N° 169 de la OIT, que –en palabras de la CIDH– *“es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”*¹¹. Asimismo, se ha interpretado este derecho a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y al (entonces) Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente ya aprobada por la OEA.

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernen y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.¹

Los pueblos indígenas tienen el derecho a medidas eficaces para mitigar los impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales por la ejecución de los proyectos de desarrollo que afecten sus derechos. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a la restitución y, cuando no sea posible, a la indemnización justa y equitativa. Esto incluye el derecho a la compensación por cualquier perjuicio que se les haya causado por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas.

- 11 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 12. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7.

Por esta vía, a través de las sentencias de la Corte y los informes temáticos o sobre casos de la CIDH, los órganos del Sistema Interamericano no sólo han complementado y desarrollado el contenido y los alcances del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, previsto en el Convenio 169 OIT, sino que lo han ampliado y actualizado sustancialmente.

La CIDH ha señalado que los Estados *“tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales”*¹². Para la CIDH, la consulta puede ser definida como *“un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo.”*¹³

Precisa además la CIDH que la consulta no se limita únicamente a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígena, pues *“también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.”*¹⁴ Así, por ejemplo, cuando los Estados otorgan concesiones de exploración y explotación de recursos naturales para utilizar bienes y recursos ubicados dentro de los territorios ancestrales, tienen el deber de adoptar medidas adecuadas para **desarrollar consultas efectivas, previas** al otorgamiento de la concesión, con los pueblos indígenas que puedan ser potencialmente afectados por dicha decisión.¹⁵

Para la CIDH, el término **territorio** se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente.¹⁶ La Comisión ha valorado positivamente la incorporación de un concepto amplio de tierras y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta categoría *“no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades*

12 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 273.

13 Idem. párr. 292.

14 Loc. Cit.

15 Ídem, párr. 289.

16 Sentencia de la Corte IDH, de fecha 28 de noviembre de 2007. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam., nota al pie número 63.

*culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso.*¹⁷ Ello en atención a la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como con los recursos naturales y el medio ambiente en que habitan.

La CIDH ha señalado que: *“uno de los elementos centrales para la protección de los **derechos de propiedad de los indígenas**, es el requisito de que los Estados establezcan **consultas efectivas y previamente informadas** con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales”*¹⁸. (Énfasis agregado).

Para los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales tiene una especial importancia, porque *“su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.”*¹⁹ En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evidenciado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con *“el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.”*²⁰

La CIDH ha interpretado también que la aplicación del derecho a la consulta previa guarda relación con el respeto al **derecho a la identidad cultural** de los pueblos indígenas, señalando: *“Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales debe garantizarse el derecho a la identidad cultural, es decir, debe protegerse la cultura como forma de vida. En consecuencia, los Estados deben adoptar las medidas necesarias*

17 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 40.

18 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

19 Alegatos de la CIDH ante la Corte IDH en el caso de Comunidad Yakye Axa v. Paraguay. Cfr. Sentencia de la Corte IDH de fecha 17 de junio de 2005. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 120(c).

20 Sentencia Corte IDH de fecha 17 de junio de 2005. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 146.

*para proteger la identidad de las minorías, lo que incluye el derecho de los pueblos indígenas a emplear su propio idioma, el derecho a su libre determinación, el derecho a ser consultados respecto a las decisiones que pudieran afectarlos, el respeto de sus tradiciones y costumbres, y el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras ancestrales, entre otros.”*²¹

Debe destacarse lo establecido por la Corte Interamericana respecto a la **obligatoriedad de la consulta previa**, disponiendo que esta debe ser realizada por el Estado, sin que pueda delegarla a terceros ni a las empresas involucradas en proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales en territorios ocupados por los pueblos indígenas. En las sentencias dictadas en los casos del Pueblo Saramaka con Surinam (2007) y del Pueblo Kichwa de Sarayaku con Ecuador (2012), precisó que la obligación de efectuar la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales para otorgar concesiones mineras y forestales en sus territorios, resultaba exigible a Surinam a pesar de no haber ratificado el Convenio 169 y de que el Estado alegaba su condición de propietario de los recursos naturales; como al Ecuador, a pesar que cuando otorgó la concesión a una empresa privada para explotar recursos petroleros, aún no había ratificado dicho Convenio, (lo que hizo posteriormente, cuando esta concesión seguía produciendo efectos a los pueblos indígenas.

En la sentencia del caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte estableció que “*el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka (...), y que los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas*”²². De esta manera, **la Corte reconoció que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir quiénes lo representarán en cada proceso de consulta**; y, una vez realizada ésta, “*el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos*”²³.

También en esta sentencia la Corte señaló algunos ejemplos de las medidas estatales que requerirían consulta previa, cuando ordenó al

21 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050. (Énfasis agregado)

22 Sentencia de la Corte IDH de fecha 12 de agosto de 2008. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia, párr. 15.

23 Ídem, párr. 19.

Estado de Surinam consultar con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”: 1) *El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka*; 2) *el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran*; 3) *el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado*; 4) *el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres*; 5) *sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental*; y, 6) *en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka*.²⁴

De otro lado, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte exigió también consultas previas y **el logro de un consenso** con los pueblos indígenas en casos de “elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos”; pues tales decisiones “no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.”²⁵

En este mismo sentido, la CIDH ha interpretado que “[e]stá sujeta a consulta previa y **a la obtención del consentimiento** del pueblo respectivo toda decisión que pueda **afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas**”²⁶. En efecto, para la CIDH, “los principios jurídicos internacionales generales aplicables en

24 Ídem, párr. 16.

25 Sentencia de la Corte IDH de fecha 17 de junio de 2005. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 151.

26 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 281. (Énfasis agregado).

el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos «sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien»²⁷.

Existe, por tanto, un deber estatal de consulta y, en casos específicos, **de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas y no sólo procurar obtenerlo**. Al respecto, la CIDH ha identificado una serie de circunstancias donde la obtención del **consentimiento** de los pueblos indígenas sería obligatoria²⁸:

- a) Los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. En estos casos, el requisito del consentimiento se establece en el artículo 10° de la Declaración de Naciones Unidas: *“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”*.
- b) En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.
- c) Cuando se pretende el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29° de la Declaración de Naciones Unidas”.

4. Principios y requisitos que deben observarse en la aplicación de la consulta previa

La Corte Interamericana ha desarrollado y precisado, en alguna de sus sentencias, los principios y requisitos que debe respetar y cumplir el Estado al realizar la consulta a los pueblos indígenas. Los principales son:

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem, párr. 334.

carácter necesariamente previo, consentimiento expresado en forma libre e informada, diálogo realizado de buena fe y a través de un procedimiento culturalmente adecuado, respetuoso de la identidad, cultura y tradiciones de los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, en el caso **Saramaka vs. Surinam**, en los Fundamentos 134 y 137 de la sentencia, la Corte considera que, cuando se trate de **planes de desarrollo o de inversión “a gran escala”**, que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena o tribal, **el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino que debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos pueblos, según sus costumbres y tradiciones.**

A su vez, en el caso **Sarayaku vs. Ecuador**, Fundamento 177, ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso.

Además, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. Agrega que el incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

Esta misma sentencia, en su Fundamento 186, señala que *“la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal”*, sino que debe concebirse como *“un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a*

alcanzar un consenso entre las mismas”. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas el establecimiento de un clima de confianza mutua, donde la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. En este sentido, la consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades, conductas que resultan contrarias a los estándares internacionales.

Es importante tener presente que tanto el Comité de Expertos Tripartito de la OIT, como el entonces Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han coincidido en que *“no existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias.”*²⁹ Con ello se reconoce que no puede existir una forma única o modelo de consulta a aplicar en todas partes, pues el procedimiento culturalmente adecuado requiere tomar en cuenta fundamentalmente las características y particularidades específicas de los pueblos indígenas en cada país, y de cada pueblo en particular, en cuanto a su situación y circunstancias, cultura, tradiciones, relación con sus tierras y los recursos naturales. En atención a ello, el diseño y contenido del procedimiento a aplicar y la información que se debe proporcionar a los pueblos indígenas, deben responder a una cierta **flexibilidad**, que resulte adecuada para alcanzar y cumplir la finalidad de la consulta.

La Corte también ha señalado, en el caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*: que el procedimiento debe respetar tres garantías: a) *“asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo (...), de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan (...) que se lleve a cabo dentro de su territorio”*; b) *“garantizar que los miembros del pueblo (...) se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”*, y c) el Estado debe garantizar que no se efectuará

29 Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones. Tema 3 Agenda “Promoción y Protección de todos los derechos humanos, políticos, civiles, económicos, sociales y culturales incluido derecho al Desarrollo del Relator Especial para PPIL, Dr. James Anaya. Página 13.

la acción pretendida dentro del territorio de los pueblos *“hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social”*.

Cabe también destacar que la Corte Interamericana ha fijado algunos **deberes** que se imponen al Estado como consecuencia de la aplicación de la consulta previa. Uno de ellos se refiere al denominado **“deber de acomodo”**, de especial relevancia cuando la consulta no ha podido obtener el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas involucrados. Requiere que todas las partes involucradas tengan la flexibilidad para “acomodar” los distintos derechos e intereses en juego, en aras de alcanzar algún grado de consenso y de brindar atención a lo expresado por los pueblos indígenas.

Así, “[e]l deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho”³⁰. **El no prestar atención a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones para actividades extractivas, contraviene también el principio de buena fe que rige el deber de consultar.**

Los Estados también tienen el deber de **razonabilidad en las decisiones que adopte**, lo que supone tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos indígenas afectados. Si por motivos objetivos, razonables y proporcionales, no fuera posible incorporar los resultados de la consulta al plan final, la decisión administrativa que apruebe el plan de inversión o desarrollo debe ser debidamente motivada y formalmente comunicada al pueblo indígena respectivo.

Los Estados tienen un **deber regulatorio**, que consiste en establecer, en su normativa interna, la regulación del procedimiento de consulta, a través de medidas legislativas o administrativas, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, como ha señalado la Corte

30 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2010, párr. 324.

Interamericana, la ausencia de dicha regulación no exime al Estado de cumplir con la obligación de realizar la consulta a los pueblos indígenas.

5. Dificultades y retos que afronta la aplicación de la consulta previa

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se constituye actualmente en un indudable mecanismo de avance de la democratización del accionar del Estado, así como en una manifestación de justicia y reivindicación de la sociedad hacia dichos pueblos. Con ella se busca dejar de lado la “invisibilización” y exclusión social tradicionalmente impuesta a los pueblos indígenas, reconociendo la necesidad de su participación en la formación y aprobación de medidas y decisiones gubernamentales sobre asuntos que los atañen directamente en sus derechos e intereses colectivos. La consulta previa viabiliza también el ejercicio del derecho a la autodeterminación de su propio desarrollo y subsistencia como pueblos.

A pesar que la consulta previa a los pueblos indígenas se encuentra reconocida, como un derecho en el Convenio 169 de la OIT y en declaraciones internacionales aprobadas por los estados, su aplicación concreta enfrenta diversas dificultades jurídicas y políticas. Un problema que subsiste es el reducido número de estados que aún han ratificado el Convenio 169 (sólo 22), a lo que se agrega que muchos de éstos no han aprobado normas internas que den operatividad al procedimiento de consulta. Otra dificultad es la ausencia de reconocimiento formal del Estado a determinados pueblos indígenas o a su condición de tales, así como la falta de demarcación y titulación de las tierras que ocupan; aspectos que se utilizan para eludir la necesidad de realizar la consulta.

No obstante, considero que tales omisiones o la renuencia gubernamental en cuanto a efectuar la consulta, pueden considerarse superadas, de alguna manera, gracias a las sentencias de la Corte Interamericana que hacen aplicable a los estados la obligación de realizar la consulta previa y de respetar la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales, por ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque no hayan ratificado el Convenio 169 o dictado el marco normativo interno para su implementación.

Sin perjuicio de ello, los informes de la CIDH dan cuenta de que muchos de los estados latinoamericanos no aplican la consulta previa, incluso los que han aprobado el Convenio 169; que recurren a pretextos para evadirla o que la ejecutan sin respetar cabalmente sus principios y

requisitos esenciales. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han establecido que la finalidad de la consulta no es sólo buscar el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas, normas o proyectos consultados, sino que este procedimiento debe realizarse de buena fe y en forma culturalmente adecuada, para obtener dicho consentimiento, que debe ser previo, libre e informado.

Siendo los propios estados quienes, en forma libre y voluntaria, han ratificado el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cabe preguntarse a qué obedece esta renuencia a aplicar la consulta previa a los pueblos indígenas o a realizarla en forma adecuada. Considero que un aspecto importante que incide en esta conducta, proviene de los modelos de desarrollo económico adoptados por muchos estados del Continente, que conllevan medidas políticas y normativas destinadas a liberalizar los requisitos que se aplican a las inversiones para la explotación de industrias extractivas y la ejecución de proyectos de gran escala, en tierras y recursos naturales ubicados en la región amazónica o en áreas ocupadas por pueblos indígenas.

Para estas concepciones, la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas, en la medida que implica reuniones y negociaciones prolongadas y en lugares remotos o de difícil acceso, con la incertidumbre de si, finalmente, podrá o no arribarse a un acuerdo o a obtener el consentimiento, es percibida como un claro obstáculo que trava o desalienta a las inversiones, la implementación de proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales. Bajo este modelo económico y político de “desarrollo”, la aplicación de la consulta requiere ser dejada de lado o realizarse con carácter meramente formal, porque impide o dificulta severamente el impulso a la inversión y al progreso.

Sin embargo, numerosas experiencias recientes en nuestro Continente nos demuestran que son precisamente estas conductas estatales, que transgreden sus obligaciones internacionales y los derechos de los pueblos indígenas, las que propician el surgimiento ulterior de graves conflictos sociales, que no sólo suelen paralizar la ejecución de las medidas o proyectos aprobados sin la participación ni el consentimiento de los pueblos indígenas, sino que ocasionan la pérdida de vidas humanas, como consecuencia de los enfrentamientos de la población indígena con las fuerzas de seguridad estatal o de las empresas involucradas, y de la criminalización de la protesta social.

Resulta evidente, según viene señalando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los estados que incurran en tales actuaciones serán, en su momento, sancionados por su responsabilidad internacional derivada de la inobservancia de la consulta previa y de las consecuencias originadas por dicho proceder. En consecuencia, se impone un cambio de mentalidad y conducta política en las autoridades estatales, porque la necesidad de inversión y desarrollo que requieren nuestros pueblos, para la ejecución de proyectos de infraestructura o el aprovechamiento (razonable y sostenible) de los recursos naturales, puede y debe armonizarse con el respeto de estándares internacionales en materia de derechos humanos, en especial de los pueblos indígenas, y la preservación del medio ambiente.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, como el que propugnamos, el respeto y la vigencia de lo dispuesto por la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, resulta un imperativo política y moralmente ineludible. El modelo de desarrollo que adopte un gobierno, tiene que inscribirse en una visión integral y humanista, para que sea compatible con la democracia, la dignidad de la persona y el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

La falta de voluntad política estatal para aplicar la consulta a los pueblos indígenas y obtener su consentimiento previo, libre e informado, es aún el principal obstáculo para el debido cumplimiento de lo establecido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han desarrollado y ampliado los alcances iniciales que la interpretación del Convenio 169 de la OIT otorgaba a la consulta previa y a los derechos de los pueblos indígenas que le sirven de fundamento y sustento. No cabe duda que la consulta debe realizarse antes de aprobar cualquier proyecto o concesión en tierras ocupadas por pueblos indígenas; y que los estados deben garantizar que exista una participación de los pueblos indígenas en todo el proceso relacionado con el proyecto. Asimismo, que deberá procurarse que los pueblos indígenas puedan participar en los beneficios que generen las actividades de explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios.



EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO. LOGROS Y DILEMAS EN SU APLICACIÓN

Fernando Alberto Rey Cruz

El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación^{1*}

Fernando Alberto Rey Cruz²

RESUMEN

Este escrito quiere mostrar el papel protagónico que han tenido los tribunales de justicia en Colombia en la incorporación de los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos. Este hecho no ha estado desprovisto de tensiones normativas, especialmente de contradicciones entre uno y otro ordenamiento, lo que ha conllevado dificultades en la aplicación del instrumento internacional teniendo en cuenta el principio de supremacía de la Constitución. Esto nos acerca a la discusión actual sobre el control de convencionalidad, en la que existen más preguntas que respuestas.

Palabras clave: supremacía de la Constitución, control de convencionalidad, soberanía constitucional.

1* Ponencia presentada en el seminario de derechos Humanos realizado en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA), el 7 de octubre de 2016. Esta es la versión final del trabajo realizado con el profesor Claudio Nash en el marco del proyecto Fondecyt número 1150571 (Chile).

2 Abogado de la Universidad Católica de Colombia, magíster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (Madrid, España), en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y especialista en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de la Universidad del Rosario, abogado consultor y Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. frey@conderechos.com.

Introducción

Una de las particularidades del constitucionalismo en Colombia es su continuo reformismo. Las 15 constituciones anteriores a la de 1991 han sido catalogadas como cartas de batalla o documentos que han surgido bajo la lógica vencedores-vencidos;³ esta es una de las causas que no ha permitido la consolidación de una de las democracias más antiguas de América Latina. De allí que la actual Constitución Política de 1991, o mejor su proceso de formación, se haya considerado como el más democrático e incluyente que ha tenido nuestra historia constitucional, lo que permite caracterizarla como un verdadero paradigma.

Una de sus particularidades es que mira permanentemente hacia el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), para lo cual ha sido fundamental la intervención de los tribunales nacionales a fin de darles contenido a esas cláusulas constitucionales que, como ocurre con la mayoría de las que se incorporan en los instrumentos internacionales, tienen un importante grado de indeterminación, o como lo sostiene Jeremy Waldron, contienen conceptos esencialmente controvertidos.⁴

Un atributo de la Constitución colombiana de 1991 es su remisión a los tratados internacionales ratificados, lo que ha permitido en la mayoría de los casos generar un escenario de complementariedad, no solo desde lo normativo, sino también desde la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los informes que emana la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).⁵

En nuestro país, el discurso de los derechos humanos parte de una paradoja insuperable. La Corte Constitucional es un referente global en materia de restablecimiento de derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, en medio de un conflicto armado interno que entre 1958 y 2012 ha ocasionado, por lo menos, 220.000 muertes.⁶

3 Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 129.

4 Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 27. En sus palabras, “una expresión deviene controvertida (contested) cuando es claro que expresa un criterio normativo, pero personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio”.

5 Esto sin dejar de lado las medidas cautelares que puede dictar la CIDH y las medidas provisionales de la Corte IDH.

6 Grupo de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica, pp. 20 y 33. Disponible en: <http://>

Este documento pretende efectuar un acercamiento a algunas decisiones de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones que se han nutrido del DIDH. Esto ha permitido tener una visión más comprehensiva de algunos debates que no hubieran logrado un nivel de desarrollo completo sólo con el marco constitucional. La Corte Constitucional colombiana es la encargada de velar por la guarda, la integridad y la supremacía de la Constitución. Dicho en otras palabras, es la autorizada para interpretar con autoridad la Constitución Política, alcance que debe ser atendido por todos los operadores judiciales y administrativos del país, ya sea porque se trata de una decisión que hace tránsito a cosa juzgada constitucional o porque es un precedente judicial en vigor aplicable en un caso concreto.⁷

Este artículo pretende mostrar cómo la fuerza motriz de los instrumentos internacionales en el sistema jurídico colombiano, bajo la función integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad, ha permitido una mejor visión de los debates relacionados con los derechos humanos. Con tal propósito se tomaron las decisiones judiciales más relevantes sobre verdad, justicia y reparación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Así mismo, se hará un acercamiento al debate actual sobre el control de convencionalidad.

La tesis que defenderé es que, por regla general, los tribunales de justicia nacionales han acogido el DIDH como un *criterio vinculante complementario*, pero que, en los últimos años, pareciera matizarse en algunos casos difíciles que ha resuelto la Corte Constitucional colombiana en los que ha sido evidente el conflicto normativo entre el derecho interno y el derecho internacional. Por *criterio vinculante complementario* entiendo el carácter normativo que tienen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico colombiano.

www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/bastaya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2015.pdf.

7 Esta última afirmación es problemática en Colombia, pues el modelo de control de constitucionalidad que ha sido denominado difuso funcional por la Corte Constitucional, ha llevado a que otras cortes de cierre se resistan a la aplicación de las decisiones del tribunal constitucional.

Para tal fin, se hará referencia (i) al modelo de incorporación formal del DIDH en el sistema jurídico colombiano; (ii) a algunas sentencias hito que dan cuenta de la recepción del DIDH en nuestro país y (iii) a los sectores históricamente marginados, discriminados o en situación de vulnerabilidad que han visto reivindicados sus derechos en razón de la aplicación de la Constitución y el DIDH.

1. Del dualismo puro de la Constitución de 1886 al monismo moderado en la Constitución Política de 1991

A partir de la Constitución Política de 1991, puede afirmarse que, en Colombia, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen eficacia normativa, lo cual no ocurría en el anterior marco constitucional de 1886.⁸ Este último incorporó un modelo de recepción *dualista puro*, lo que implicaba que, además de la aprobación y ratificación de un tratado, se debía reproducir su texto en una ley de la República, a fin de que se pudiera invocar ante los jueces de la República para que se aplicara en los casos concretos.

Esa relación entre el derecho interno y el derecho internacional se modificó sustancialmente con la Constitución de 1991, al acogerse un modelo *monista moderado*, lo que implica que una vez surtido el trámite que se establece en el marco constitucional, incluido el control de constitucionalidad previo y automático que debe efectuar la Corte Constitucional al contenido del tratado, se convierte en derecho interno que se puede invocar ante las diferentes autoridades del Estado. Claro que, como lo ha advertido esa corporación judicial, pueden existir casos en los que la indeterminación de algunas normas haga necesario que se expida una ley ordinaria con el objeto de ejecutar determinados mandatos en tanto se trata de normas *non self executing*.⁹

Algunas disposiciones de la Constitución Política colombiana referidas al derecho internacional son las siguientes: (i) el artículo 9 establece que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados; (ii) el artículo 44, al referirse a los derechos de los niños, señala que también se garantizarán los derechos consagrados en los tratados

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-615 de 2009.

internacionales ratificados; (iii) el artículo 53 establece que los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; (iv) el artículo 93 dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno e indica que los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; (v) el artículo 94 tiene una función expansiva de los derechos humanos en tanto aquellos que no se mencionen en la Constitución ni en los convenios internacionales, no excluye los inherentes a la persona humana; (vi) el artículo 101, que se refiere a los límites fronterizos como aquellos que están establecidos en los tratados internacionales aprobados y ratificados y (vii) el artículo 214, que incorpora automáticamente al sistema jurídico colombiano las reglas del derecho internacional humanitario.

Esa integración entre el derecho interno y el derecho internacional se ha logrado a partir de la noción de bloque de constitucionalidad, figura que, por supuesto, puede entrar en tensión o colisión con el principio de supremacía de la Constitución en la medida en que “la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el texto fundamental”,¹⁰ lo que hace necesario, en palabras de la Corte Constitucional, que se adelanten “interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen”.

2. Algunos casos emblemáticos que dan cuenta de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos

2.1. La función interpretativa e integradora del bloque de constitucionalidad. Los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en la jurisprudencia colombiana

Desde sus inicios, la Corte Constitucional de Colombia se ha remitido en sus decisiones a tratados internacionales sobre derechos humanos. Es en la Sentencia C-225 de 1995 donde se establece la figura del bloque de constitucionalidad, la cual ha permitido integrar dichos instrumentos al

10 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-269 de 2014, C-750 de 2008, C-291 de 2007 y C-355 de 2006.

ordenamiento jurídico. En esa ocasión, efectuó la revisión constitucional del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II)”,¹¹ decisión en la que, además de reiterar el alcance y el contenido del derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens*,¹² concluyó que para sostener la noción del bloque en el sistema jurídico colombiano, era necesario armonizar los principios de supremacía de la Constitución (art. 4) con el de prevalencia de los tratados y convenios internacionales (art. 93).

Más adelante, en las sentencias C-358 de 1997 y C-191 de 1998, la Corte precisó que el bloque tiene dos acepciones: (i) en sentido estricto, que se refiere a los contenidos normativos del derecho internacional que se integran a la Constitución, lo que implica que tengan el mismo rango constitucional, y (ii) en sentido lato, que alude a “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”.¹³

De esta manera, el bloque de constitucionalidad como técnica de interpretación constitucional ha permitido incorporar al sistema jurídico colombiano diferentes instrumentos internacionales, entre los que cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),¹⁴ los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos¹⁵ y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDCP y PIDESC),¹⁶ la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,¹⁷ la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada,¹⁸ la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,¹⁹ los convenios 87, 98,

11 Así mismo, de la ley aprobatoria del Tratado 171 de 1994.

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574 de 1992.

13 Ídem.

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 2006.

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-046 y C-537 de 2006 y C-504 de 2007, entre otras.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-434 de 2010.

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1076 de 2002.

18 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-370 de 2006 y C-580 de 2002.

19 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.

111, 138, 169 y 182 de la OIT,²⁰ algunos artículos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,²¹ entre otros.

También debe indicarse que de conformidad con la cláusula del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, los tratados internacionales que se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano tienen una doble función: *integradora* e *interpretativa*. La primera, se refiere a aquellos tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y que no permiten su limitación en los estados de excepción, caso en el cual la incorporación “es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa con la Carta”.²² Por esta vía se han incorporado al bloque en estricto sentido los tratados que definen límites del estado (Constitución, art. 101),²³ las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario (art. 214),²⁴ algunos tratados internacionales que reconocen derechos de los niños (art. 44) y convenios internacionales del trabajo en determinados temas (art. 53). La segunda, se apoya en el inciso segundo del mismo artículo 93 en virtud del cual algunos tratados de derechos humanos que no prohíben su limitación en los estados de excepción también hacen parte del bloque, pero no como referentes normativos directos, sino “como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna”.²⁵

La *función interpretativa* implica que los tratados sobre derechos humanos que están consagrados en la carta se constitucionalizan y, en los casos concretos, el intérprete se apoya en el principio de favorabilidad o principio *pro persona* (*pro homine*) para “aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”.²⁶ Estos argumentos han sido utilizados por los diferentes tribunales de cierre del país, aunque

20 Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU-039 de 1997, C-170 de 2004, T-1303 de 2001, C-567 de 2000 y C-221 de 1992. Sobre los criterios para incorporar los convenios internacionales del trabajo en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, ver las sentencias C-401 de 2005 y SU-555 de 2014.

21 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-936 de 2010, C-488 y C-240 de 2009, C-291 de 2007, C-928 de 2005, C-172 de 2004, C-871 de 2003, C-1076 de 2002, entre otras.

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.

23 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-1022 de 1999 y C-400 de 1998.

24 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-209 de 2007 y C-225 de 1995.

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-063 de 2003.

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-269 de 2014.

debe indicarse que la dogmática más elaborada ha sido la de la Corte Constitucional, que ha hecho uso de ellos en el control de la legislación y en las acciones de tutela.

Algunas decisiones de la Corte Constitucional pueden ilustrar mejor el tema. En relación con la *función interpretativa* se puede mencionar las sentencias C-291 de 2007, en la que se declaró la inexequibilidad de la expresión *combatientes* –consagrada en el Código Penal colombiano– por reducir el ámbito de protección del derecho internacional humanitario (DIH). En la Sentencia C-578 de 2002 sostuvo que el ejercicio de la potestad legislativa para fijar sanciones y procedimientos de investigación y juicio de delitos como el genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, debe realizarse en forma consistente con el DIDH y el DIH, cuyo estándar mínimo fue recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La *función integradora* se puede encontrar en la Sentencia C-047 de 2006, en la que se estudió la posibilidad de que el legislador incorporara el recurso de apelación contra las sentencias absolutorias como un desarrollo de la CADH y el PIDCP, lo cual se encamina a garantizar la efectividad de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En la Sentencia T-477 de 1995, con base en normas de rango internacional, se protegió el derecho a la identidad sexual de un niño emasculado a quien el sistema de salud le había practicado un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Por último, la Sentencia C-148 de 2005 declaró la inexequibilidad del calificativo *grave* en relación con el delito de tortura, puesto que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura contiene un estándar más favorable, el cual acogió el tribunal constitucional.

Otras sentencias relevantes que dan cuenta de la incorporación del DIDH en Colombia son la C-228 de 2002 en la que se revisó la constitucionalidad de una norma relativa a la indemnización de la parte civil en el proceso penal. En ella se acudió a diferentes decisiones y opiniones consultivas de la Corte IDH, relativas a la obligación de los estados de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo consagrado en la CADH, el PIDCP, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder de las Naciones Unidas, el Protocolo I que reconoce el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, el Estatuto de la Corte Penal Internacional,

que para la época no estaba en vigor en Colombia, y los estatutos de los tribunales internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana vigente para la época consideraba que el interés que le asistía a la parte civil en el proceso penal sólo era de carácter económico, lo que descartaba la posibilidad de acceder a una reparación integral.

La consideración central que tuvo la Corte Constitucional para rectificar su jurisprudencia fue la impregnación del DIDH en el sistema jurídico colombiano, por lo que concluyó que “la víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no solo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia”.

La primera decisión que se refirió a la justicia de transición fue la C-370 de 2006, en la que se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la denominada Ley de Justicia y Paz, marco normativo en el que se apoyó el proceso de desmovilización, desarme y reintegración de grupos paramilitares.

Su importancia radica en que allí se fijó el alcance de la justicia transicional como categoría autónoma, cuya mención no era expresa en la Constitución Política, pero que se podía deducir a partir de una interpretación sistemática de la carta y de tratados internacionales sobre derechos humanos. En dicha sentencia, la Corte precisó el alcance constitucional (i) del derecho a la paz (como fin que persigue la comunidad internacional y la nacional, derecho colectivo y derecho fundamental bajo ciertos aspectos), con apoyo en la carta de las Naciones Unidas, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el preámbulo y la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos y los Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales; y (ii) de la justicia de transición con fundamento en los compromisos internacionales incluidos en los pactos y documentos de derechos humanos y derecho internacional humanitario, relativos a la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los atentados contra derechos humanos,²⁷ y en la jurisprudencia de la Corte IDH

27 En este tópico, la Corte indicó que “los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero sí hacen relación (i) a que debe existir un

como referente de la interpretación autorizada de las obligaciones internacionales.²⁸

Lo anterior llevó a esa corporación a destacar algunas obligaciones que recaen sobre el Estado colombiano, a saber: obligación de prevención, obligación de investigación, obligación de procesamiento y sanción judicial, obligación de decidir dentro de un plazo razonable, obligación de garantizar verdad, justicia, reparación integral y no repetición aun en contextos de transición a la paz, y en algunos informes de la CIDH sobre el alcance de la verdad, la justicia y la reparación en los procesos de tránsito hacia la paz.

El desarrollo que ha tenido la noción de justicia transicional y los derechos de las víctimas es nutrido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siempre bajo los componentes de verdad, justicia (penal, histórica, restaurativa y administrativa) y reparación integral (individual y colectiva), donde ha sido fundamental la integración que se ha efectuado con instrumentos del DIDH y del DIH.²⁹ En el marco del proceso de paz que se viene adelantando en La Habana con la guerrilla de las FARC-EP, el tribunal constitucional ha efectuado control de constitucionalidad en dos oportunidades a la reforma constitucional que incorporó expresamente la noción de justicia transicional (Acto Legislativo 1 de 2012).

recurso efectivo; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derechos humanos". Sin embargo, agregó que la interpretación autorizada que se ha realizado al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite concluir que esas categorías hacen parte íntegra del DIDH, lo cual se ratifica con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. También se refirió al Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, proclamados en las Naciones Unidas en 1998, en tanto "conforman un marco conceptual de gran valor como fuente de derecho internacional".

28 Hizo referencia a las sentencias que decidieron los casos Godínez Cruz contra Honduras, Barrios Altos contra Perú, Myrna Mack Chang contra Guatemala, Gómez Paquiyauri, Masacre Mapiripán contra Colombia, Comunidad Moiwana contra Suriname y Bámaca Velásquez contra Guatemala.

29 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-279 de 2013, C-052 de 2012 y C-771 de 2011.

En la Sentencia C-579 de 2013 precisó una serie de condiciones o exigencias para que fueran observadas por el legislador estatutario en el momento de reglamentarla, con el fin de que se garantizara la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En la Sentencia C-577 de 2014 consideró que la posibilidad de participación política de los desmovilizados de grupos al margen de la ley que hubieran cometido delitos políticos o conexos, no alteraba la estructura básica de la Constitución Política.³⁰

2.2. La reparación integral, las víctimas y otros temas relevantes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

La responsabilidad patrimonial del Estado es uno de los ámbitos en los que ha tenido una importante influencia el DIDH, primordialmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano.

La influencia del sistema internacional de derechos humanos (SIDH) para acoger la noción de reparación integral ha sido definitiva, lo que ha permitido complementar el concepto tradicional de indemnización pecuniaria en el resarcimiento del daño. Para el Consejo de Estado colombiano, el derecho a la reparación comprende la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición,³¹ componentes que se deben garantizar cuando se trata de un daño antijurídico que haya ocasionado la violación de un derecho humano consagrado en el orden jurídico nacional o internacional.³²

30 Esto último en el marco del denominado juicio de sustitución de la Constitución. En la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que “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”.

31 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

32 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 26 de junio de 2014, expediente 26029.

Esto ha llevado a la adopción de medidas no pecuniarias con perspectiva de género en casos de violencia sexual contra la mujer. En ese ámbito, el Consejo de Estado ha dispuesto:

- (i) que el Ministerio de Defensa diseñe e implemente programas de capacitación para los miembros del Ejército Nacional, a fin de que difundan los derechos de la mujer, análisis de circunstancias de la violencia y discriminación contra ella, su situación en el marco del conflicto armado interno y lineamientos de prevención, investigación y sanción de la violencia de la mujer, con enfoque diferencial;³³
- (ii) la publicación de sentencias “con un título respetuoso de los derechos de las víctimas y con reserva de identidad”;³⁴
- (iii) que se adopten medidas necesarias para garantizar que los casos de violencia contra la mujer que sean del conocimiento de la Policía Nacional, sean tramitados e impulsados con la debida diligencia y acatamiento de los protocolos y lineamientos jurídicos nacionales e internacionales;
- (iv) que la Fiscalía General de la Nación adopte los correctivos necesarios para evitar que se incurra en conductas discriminatorias o en prejuicios de género al adelantar investigaciones, especialmente en el momento de interrogar a las víctimas y a los testigos;
- (v) que la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer promueva políticas públicas encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer en todas las instancias del poder público;³⁵
- (vi) actos solemnes de presentación de excusas públicas;
- (vii) exhortaciones al Gobierno nacional para que, si lo considera pertinente, solicite una opinión consultiva a la Corte IDH;³⁶

33 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, expediente 29033.

34 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 22 de enero de 2014, expediente 27076.

35 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, expediente 40411.

36 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 2014, expediente 25981.

- (viii) que se impartan cursos a los jueces, a fin de que accedan a información sobre los derechos de las víctimas, con énfasis en las víctimas de violencia sexual, que garanticen una adecuada protección y atención a las mujeres que padecen este tipo de violencia,³⁷ y
- (ix) exhortaciones para que se adopten medidas con el fin de reforzar el respeto a la dignidad de la mujer en la atención ginecobstetricia, así como el respeto a su integridad física y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es un sujeto de especial protección.³⁸

La Corte Constitucional no ha sido ajena a esta tipología de medidas simbólicas. En un caso de discriminación por orientación sexual e identidad de género en ambientes escolares en el que un joven se suicidó debido al acoso y a la intimidación de sus compañeros de colegio, esa corporación adoptó medidas de este tipo para evitar futuras violaciones de los derechos fundamentales.³⁹

Entre las medidas que adoptó, en las que se incorporan elementos de justicia restaurativa, están:

- (i) la realización de un acto público de desagravio en el que se reconozcan las virtudes del joven y se reconozca el respeto que se le debía brindar a su proyecto de vida;
- (ii) concesión del grado póstumo;
- (iii) instalación y develación de una placa en su memoria;
- (iv) una declaración pública por parte de las autoridades del establecimiento educativo en la que se reconozca que la orientación sexual del joven debía ser respetada en el ámbito educativo y que los foros educativos son espacios de tolerancia

37 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 5 de abril de 2013, expediente 21781.

38 Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 26303.

39 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-478 de 2015. También pueden consultarse las sentencias T-141 de 2015, T-366 de 2013, T-677 de 2014 y T-088 de 2008.

y respeto encaminados a construir un ciudadano respetuoso de las diversas posturas y comprometido con la igualdad en la diferencia;

- (v) una declaración del Gobierno nacional, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, en la que se comprometa de manera pública a desarrollar acciones, en el marco del Programa para la Educación Sexual y Construcción de Ciudadanía, para promover el respeto por la diversidad sexual en los colegios;
- (vi) se ordenó la creación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y
- (vii) la difusión de la sentencia en todos los despachos judiciales del país, para que apliquen en casos de acoso escolar, institucional o particular, las medidas preventivas necesarias de acuerdo con el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y la obligación de proteger el derecho a la educación de los menores, así como garantizar que el mismo sea un espacio de respeto por la diversidad, la pluralidad y la igualdad en la diferencia.

Como se puede apreciar, los componentes de la reparación integral desarrollados por la Corte IDH en sus sentencias se han ido incorporando de manera decidida en las decisiones de algunos tribunales de justicia de Colombia, lo que ha permitido generar un escenario diferente de reflexión por parte de las autoridades y de los particulares en torno a la garantía y protección de los derechos humanos.

Por razones del conflicto armado interno, un tema que ha debido ser analizado por los tribunales de justicia del país es el relativo a los derechos de las víctimas del conflicto. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, también sostenía que la intervención de las víctimas en el proceso penal sólo tenía por objeto el resarcimiento económico, jurisprudencia que rectificó justamente a raíz de la precitada Sentencia C-370 de 2006, emanada de la Corte Constitucional.

En Sentencia del 11 de julio de 2007, esa corporación judicial, al estudiar un caso relacionado con la Ley 975 de 2006 (marco normativo transicional para los grupos de autodefensas), hizo hincapié en la efectiva reparación del daño, en que se conozca la verdad y que haya una tutela

judicial efectiva, nueva orientación jurisprudencial que se apoyó en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 25 y 63.1 de la CADH, así como en el *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, y del alcance que se les ha dado en la jurisprudencia interamericana⁴⁰.

Del mismo modo, en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se observa una permanente remisión a los convenios internacionales del trabajo, aun cuando no se hace mayor análisis de ellos, en temas como (i) la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo,⁴¹ (ii) la discriminación en las relaciones laborales en razón de salarios y prestaciones desiguales entre iguales,⁴² (iii) la aplicación del principio de la condición más beneficiosa,⁴³ (iv) el alcance de la negociación colectiva de los servidores públicos⁴⁴ y (v) el principio de progresividad en materia pensional,⁴⁵ solo por mencionar unos pocos temas.

40 Expediente 26.945.

41 En Sentencia de 25 de marzo de 2015, radicación 38239, ese tribunal de justicia precisó su jurisprudencia respecto del fuero constitucional de maternidad cuando la vinculación laboral ha tenido lugar por medio de un contrato a término fijo, rectificación que se apoyó en instrumentos internacionales y en la Sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional colombiana. Al respecto, dijo: “Como conclusión, la Corte precisa su jurisprudencia en cuanto a que, en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo, la finalización del vínculo por la expiración del plazo fijo pactado debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la licencia de maternidad posparto. Culminado ese lapso, si la intención no es la de prorrogarla, la vinculación debe fenecer sin formalidades adicionales. Asimismo, si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el referido lapso, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad, debe entenderse que el contrato de trabajo permaneció vigente por lo menos mientras perduró el estado de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, de manera que procede el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el referido lapso”.

42 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 4 de diciembre de 2012, expediente 55501.

43 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de 25 de julio de 2012, expediente 38674, y 2 de mayo de 2012, expediente 41695.

44 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de 14 de junio de 2011, expediente 39215; 17 de mayo de 2011, expediente 36888; y 15 de febrero de 2011, expediente 38303.

45 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de 17 de julio y 20 de junio de 2012, expedientes 46825 y 42540, reiteradas en la Sentencia de 20 de mayo de 2015, expediente 44865.

2.3. El control de convencionalidad. Debate actual en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

Desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha venido definiendo los contornos del control de convencionalidad, el cual consiste en el deber de todas las autoridades de verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de ese tribunal internacional y los demás instrumentos internacionales del sistema. Aunque en principio pareciera ser un parámetro de fácil aplicación por los operadores administrativos y judiciales, en la práctica se han venido presentando algunas dificultades que han suscitado una suerte de *soberanismo constitucional*, soportado en el principio de supremacía de la Constitución.⁴⁶

En el caso colombiano, la recepción del control de convencionalidad en los tribunales internos tiene un rostro bifronte. La jurisprudencia de la Corte Constitucional aún se resiste a tomar como propia la expresión, y ha optado por la armonización entre las normas internas y las normas interamericanas para decidir casos de control de la legislación y de protección de derechos fundamentales, todo bajo el paraguas del principio de supremacía de la Constitución. Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido íntegramente la noción y considera que debe, en efecto, aplicar las normas convencionales en el momento de decidir casos concretos. Un breve acercamiento a algunas decisiones judiciales permitirá sustentar esta afirmación.

Una de las tensiones que han resultado más difíciles de resolver en la jurisprudencia constitucional es la que se presenta entre el artículo 277-6 de la Constitución Política y el artículo 23-2 de la CADH. La primera disposición habilita al procurador general de la nación, autoridad de naturaleza administrativa, para que ejerza la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular.

46 Gustavo Zagrebelsky, al referirse a los caracteres del Estado constitucional de derecho actual que lo diferencian del Estado decimonónico, menciona que uno de ellos es la transformación de la soberanía manifestada en "la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen" (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 12).

La segunda norma establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos de manera directa o por medio de los representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, de acceder en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En la Sentencia C-028 de 2006, decisión anterior al *Caso Almonacid Arellano*, la Corte Constitucional colombiana efectuó el estudio de la regulación legislativa atinente al régimen de inhabilidades que se puede generar con ocasión de las decisiones disciplinarias adoptadas por el Procurador General de la Nación, en tanto autoridad administrativa, por considerarla contraria al artículo 23 de la CADH. En esa ocasión, ese tribunal sostuvo que la interpretación de los instrumentos internacionales se debe efectuar de manera sistemática y teleológica, pues “el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación”. A su juicio, esa pauta de interpretación permite “ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional”, lo que llevó a interpretar el artículo 23-2 de la CADH, en armonía con la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, para concluir que el legislador está habilitado para establecer ese tipo de medidas con el fin de combatir la corrupción.⁴⁷

En la Sentencia C-442 de 2011, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los delitos de injuria y calumnia consagrados en el Código Penal colombiano, por desconocer el principio de estricta legalidad y porque suponía una limitación excesiva de la libertad de expresión que no superaba el juicio de proporcionalidad.

47 Se declaró la constitucionalidad de una norma del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002, art. 44-1), en el que se establecen las sanciones de destitución e inhabilidad general para los servidores públicos, las cuales pueden ser impuestas por las autoridades administrativas competentes, inclusive para los funcionarios elegidos popularmente.

Entre los argumentos que se incluyeron para la discusión constitucional se hizo referencia a la sentencia de la Corte IDH que resolvió el *Caso Kimel vs. Argentina*, respecto del cual el tribunal constitucional estimó “que esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales”.

A juicio de la Corte Constitucional, ha sido su jurisprudencia y la de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la que ha precisado los contornos de estos delitos para que se tipifiquen esas conductas, en los que se ha privilegiado la protección de la libertad de expresión, sin desconocer que la tendencia del SIDH es a la despenalización de esas conductas por ser nocivas de la libertad de expresión e información, decisión que se encuentra reservada, en principio, al legislador.⁴⁸

Ulteriormente, en la Sentencia C-500 de 2014,⁴⁹ la Corte Constitucional colombiana estudió nuevamente una disposición relativa a las inhabilidades de los servidores públicos que pueden ser impuestas por el Procurador General de la Nación, facultad que para el demandante era contraria a los artículos 23 y 29 de la CADH, para lo cual se apoyó en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. La decisión de esa corporación fue considerar que la Sentencia C-028 de 2006 era cosa juzgada constitucional,

48 De este fallo se deben destacar los salvamentos de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez. En sentir de la magistrada, “[a]sí, como la Corte Interamericana decidió que los delitos de injuria y calumnia entonces vigentes en la República Argentina eran contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por resultar demasiado imprecisos, en esta ocasión la Corte Constitucional debía hacer lo propio con nuestros tipos penales de injuria y calumnia”. En similar sentido, el magistrado indicó: “En particular, comparto el desconcierto que produce la lectura que la mayoría de la Corte dio a la Sentencia Kimel v. Argentina, que aunque se referenció y reprodujo en algunos de sus apartes en el cuerpo de la sentencia, no se quiso reconocer en la doctrina del caso concreto que sentó, para los operadores jurídicos en todos los eventos en los que la indeterminación del tipo penal exista, esto es, en el estudio o aplicación del derecho penal de los países-miembro de la Convención”.

49 Con tres salvamentos y una aclaración de voto. En resumen, para los magistrados disidentes, la Corte debió abordar el debate desde los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado colombiano, incluidos en la CADH y en la interpretación que ha fijado la Corte IDH.

perdiéndose una buena ocasión para construir una dogmática relativa a la recepción de ese control de convencionalidad, en términos generales, pero de manera puntual respecto de los casos difíciles en los que se presentan colisiones, en principio, irreconciliables entre el derecho interno y el derecho internacional.⁵⁰

Así mismo, como un parámetro novedoso, sostuvo que los pronunciamientos de la Corte IDH solo obligan al Estado colombiano cuando ha sido parte en el proceso contencioso⁵¹ y que es posible reabrir un asunto que haya sido previamente decidido por esa corporación judicial cuando se presenten interpretaciones sobrevinientes de ese tribunal internacional, bajo el cumplimiento de unas condiciones muy estrictas.⁵²

De esta manera, reiteró la importancia que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar las normas de derechos humanos que están adscritas al bloque de constitucionalidad, así como el imperativo de tomar en consideración el tratado y la interpretación judicial (no hace mención expresa al control de convencionalidad), lo que supone, igualmente, una articulación de la cosa juzgada constitucional “con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos integran al bloque de constitucionalidad”.

50 En la Sentencia de Tutela SU-712 de 2013, la Corte Constitucional colombiana estudió una acción de tutela promovida por una congresista que fue destituida e inhabilitada por el Procurador General de la Nación, en la que decidió, también, aplicar la cosa juzgada constitucional contenida en la Sentencia C-028 de 2006.

51 Una postura diferente consideró en la Sentencia C-370 de 2006, en la que sostuvo: “Por su relevancia como fuente de derecho internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre 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”.

52 (i) que el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) que la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) que ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) que se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) que sea uniforme y reiterada.

Esta circunstancia, observó la Corte, no hace posible concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH se integre al bloque de constitucionalidad de manera automática, sino de que debe ser considerada caso a caso.

De esta manera, luego de contrastar la interpretación que la Corte IDH ha efectuado del artículo 23 de la CADH en los casos *López Mendoza vs. Venezuela*, *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte Constitucional colombiana indicó que “no es posible derivar ni del texto de la Convención Americana ni de la jurisprudencia de la Corte Interamericana una regla clara, uniforme y reiterada que tenga la aptitud para confrontar la disposición acusada”.⁵³

Así las cosas, la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional colombiana se orienta a matizar la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aun cuando allí el estándar de protección sea mayor que en el derecho interno, a lo que se agrega la relativización que ha efectuado respecto de la aplicación de la jurisprudencia interamericana, escenarios que más que armonizar el derecho interno y el derecho internacional, suponen el desconocimiento de las obligaciones internacionales que de buena fe debe cumplir el estado por intermedio de sus instituciones.

En el Consejo de Estado colombiano, el escenario pareciera ser menos problemático.⁵⁴ En Sentencia del 9 de julio de 2014,⁵⁵ este tribunal sostuvo que los jueces internos en los casos de graves violaciones de los derechos humanos están llamados a ejercer un control de convencionalidad que no se agota con la aplicación de la normatividad internacional, sino que también incluye la interpretación autorizada que ha efectuado la Corte IDH.

53 La referida Sentencia SU-712 de 2013, al analizar el fallo que resolvió el Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, advirtió: (i) las diferencias entre las constituciones colombiana y venezolana, sobre la materia; (ii) la posibilidad que da la jurisprudencia de la Corte IDH para que se establezcan sanciones disciplinarias (asimilables en algunos casos a las penales) y como expresión del poder punitivo del Estado y (iii) la necesidad de aplicar la CADH teniendo en consideración la arquitectura institucional de cada Estado.

54 Sólo hago referencia a unos pocos pronunciamientos de la Sección Tercera que estudia casos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado que, en esencia, reiteran la doctrina del control de convencionalidad en el marco de las violaciones del DIDH y el DIH.

55 Expediente 44333. En el mismo sentido, ver la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013, expediente 29764.

Esa noción de control de convencionalidad ha sido extendida por esa corporación, del mismo modo, al ámbito contractual, al indicar que hace presencia allí “desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, inclusive, en las relaciones contractuales se impone el respeto y primacía de los derechos y garantías allí reconocidos”.

En sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014,⁵⁶ el Consejo de Estado colombiano fue categórico en el acogimiento de la doctrina del control de convencionalidad, al indicar: (i) el juez de daños es un juez de convencionalidad en el ordenamiento interno cuya facultad es la de revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades internas; (ii) el control de convencionalidad le sirve para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de las obligaciones internacionales que está desconociendo el Estado y que pueden derivar en un daño antijurídico; (iii) conlleva una ampliación de las fuentes normativas del juicio de responsabilidad estatal, “de tal manera que la garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le son imputables, comprenden, además de las obligaciones del ordenamiento jurídico interno, el cumplimiento de las obligaciones convencionales”; (iv) aun cuando hay diferencias entre los sistemas de responsabilidad internacional e interno, “hay intersecciones axiológicas comunes” y (v) concluye que la jurisdicción administrativa “se erige, ante todo, en juez de derechos humanos para proteger a todas las personas frente a los daños antijurídicos que sean imputables al Estado”.⁵⁷

Este sutil acercamiento a la orientación del Consejo de Estado muestra que se debe dar carácter prevalente al derecho internacional, inclusive en aquellos casos en los que se presenten contradicciones que difícilmente se pueden resolver acudiendo a la armonización.

56 La unificación se da con el fin de establecer reglas para excepcionar los topes indemnizatorios de los perjuicios morales en casos en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene origen en graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

57 Concluye el Consejo de Estado, así: “Por consiguiente, pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativo, en aras de amparar in extenso a una víctima de un conflicto armado, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales y nacionales”.

Con todo, puede vislumbrarse una notable diferencia en la recepción que ha tenido la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, lo que haría pensar que se trata de una discusión que apenas se está iniciando con relativa intensidad en los tribunales del país y que seguramente llevará a que se precise en el futuro, en casos concretos en los que sea insuperable la contradicción entre el derecho interno y el derecho internacional, una dogmática sobre la materia que —a mi juicio— debe privilegiar el estándar mínimo consagrado en la norma de rango internacional. Por lo pronto, para el tribunal constitucional se impone el argumento de interpretación de la armonización entre uno y otro ordenamiento que, finalmente, elude el debate jurídico, bajo la noción tradicional de la soberanía que se sustenta en el principio de la no injerencia.

3. La función judicial colombiana como contención para la reivindicación de los derechos humanos

Una constante estructural de la sociedad colombiana son las profundas desigualdades, provocadas en esencia por un Estado ineficaz en el que el reparto de los beneficios no ha tenido en consideración el principio de equidad en las cargas públicas, lo que sugiere una institucionalidad muy frágil. La existencia de un conflicto armado interno de más de medio siglo, la ausencia de voluntad política para construir políticas públicas incluyentes, la corrupción que campea, el marcado carácter confesional y patriarcal de la sociedad misma, en el que el principio de laicidad genera profundas resistencias, son apenas unas de las causas que explican por qué en nuestro país la igualdad material continúa siendo una quimera.

La Constitución colombiana de 1991 ha representado para el constitucionalismo colombiano un salto cualitativo, en materia de goce efectivo de los derechos. Allí también se debe incluir la nueva lectura del tradicional sistema de fuentes, de la teoría de la interpretación y de la norma, lo que ha implicado que los jueces adquieran un papel protagónico de dimensiones incalculables que han permitido,⁵⁸ ciertamente, visibilizar sectores de la población para quienes la noción de garantía de derechos era incipiente, por no decir inexistente.

58 Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 118.

Después de 25 años de vigencia de la actual Carta Política, se puede evidenciar un panorama diferente en el restablecimiento de derechos, aunque el camino por recorrer es largo. Allí ha sido fundamental el papel de la Corte Constitucional, que desde sus primeras sentencias le ha apostado a que en el imaginario se incorpore una idea de goce efectivo de derechos, o dicho de otra manera, que no basta con la incorporación de catálogos amplios de derechos, si al final no existe voluntad, ni garantías para que a ellos se acceda en términos reales.

La emblemática Sentencia T-002 de 1992, donde se establecen los criterios para determinar la fundamentalidad de un derecho, entre ellos los tratados internacionales sobre derechos humanos,⁵⁹ entendió que “el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana.

No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política”. Por supuesto, no se pueden dejar de lado los demás tribunales de justicia, que han contribuido decididamente en el proceso de consolidación del Estado de derecho, bajo la idea de que los derechos humanos, en palabras de Jeremy Bentham, no pueden ser entendidos como quejidos impresos.⁶⁰

Algunos sectores que vienen en ese proceso de reivindicación de sus derechos son las mujeres, los niños y las niñas, los pueblos étnicos, la población hacinada en las cárceles del país, los defensores y defensoras de derechos humanos, las víctimas del conflicto armado interno, las personas en situación de discapacidad, el servicio doméstico, la población LGTBI y los recicladores en el servicio de aseo, entre otros. Veamos algunos ellos.

La impregnación que ha tenido la protección y el goce efectivo de los derechos humanos en los Estados constitucionales de derecho contemporáneos ha llevado a que los jueces tengan una visión más comprehensiva de las soluciones que se pueden plantear respecto de violaciones masivas de los mismos, o a problemas endémicos que requieren medidas más allá del caso concreto.

59 Desde sus inicios, la Corte Constitucional sugirió una interpretación sistemática de las normas constitucionales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “norma jurídica vinculante en el derecho interno”.

60 Amartya Sen, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Bogotá, Taurus, 2010, p. 389.

Este parámetro ha mostrado que frente a problemas estructurales se pueden plantear remedios del mismo tipo, lo cual se enmarca en el denominado constitucionalismo dialógico, en el que el propósito judicial es provocar una comunicación abierta y sensata entre diferentes autoridades del poder público, sin que ello se deba entender como una intromisión excesiva del juez constitucional que pueda comprometer el principio de separación de funciones, pues la función del juez se orienta a dictar órdenes complejas y a monitorear, con razones constitucionales, el diseño e implementación de esas políticas generales.

El constitucionalismo colombiano ha sido un referente global con las declaratorias de estados de cosas inconstitucionales (ECI) cuando advierte violaciones masivas y sistemáticas de derechos fundamentales de un determinado sector, pues ellas han servido de base, en buena medida, para que se dicten sentencias y autos estructurales.

En este contexto, la Corte Constitucional colombiana ha declarado formalmente el ECI en nueve oportunidades,⁶¹ sin dejar de lado otros casos, sin haberlo dicho, como ocurrió con el sistema de salud⁶² y los recicladores,⁶³ habitantes de la calle,⁶⁴ en los que ha dictado órdenes complejas.

61 Los estados de cosas inconstitucionales que ha declarado la Corte han sido: Sentencia SU-559 de 1997 (omisión de dos municipios a afiliar a los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley); sentencias T-068 de 1998 y T-1234 de 2008 (atraso sistemático en las respuestas a las peticiones pensionales en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la Caja Nacional de Previsión Social); sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013 (hacinamiento del sistema penitenciario y carcelario del país); sentencias T-606 y T-607 de 1998 (falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos); Sentencia T-590 de 1998 (omisión en la protección de la vida de los defensores y defensoras de derechos humanos); sentencias T-525 de 1999 y SU-090 de 2000 (mora habitual en el pago de las mesadas pensionales, durante un periodo prolongado de tiempo en los departamentos de Bolívar y Chocó); sentencias SU-250 de 1998, T-1695 de 2000, C-421 y C-076 de 2006 y SU-913 de 2009 (omisión en la convocatoria de un concurso público de méritos para el nombramiento en propiedad de los notarios); Sentencia T-025 de 2004 (desplazamiento forzado por la violencia) y los autos 110, 202, 320 de 2013 y 259 de 2014 (insiste en el atraso sistemático en la respuesta a las peticiones pensionales presentadas a la administradora de pensiones del régimen de prima media). La Sentencia T-774 de 2015 declaró superado el ECI en el régimen de prima media.

62 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008.

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-724 de 2003 y autos 275 y 189 de 2011 y 268 de 2010.

64 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-092 y T-043 de 2015.

La reivindicación de los derechos de la mujer ha sido un asunto abordado en no pocas oportunidades por los tribunales de justicia del país. La protección que se ha venido alcanzando en un contexto de sociedad patriarcal profundamente marcado, además de apoyarse en el marco normativo interno,⁶⁵ ha tenido como parámetro interpretativo o integrador la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (China, 1995), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.⁶⁶

Justamente, uno de los autos estructurales que ha dictado la Corte Constitucional colombiana en el seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado es el 092 de 2008, en el que se identificaron diez *riesgos* de género o diez factores de vulnerabilidad específicos a los que se exponen las mujeres en el marco del conflicto armado interno, que suponen un impacto diferencial y que, por regla general, no son compartidos por los hombres.⁶⁷

65 Leyes 1257 de 2008 y 294 de 1996.

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776 de 2010.

67 Esos riesgos que identificó la Corte son: (i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia; (iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales –voluntarias, accidentales o presuntas– con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos ilegales enemigos; (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; (viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales

En un reciente caso de violencia sexual contra la mujer en el marco del conflicto armado perpetrado por miembros de la Fuerza Pública, el Consejo de Estado colombiano, al referirse a la especial protección de género que las autoridades deben garantizar a la mujer, tuvo en consideración la precitada Convención de Belem do Pará, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸ y las sentencias de la Corte IDH que decidieron los casos *González y otras (“Campo Algodonero”) contra México*, del *Penal Miguel Castro Castro contra Perú* y *Vargas Areco contra Paraguay*, en los que se precisó el alcance y la interpretación del derecho a la integridad personal de la mujer, que impone una obligación de abstención (los agentes del Estado debe velar por que no se vulnere), así como una obligación de hacer (adoptar las medidas apropiadas para protegerlo y preservarlo), “deberes [que] se tornan en una ‘obligación reforzada’ cuando se trata de prevenir y proteger a la mujer contra cualquier forma de violencia o discriminación en su contra, en atención al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará”.

Este tipo de delitos en Colombia suponen una revictimización de género, en tanto se ha logrado determinar, por ejemplo, que las autoridades judiciales efectúan intromisiones abusivas al derecho a la intimidad, sobre la base de prejuicios y estereotipos sociales de naturaleza patriarcal, en las que se culpa a la mujer por la violencia sufrida o se sospecha de su conducta, su vestuario o cualquier otro factor, una justificación o, al menos, una explicación plausible del hecho violento, lo que supone, además, actos discriminatorios.

Decisiones igualmente relacionadas con la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada,⁶⁹ celos enfermizos como una expresión de violencia psicológica contra la mujer,⁷⁰ protección del derecho de participación política, aun cuando seguimos bajo la idea del

dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales; (ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y (x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento.

68 CIDH, “Los derechos de la mujer”, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, 26 de febrero de 1999, y Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Washington, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 42.

69 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-070 de 2013.

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-967 de 2014.

techo de cristal,⁷¹ acciones afirmativas que buscan cerrar las brechas de desigualdad entre los hombres y las mujeres,⁷² la despenalización del aborto en tres supuestos,⁷³ el principio de progresividad en prestaciones asistenciales,⁷⁴ son unos pocos casos que han debido resolver los tribunales de justicia colombianos.

Una mención especial debe hacerse también de los grupos étnicos. Antes de la Constitución Política de 1991, la segregación que descansaba sobre esta población era de unas dimensiones incalculables, al punto que la poca legislación vigente del siglo XIX (Ley 89 de 1890), les daba el calificativo de *salvajes* a los pueblos indígenas, que solo hasta el año 1996 fue declarado inconstitucional por el tribunal constitucional.⁷⁵

Una de las construcciones más significativas de la jurisprudencia constitucional es la que tiene que ver con la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos étnicos (pueblos indígenas, población afrocolombiana y gitanos).⁷⁶

Aun cuando en la Constitución Política se incorporan contenidos normativos que privilegian la protección de sus derechos (bastaría con la cláusula de la igualdad material), ha sido por vía del bloque de constitucionalidad en su función integradora como se ha dado contenido a este derecho, catalogado como *fundamental colectivo*, cuyo principal fundamento normativo de derecho internacional es el Convenio 169 de 1991.⁷⁷

71 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-804 de 2006 y C-371 de 2000.

72 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-667 de 2006, C-184 de 2003 y C-408 de 1996.

73 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-388 de 2009, T-209 de 2008 y C-355 de 2006.

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776 de 2010.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139 de 1996.

76 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-389 de 2016, C-217 de 2015, C-359 de 2013, C-253 de 2013, T-376 de 2012, T-129 de 2011, C-615 y C-175 de 2009, C-030 de 2008, SU-383 de 2003, C-169 de 2001, T-652 de 1998 y SU-039 de 1997.

77 Con esta integración normativa se ha podido determinar (i) que el ámbito de aplicación de la consulta previa no se circunscribe a las comunidades indígenas, sino que se extiende a los pueblos tribales o étnicos en general; (ii) el tipo de decisiones que deben ser objeto de consulta (administrativas y legislativas); (iii) la finalidad de la consulta; y (iv) las características del proceso de consulta (Fernando Alberto Rey Cruz, El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, tesina para optar por el título de magíster en Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2012).

Del mismo modo, ha dicho que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas tiene fuerza vinculante directa por cuanto reproduce y profundiza los contenidos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte de la legislación interna.⁷⁸

Para terminar, no se puede dejar de mencionar a la población LGTBI, que ha encontrado en la Corte Constitucional a su principal aliada para superar la discriminación histórica estatal y social que ha recaído sobre ella, todo bajo un manto moral que tiene como principal fundamento el confesionalismo.

Las principales sentencias dictadas, y que abarcan diferentes áreas, son: (i) C-075 de 2007, en la que se dispone que el régimen de las sociedades patrimoniales de hecho se debe extender, también, a las uniones homosexuales; (ii) C-811 de 2007, en la que se extienden los beneficios del plan obligatorio de salud a los compañeros permanentes del afiliado que conformen una unión homosexual; (iii) C-336 de 2008, en la que se amplían los beneficios del sistema pensional, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas del mismo sexo del pensionado fallecido; (iv) C-798 de 2008, en la que se declara que el delito de inasistencia alimentaria comprende a los integrantes de las parejas del mismo sexo; (v) C-029 de 2009, en la que se revisó la constitucionalidad de normas sobre los beneficiarios de la seguridad social y de las prestaciones sociales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos y para la contratación estatal, la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, las medidas administrativas de protección a la familia, los bienes afectados a la vivienda familiar, los destinatarios de las medidas para la prevención del desplazamiento forzado, las circunstancias de agravación y de disminución punitiva establecidas en función de las relaciones familiares, el contenido de los delitos cuyo objeto es la protección de la familia, respecto de las cuales el tribunal constitucional advirtió la existencia de un déficit de protección constitucional para las parejas del mismo sexo; (vi) SU-617 de 2014, en la que autoriza la adopción cuando la madre o el padre biológico del menor consiente que su compañero permanente sea adoptante, siempre y cuando demuestre una convivencia ininterrumpida

78 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-548 de 2013 y T-376 de 2012.

mínima de dos años;⁷⁹ (vii) C-683 de 2015, en la que se habilita la adopción de niños por parejas del mismo sexo, en virtud del interés superior del menor;⁸⁰ y (viii) SU-214 de 2016, en la que se garantiza el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo.

Aun cuando este acercamiento se hizo fundamentalmente a decisiones de la Corte Constitucional, es posible demostrar que la reivindicación de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional ha sido a través de la función judicial, lo que ha tenido como principal dique la aplicación de los estándares mínimos del DIDH.

4. Conclusiones

La Constitución Política colombiana de 1991 es un documento que por vía de las normas de recepción les da entrada a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, los cuales han sido reconocidos como parámetros de control tanto en su función integradora como interpretativa. Esto lleva a entender que la integración de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales plantee permanentes tensiones que, en la mayoría de los casos, se han resuelto con argumentos de armonización o sistemáticos. No parece ocurrir lo mismo cuando se trata de contradicciones, pues allí la doctrina del control de convencionalidad sugiere que debe privilegiarse el derecho internacional, lo que ha ido generando una inconstante *resistencia constitucional*.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional o de la internacionalización del derecho constitucional pareciera apuntar

79 Así lo establece el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano en el artículo 68.5.

80 Esta decisión tuvo en consideración que los estudios científicos y las pruebas que se aportaron al proceso demostraron que la adopción de parejas del mismo sexo no genera afectaciones al desarrollo integral de los niños. De otra parte, que de conformidad con la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, “la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario al interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella”.

a la incorporación de nuevas figuras a los sistemas jurídicos tales como la cosa juzgada internacional, la excepción de inconvencionalidad, el derecho viviente convencional, entre otras, las cuales aún se encuentran en proceso de incorporación y de asimilación en el lenguaje jurídico.

La reivindicación de los derechos humanos es un gran desafío de los Estados contemporáneos, que deben tener como premisa que su reconocimiento formal no es suficiente para que se garantice su goce efectivo; se hace necesario incorporar cambios sustanciales en la cultura política, jurídica, social, educativa y doméstica, a fin de que se puedan superar esas prácticas discriminatorias que aún continúan tan arraigadas y en las que siempre los más débiles ven frustradas sus aspiraciones de alcanzar una igualdad material. La realización de los derechos humanos no puede quedar en utopía.

Bibliografía

CIDH, “Los derechos de la mujer”, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, 26 de febrero de 1999.

_____, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127.

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú y Vargas Areco contra Paraguay*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160.

_____, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 184.

_____, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.

_____, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.

Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-002, 8 de mayo de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-221, 29 de mayo de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-574, 28 de octubre de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, C-225, 18 de mayo de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-477, 23 de octubre de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-139, 9 de abril de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-408, 4 de septiembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU-039, 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, C-358, 5 de agosto de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-559, 6 de noviembre de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-068, 5 de marzo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-153, 28 de abril de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

C-191, 6 de mayo de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-250, 26 de mayo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-400, 10 de agosto de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-590, 20 de octubre de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-606, 27 de octubre de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-607, 27 de octubre de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-652, 10 de noviembre de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-525, 23 de julio de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-1022, 16 de diciembre de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU-090, 2 de febrero de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-371, 29 de marzo de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-567, 17 de mayo de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1695, 7 de diciembre de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, C-169, 14 de febrero de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-1303, 6 de diciembre de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-228, 3 de abril de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, C-578, 30 de julio de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-580, 31 de julio de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-1076, 5 de diciembre de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-063, 4 de febrero de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-067, 4 de febrero de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-184, 4 de marzo de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-383, 13 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-724, 20 de agosto de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, C-871, 30 de septiembre de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-025, 22 de enero de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-170, 2 de marzo de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-172, 2 de marzo de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-148, 22 de febrero de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-401, 14 de abril de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-928, 6 de septiembre de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, C-1040, 19 de octubre de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, M. P. Rodrigo Escobar Gil, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, M. P. Álvaro Tafur Galvis, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-028, 26 de enero de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-046, 1 de febrero de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-047, 1 de febrero de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-076, 8 de febrero de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-355, 10 de mayo de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-370, de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-421, 31 de mayo de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-537, 12 de julio de 2006, M. P. Humberto

Antonio Sierra Porto, C-667, 16 de agosto de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, C-804, 27 de septiembre de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-075, 7 de febrero de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-291, 25 de abril de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-209, 21 de marzo de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-504, 4 de julio de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-811, 3 de octubre de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-030, 23 de enero de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-088, 5 de febrero de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-209, 28 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-376, 18 de mayo de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa, C-336, 16 de abril de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-750, 24 de julio de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-798, 20 de agosto de 2008, Jaime Córdoba Triviño, T-1234, 10 de diciembre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-029, 28 de enero de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-240, 1 de abril de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, T-388, 28 de mayo de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-488, 22 de julio de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-760, 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-175, 18 de marzo de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-615, 2 de septiembre de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-913, 11 de diciembre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, C-434, 2 de junio de 2010, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-776, 29 de septiembre de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-936, 23 de noviembre de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-129, 3 de marzo de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-442, 25 de mayo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-771, 13 de octubre de 2011, M. P. Nilson Pinilla, C-052, 8 de febrero de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, T-376, 18 de mayo de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-070, 13 de febrero de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada, C-279, 15 de mayo de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SU-712, 17 de octubre de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-253, 25 de abril de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo, C-359, 26 de junio de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-366, 27 de junio de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos, T-388, 28 de junio de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa, T-548, 22 de agosto de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa, C-269, 2 de mayo de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo, C-500, 16 de julio de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo, SU-555, 24 de julio de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SU-617, 28 de agosto de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerreo Pérez, T-677, 10 de septiembre

de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-967, 15 de diciembre de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-043, 4 de febrero de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-092, 5 de marzo de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-141, 27 de marzo de 2015, M. P. María Victoria Calle Correa, C-217, 22 de abril de 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-478, 3 de agosto de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-683, 4 de noviembre de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-774, 18 de diciembre de 2015, Luis Ernesto Vargas Silva, SU-214, 28 de abril de 2016, M. P. Alberto Rojas Ríos y C-389, 27 de julio de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, autos 092, 14 de abril de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Auto 268, 30 de julio de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, Auto 189, 30 de agosto de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, Auto 275, 19 de diciembre de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, Auto 110, 5 de junio de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Auto 202, 13 de septiembre de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Auto 320, 19 de diciembre de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Auto 259, 21 de agosto de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y Auto 181, 13 de mayo de 2015, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, sentencias de 19 de noviembre de 2007, exp. 29273, M. P. Enrique Gil Botero; 28 de febrero de 2013, exp. 26303, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo; 5 de abril de 2013, exp. 21781, M. P. Danilo Rojas Betancourth; 21 de noviembre de 2013, exp. 29764, M. P. Enrique Gil Botero; 22 de enero de 2014, exp. 27076, M. P. Olga Melida Valle de la Hoz; 26 de junio de 2014, exp. 26029, M. P. Danilo Rojas Betancourth; 9 de julio de 2014, exp. 44333, M. P. Enrique Gil Botero; sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M. P. Olga Melida Valle de la Hoz; 9 de octubre de 2014, exp. 29033, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; 9 de octubre de 2014, exp. 40411, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; 24 de octubre de 2014, exp. 25981, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Auto de 11 de julio de 2007, exp. 26945, M. P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias de 15 de febrero de 2011, exp. 38303, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; 17 de mayo de 2011, exp. 36888, M. P. Luis Gabriel Miranda Buelvas; 14 de junio de 2011, exp. 39215, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 2 de mayo de 2012, exp. 41695, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; 17 de julio de 2012, exp. 46825, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; 20 de junio de 2012, exp. 42540, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 25 de julio de 2012, exp. 38674, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Miranda Buelvas; 4 de diciembre de 2012, exp. 55501, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; 25 de marzo de 2015, exp. 38239, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno y Elsy Del Pilar Cuello Calderón y 20 de mayo de 2015, exp. 44865, M. P. Gustavo Hernando López Algarra.

Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Grupo de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/bastaya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2015.pdf>.

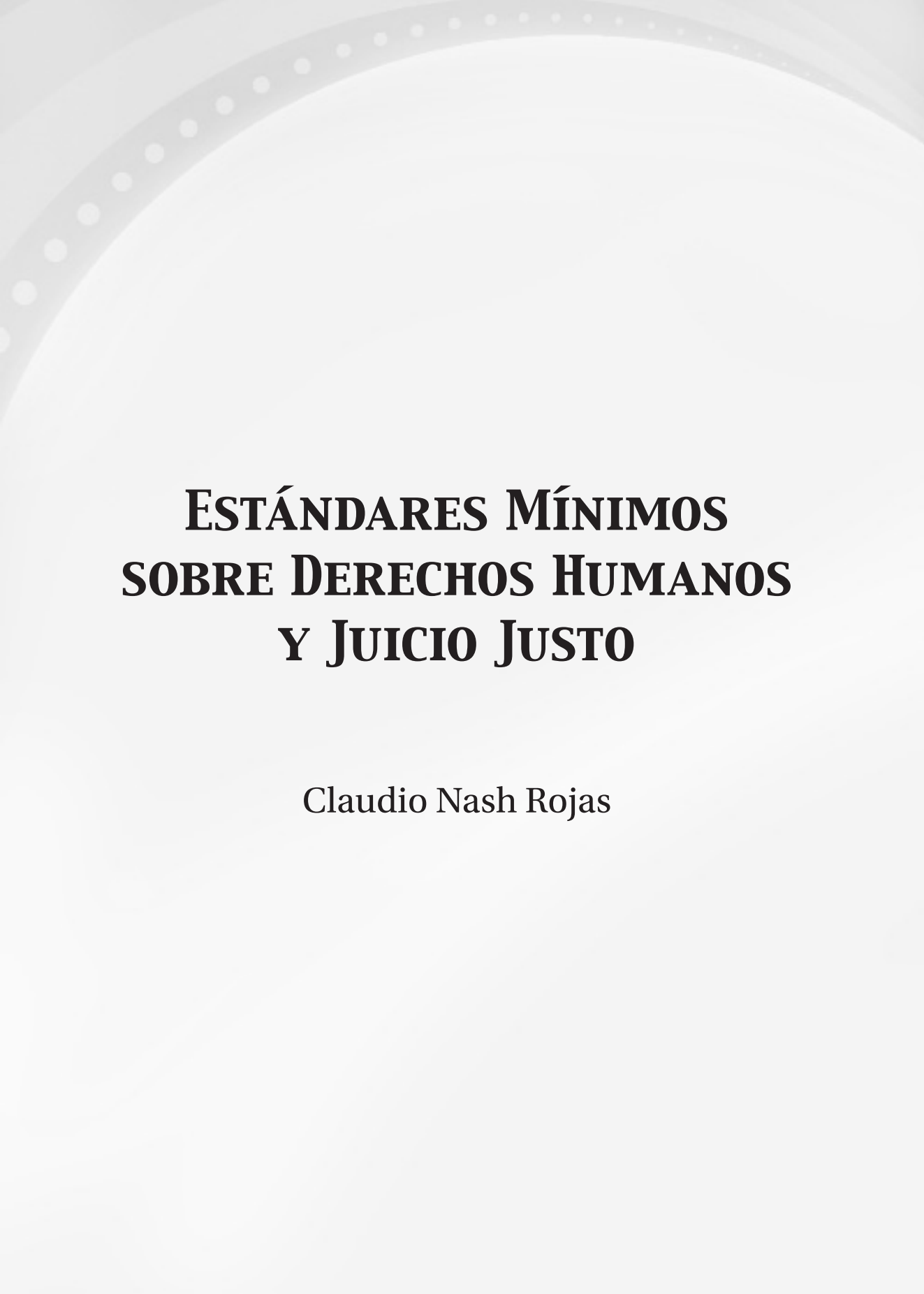
Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.

Rey Cruz, Fernando Alberto, *El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, tesina para optar por el título de magíster en Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.

SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Bogotá, Taurus, 2010.

Valencia Villa, Hernando, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010.

Zagrebel'sky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2002.



ESTÁNDARES MÍNIMOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y JUICIO JUSTO

Claudio Nash Rojas

ESTÁNDARES MÍNIMOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y JUICIO JUSTO^{1*}

Claudio Nash^{2*}

1. Introducción

El proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional de Derechos Humanos en Latinoamérica constituye uno de los cambios jurídicos más importantes en la historia de nuestros países. En ese contexto, no es de extrañar que los nuevos procesos judiciales estuvieran -tanto en su diseño como en su implementación- atentos a los estándares internacionales en materia de derechos humanos (DDHH) a los que se habían comprometido los países de la región.

Este estudio tiene como objetivo principal dar cuenta de los estándares actualmente vigentes en materia de derechos humanos en el sistema internacional, particularmente, los desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), no solo en materias de debido proceso, sino que en un sentido amplio, que dé cuenta de la progresiva convergencia entre la protección nacional e internacional en materias de Integridad Personal, Libertad Personal y Debido Proceso, lo que hemos denominado “Juicio Justo”. En cada uno de estos apartados se establecen los estándares internacionales tanto desde el punto normativo, como jurisprudencial. Con ello, se busca que los intervinientes en los procesos judiciales y los agentes de la administración de la justicia tengan una relación breve y actualizada de los elementos que configuran el contenido y alcance de estos derechos.

2. Integridad personal

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad

1* Este estudio se basa y actualiza el libro Nash, C. y Nuñez C. *Derechos Humanos y Proceso Penal: estándares de la jurisprudencia interamericana*. Ubijus, México. 2016.

2* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (1998) y Doctor en Derecho (2008) de la Universidad de Chile. Académico de la Universidad de Chile. Presidente Fundación Diálogo Jurisprudencia Iberoamericano.

del ser humano. Uno de estos pilares es el derecho de toda persona a su integridad personal. Debemos aclarar que la protección internacional cubre formas de afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no son necesariamente una violación del mismo, ya que serían afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros³.

2.1. Marco normativo internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
- 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.*
- 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.*
- 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.*
- 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 10

- 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

3 En este sentido, en el sistema europeo, ver: Van Dijk y Van Hoof, 1998: 316-317; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ver Goldrick. 199: 366; y en el sistema interamericano, ver Medina, 2003: 154-155.

2. a) *Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;*
- b) *Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.*
3. *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.*

2.2. Concepto y formas de afectación del derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal encuentra su consagración normativa en los artículos 5 de la CADH y 7 del Pacto. Sin embargo, este último instrumento consagra únicamente la prohibición de tortura y de los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. El contenido del derecho en la CADH es más amplio y consagra el derecho de toda persona a que se respete su integridad física y moral⁴.

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional, se refleja en la existencia de varios instrumentos destinados específicamente a ella⁵. Este rol central de la prohibición de la tortura se manifiesta en que esta acción es considerada un claro ejemplo de una norma absoluta en el DIDH⁶. A juicio de la Corte IDH, el derecho a no ser sometido a torturas constituye no solo una norma que no admite limitaciones, sino que además posee una especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber, es una norma *jus cogens*⁷, es

4 Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

5 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46) ONU Doc. A/39/51 (1984); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 9 de diciembre de 1985; Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobada en el marco del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987.

6 Artículo 27 de la CADH y artículo 4 del PIDCP.

7 Corte Internacional de Justicia. Caso East Timor (Portugal v. Australia), Reports 1995, párr. 29; ILC, 2001: 208 y 284 (comentarios sobre los artículos 26 y 40).

decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos⁸.

Es relevante distinguir entre las distintas conductas que afectan el derecho a la integridad, particularmente, para destacar la tortura, dado que esta calificación lleva consigo una estigmatización mayor. Además, la tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado⁹ y puede tener consecuencias en materia de reparaciones¹⁰; finalmente, la diferenciación entre las formas de afectación a la integridad personal puede ser relevante en materia de activación de mecanismos de protección a nivel de la Convención de Naciones Unidas sobre Tortura¹¹. Ni la CADH ni el Pacto hacen una distinción conceptual en esta materia. Donde sí se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos tanto en Naciones Unidas (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes)¹² como en el SIDH (Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en adelante, CAPST)¹³.

8 Schwelb, 1967: 946-975; Cebada, 2002.

9 Existe cierto consenso en que la práctica de la tortura genera la obligación de investigar por parte del Estado, independientemente de las actuaciones que puedan desarrollar las víctimas o sus representantes. En este sentido, podría ser relevante la distinción entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal conforme a la obligación de garantía expresada en la obligación de investigar y sancionar penalmente estos ilícitos.

10 Véase: Nash, 2009.

11 Otro aspecto donde también pareciera relevante la adecuada distinción entre las distintas formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de procedimientos de control y protección internacional. En particular, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) ha diseñado un procedimiento especialmente dirigido a hacer frente a casos de tortura. Este procedimiento especial contemplado en el art. 20 de la CAT expresamente hace referencia en su numeral 1 a las prácticas sistemáticas de tortura.

12 La CAT señala en su artículo 1: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

13 El artículo 2 de la CAPST señala: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación

De ambos instrumentos se pueden extraer elementos comunes que caracterizan el acto de tortura:

- En primer lugar, que la tortura debe ser un acto intencional.
- Segundo, que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental.
- Tercero, que el acto debe perseguir una finalidad.

En el caso *Bueno Alves Vs. Argentina*¹⁴, la Corte IDH sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito. Para estos efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación el artículo 5 de la CADH y lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST¹⁵. Con estas fuentes a la vista señaló que:

[...] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito¹⁶.

La Corte ha entregado un criterio respecto a la evaluación del sufrimiento, como elemento central para diferencias distintas afectaciones a la integridad, que puede servir de criterio general frente a casos específicos:

criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

- 14 Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. En el mismo sentido: Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 120 y Caso Fleury Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 72.
- 15 Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 78. En la misma sentencia del Caso Bueno Alves la Corte hace referencia al Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 156; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 126 y Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 144.
- 16 Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 79. Destacado nuestro.

Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales¹⁷.

Asimismo, para la calificación de un acto como tortura deben ser considerados las características personales del titular de derecho, esto es, sus condiciones personales o el contexto en el que se encuentra¹⁸. Destacan como ejemplos de tratos crueles, inhumanos y degradantes, casos en que por la forma en que son tratadas las víctimas pudieron temer y prever que serían privadas de su vida de manera arbitraria y violenta o sometidas a tortura¹⁹; casos en que existió una privación continua de la verdad acerca del destino de un familiar desaparecido²⁰; casos en que los familiares de las víctimas sufrieron una afectación a su integridad personal como consecuencia del tratamiento que se dio a los restos de las víctimas²¹; o, casos en que personas se ven privadas de toda comunicación con el mundo exterior por largo tiempo y, particularmente, con su familia²².

-
- 17 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 112.
 - 18 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015, párr. 189; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 132 y 133.
 - 19 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 256; Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 149.
 - 20 Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 122; Caso 19 comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 267; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 130; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 221 y; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 166.
 - 21 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 174; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 161.
 - 22 Corte IDH. Caso Galindo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de octubre de 2015, párr. 242; Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 87. También en Caso Bámaca Velásquez, supra nota

Debemos aclarar que en algunos casos el solo riesgo de verse sometido a tortura puede ser constitutivo de este ilícito, en la medida que dicho riesgo sea fundado, personal y presente²³.

2.3. Obligación de investigar y sancionar actos de tortura

La obligación de activar la investigación frente a una denuncia de tortura es del Estado y no de las víctimas²⁴. La obligación de investigar, a juicio de la Corte IDH, es tanto procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (ésta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales)²⁵. Esta obligación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa²⁶.

Una segunda consecuencia de la prohibición de la tortura, es el papel de la comunidad internacional como destinataria de esta obligación de garantía. Según la Corte IDH, en casos de violaciones graves de derechos humanos –donde se hayan “infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas”– se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables. El fundamento para esta actividad internacional es que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”²⁷.

64, párr. 150; Caso Cantoral Benavides, supra nota 75, párr. 83; y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 149; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 91.

23 Comité contra la Tortura. Observación General N° 1, Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención. 16° Período de Sesiones (1996).

24 La jurisprudencia es variada, un caso reciente: Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 238.

25 *Idem* En el mismo sentido, Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015, párr. 198; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 88. En el mismo sentido, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 143 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 256.

26 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 177.

27 Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 128.

Pero la obligación de garantía no se limita solo a la respuesta frente a casos donde se ha producido un hecho violatorio del derecho a la integridad personal, sino que también tiene importantes facetas preventivas. Una en la que la Corte IDH ha centrado su atención a través de las garantías de no repetición es la obligación de tipificar los actos de tortura en el ámbito interno de acuerdo con los estándares internacionales²⁸; otra, ha sido ordenar la capacitación de agentes estatales²⁹. Asimismo, la Corte ha planteado que en casos de violencia de género es necesario que la investigación tenga una perspectiva de género que permita determinar adecuadamente la ocurrencia de una afectación a la integridad personal de las mujeres³⁰.

2.4. Estándares referidos al proceso penal y las etapas de investigación y juzgamiento

El derecho a la integridad personal y el proceso penal tienen estrecha relación, particularmente cuando el imputado es el objeto de prueba. Es por ello que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se han consolidado estándares para proteger este derecho en un contexto más amplio que el de la investigación penal.

Una de las principales medidas que se ha abordado en este ámbito para la protección de la integridad personal, es la exclusión de prueba obtenida mediante tortura³¹. Esta medida busca evitar los incentivos propios de los sistemas basados en la confesión del inculcado como medio

28 Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto 2008, párr. 259.

29 A modo de ejemplo, ver: Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 326 y 327.

30 Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014; Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

31 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 116, 165 y 167. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que estas salvaguardas deben entenderse en el sentido de que “no debe ejercerse prisión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras”. En: Comité de Derechos Humanos, Observación General N°32, párr. 41.

probatorio³². Una de las consecuencias conexas a esta regla de exclusión es que supone la obligación de cada Estado parte de cerciorarse de que las declaraciones admitidas como prueba en cualquier procedimiento, no se hayan obtenido como resultado de tortura³³.

Otra posibilidad de afectación del derecho a la integridad personal en el contexto de la investigación penal y el proceso penal, son las intervenciones corporales realizadas a los detenidos con fines probatorios (extracción de objetos, fluidos, etc.)³⁴. El derecho a la integridad personal puede ser restringido, siempre que la injerencia no sea abusiva o arbitraria; por ello, para que la intervención corporal sea convencionalmente válida, deberá estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad³⁵.

2.5. Estándares referidos a personas privadas de libertad

Un aspecto central en la normativa y jurisprudencia internacional relacionado con el derecho a la integridad personal, ha sido el tema carcelario. En efecto, el artículo 5.2 de la CADH consagra un principio general en la materia, indicando que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Esto quiere decir que, en tanto persona, no pierde sus derechos fundamentales por estar privada de libertad, sino que, por el contrario, goza de ellos de la misma manera que los ciudadanos libres, a excepción de ciertas consecuencias que son inherentes a la privación de libertad³⁶.

32 La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, en su artículo 10, que “ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”. En el mismo sentido el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que “[t]odo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

33 Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Caso GK Vs. Suiza. CAT/C/30/D/219/2002, 7 de mayo de 2003, párr. 6.10.

34 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca), 1992, regla N° 23.

35 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 273. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 129.

36 Comité de Derechos Humanos. Observación General N°21.

El Estado asume respecto de las personas sujetas a su control una posición de garante que implica hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia³⁷. Esto quiere decir, en parte, que el Estado debe rendir cuentas y explicar las decisiones y procedimientos que adopta a fin de reducir los espacios de arbitrariedad y, frente a una violación de derechos humanos, realizar una investigación seria y procesar a quienes resulten responsables. De no ser así, se presume que el Estado es responsable de tales violaciones³⁸. Por tanto, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos, atendiendo a las particularidades de la condición carcelaria³⁹. Un completo listado de estos temas lo hace la Corte IDH en el caso Pacheco Teruel⁴⁰.

Un aspecto particularmente relevante respecto del derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la obligación del Estado de proporcionar atención médica⁴¹. Dicha atención deberá depender de las circunstancias concretas en que se encuentra la persona privada de libertad y deben considerarse elementos tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece⁴², el lapso transcurrido sin

-
- 37 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152.
- 38 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 120. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111; caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 134 y; caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 77.
- 39 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 102.
- 40 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012 (por la utilidad de las referencias que hace la propia Corte en su sentencia, se mantendrán).
- 41 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Regla 24. En el mismo sentido, el principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión determina que “[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”.
- 42 Corte IDH. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Sentencia de 19 de mayo de 2011, párr.49.

atención, sus efectos físicos y acumulativos⁴³ y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma⁴⁴. Como una salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales de las personas privadas de libertad, se ha destacado la importancia de que la atención médica sea proporcionada por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención⁴⁵.

Respecto de las penas que se apliquen por las autoridades, también existe un límite en cuanto a que estas no pueden afectar la integridad personal, teniendo en cuenta, obviamente, que toda sanción implica de alguna manera una afectación legítima a la integridad personal. Pero no solo las penas que afectan directamente la integridad física (como los castigos físicos) pueden constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante⁴⁶, también la pena de reclusión perpetua puede llegar a constituir una forma de trato cruel e inhumano⁴⁷.

Respecto de las sanciones disciplinarias impuestas en los recintos penitenciarios, los instrumentos internacionales establecen una serie de estándares que tienen como fin principal evitar que las personas privadas de libertad sean sometidas a castigos crueles, inhumanos o degradantes, o cualquier otra forma de trato abusivo. Sin duda, la sanción que presenta mayores conflictos con el DIDH por su extensivo uso, es la reclusión en celdas de castigo o aislamiento⁴⁸. Para la Corte IDH esta medida sólo será

43 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 103 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 220.

44 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 74; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 113; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 316.

45 Corte IDH. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de junio de 2012, párr. 137. En el mismo sentido: Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 102 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 220. En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos. Caso Osbourne Vs. Jamaica. Comunicación N° 759/1997. Resolución de 13 de abril de 2000, párr. 91; caso Sooklal Vs. Trinidad y Tobago. Comunicación N° 928/2000. Resolución de 8 de noviembre de 2010, párr. 4.6.

46 Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 70.

47 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 174.

48 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio XXII.

admisible si cumple estrictamente con los requisitos de legitimidad de las restricciones de derechos: legalidad, objetivo legítimo y proporcionalidad; también son relevantes para determinar la corrección de dicha medida, las condiciones en las cuales se aplica la medida y de ahí que para ser legítima, debe cumplir con estándares mínimos de habitabilidad, espacio y ventilación⁴⁹. Nuevamente, el solo hecho de verse bajo la amenaza seria de sufrir esta forma castigo puede ser considerado una violación a la integridad personal⁵⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias, y de respetar los derechos fundamentales de éstos contra toda interferencia abusiva y arbitraria⁵¹. Según la Corte IDH la falta de comunicación de la familia puede llegar a constituir una afectación del derecho a la integridad personal⁵². Con el objeto de facilitar la comunicación entre las personas privadas de libertad y sus familias, es que se ha establecido que los traslados de las personas privadas de libertad a centros de reclusión deberán tomar en consideración la necesidad de éstas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso⁵³.

El inciso cuarto del artículo 5 consagra el derecho que tienen los procesados de estar separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y que serán tratados conforme a su condición de no condenados. En cuanto al fundamento material de esta medida, la Corte ha señalado que la no separación expone al procesado a una situación de mayor violencia⁵⁴. Para efectivizar este derecho es necesario que en los recintos penitenciarios exista un “sistema de clasificación de los

49 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 94.

50 Corte IDH. Caso Penal Castro y Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 279 y Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 167.

51 CIDH. Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 576.

52 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrs. 407 y 408.

53 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio IX.

54 Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 158.

detenidos” que permita hacer efectivo este derecho de separación”⁵⁵. Por último, en cuanto a las circunstancias concretas de la separación, la Corte IDH ha señalado que “la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible”⁵⁶.

En cuanto a las personas indocumentadas que son objeto de un proceso sancionatorio a partir de su situación migratoria, la Corte IDH ha señalado que la situación de particular vulnerabilidad de las personas migrantes se ve incrementada “cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son recluidas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos”. A juicio de la Corte IDH, en casos en que sea estrictamente necesario privar de libertad a una persona atendida su situación migratoria: no debe ser conducida a un establecimiento penal, sino que a uno específicamente destinado a personas en situación de migración, atendida las finalidades diferentes de estas privaciones de libertad⁵⁷.

El artículo 5 numeral 6 consagra que las penas privativas de libertad tendrán como “finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados”. En el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte IDH señaló que las condiciones en la que se encontraban los reclusos impedía el cumplimiento de los objetivos de la privación de libertad y señala que esto es una cuestión a la que deben prestar atención los jueces tanto al momento de fijar como al momento de evaluar las penas⁵⁸.

La Corte IDH ha desarrollado estándares específicos respecto de ciertos titulares de derechos que se encuentran privados de libertad. Respecto de los niños y niñas, la posición de garante del Estado se ve

55 *Ibidem*, párr. 158 y Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 146.

56 Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 147.

57 *Ibidem*, párr. 208.

58 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 101.

reforzada, debiendo ejercer su labor con mayor cuidado y responsabilidad⁵⁹. Al respecto, una de estas medidas especiales que debe tomar el Estado, es la separación de los niños y niñas respecto de los adultos en los recintos penitenciarios⁶⁰. La Corte IDH ha resaltado que la separación de los niños y adultos es una medida para salvaguardar el derecho a la integridad personal de los niños⁶¹. La Convención (art. 5 numeral 5º) exige el establecimiento de tribunales especiales para procesar a los niños infractores de la ley. Con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los/as niños/as y adolescentes necesitan no sólo tribunales especiales, sino que normas especiales y personal especialmente capacitado para comunicarse con ellos, ya que el proceso por una infracción penal debe terminar con sanciones y medidas que promuevan la reintegración del niño y que consigan de él que “asuma una función constructiva en la sociedad”⁶². La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los aspectos de esta justicia especializada⁶³. En el caso *Mendoza y otros*, la Corte IDH precisa que el principio de especialización se aplica a todas las fases del proceso penal, incluyendo la ejecución de las sanciones⁶⁴.

Respecto de las mujeres, la Corte IDH en el caso *Penal Castro Castro* se refirió a la necesidad de que el Estado asegure la comunicación entre las mujeres y sus hijos, con el objeto de resguardar su derecho a

-
- 59 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 191. En el mismo sentido: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párrs. 156 y 191 y Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, párr. 138.
- 60 Convención de los Derechos del Niño y Niña, art. 37 c); Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla 29.
- 61 Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, párr. 136; **Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004**, párr. 175; Corte IDH. Medidas provisionales respecto de la República Federativa de Brasil, Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el ‘Complexo do Taupé’ de FEBEM. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 200, párr. 16.
- 62 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.
- 63 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 109-110; Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 211; Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113.
- 64 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 146.

la integridad psíquica de las mujeres⁶⁵. Asimismo, estableció estándares específicos respecto a la necesidad de considerar sus necesidades fisiológicas⁶⁶.

* *

*

Como se puede observar, tanto los instrumentos internacionales como los estándares desarrollados por los órganos de protección apuntan a una tutela efectiva de la integridad personal, entendida en un sentido amplio, a través de medidas de prevención, protección, sanción y reparación. Asimismo, queda claro el estatus particular que tiene la prohibición de la tortura como una práctica inaceptable y respecto de la cual los Estados tienen el deber de actuar en forma diligente, atendidas las condiciones objetivas y subjetivas de los individuos bajo su jurisdicción.

3. Libertad Personal

Un segundo derecho clave para configurar un Juicio Justo es el de la libertad personal. Este es un derecho que ha sido ampliamente desarrollado por el DIDH, por tanto, sólo nos centraremos en algunos de los aspectos más relevantes para la protección de derechos humanos desde la función jurisdiccional desarrollados durante estos últimos años.

Sabemos que algunos derechos humanos pueden ser afectados legítimamente por la autoridad en la medida que esta justifique que concurren los elementos que legitiman la aplicación de una medida de restricción o suspensión del pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados convencionalmente. Por otra parte, la libertad es, sin duda, uno de los pilares sobre el cual se construye la idea de dignidad humana y por tanto, cualquier afectación a este derecho por parte de la autoridad debe estar sujeta a condiciones estrictas. En este sentido, la Corte no solo ha señalado que su afectación es una medida excepcional, sino que la ha vinculado directamente con los principios que sustentan una sociedad

65 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 330.

66 *Ibidem*, párrs. 331 y 332.

democrática⁶⁷. Por ello, toda restricción de la libertad debe ser justificada, por breve que esta sea⁶⁸. En esta misma línea, la Corte ha señalado que el Estado tiene la obligación de establecer el orden y la seguridad en toda sociedad democrática, pero cumplimiento con ciertas condiciones de validez⁶⁹.

3.1. Marco normativo internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad

67 Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 53. En el mismo sentido: Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 71.

68 Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 75. En el mismo sentido, párr. 74; Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 54.

69 Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 70.

si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

3.2. Aspectos generales del Derecho a la Libertad y Seguridad Personal

La primera aproximación del DIDH y particularmente de la Corte IDH, fue concentrarse en las afectaciones a la libertad, entendida como libertad ambulatoria⁷⁰. Actualmente, la libertad personal es concebida con un sentido amplio que se asocia a la posibilidad de autodeterminación, es decir, de conducir la vida de acuerdo con el proyecto que cada persona decida⁷¹, esto es, la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. De esta forma, la libertad, en tanto autonomía, constituiría el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones⁷². Cualquier violación al derecho a la libertad en sentido amplio o los diversos aspectos específicamente regulados en razón de la libertad física de los individuos, constituyen una violación del principio general de la libertad personal y por tanto, una violación del art. 7.1 convencional, cualquiera sea la expresión que use el Estado para describir dicha privación de libertad⁷³.

A continuación, analizaremos los distintos componentes de la regulación convencional que permiten legitimar la afectación al derecho a la libertad personal por parte del Estado.

3.2.1. Legalidad de la privación de libertad

El numeral 2 del art. 7 consagra en términos estrictos el principio de legalidad en la privación de libertad de todo individuo. El requisito de legalidad implica que los Estados sólo podrán restringir legítimamente el derecho a la libertad personal mediante una norma con categoría de ley⁷⁴

70 Medina, 2003: 213.

71 Nash, 2014c: 21 ss.

72 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrs. 51, 52 y 53. En la misma línea: Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 129.

73 En algún caso reciente el Estado ha justificado la privación de libertad sosteniendo que la persona estaba “alojada” en un centro policial, ver: Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de octubre de 2015, párr. 180.

74 La Corte ha establecido que ley es una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”, en: Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 38.

que regule las causales y procedimientos que permitan dicha restricción⁷⁵. La Corte IDH ha desarrollado este requisito en los siguientes términos:

[s]egún el primero de tales supuestos normativos (7.2), nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)⁷⁶.

En un caso de 2012, la Corte ha ampliado los requisitos sobre legalidad de la privación de libertad con vistas a cumplir con los fines preventivos del sistema de derechos humanos:

[...] Asimismo, el Tribunal ha considerado que toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo contrario constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento⁷⁷.

Respecto de la legalidad de la privación de libertad la Corte IDH ha señalado que esta debe cumplir con la legislación interna, tanto en

75 “Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”. *Gangaram Panday Vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47.

76 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr 78.

77 Corte IDH. *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. Sentencia de 29 noviembre de 2012, párr. 100. En el mismo sentido: *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 197.

lo sustantivo como en lo procedimental, esto es, la forma en que dicha privación se produce⁷⁸.

3.2.2. No arbitrariedad en la privación de libertad

Siguiendo a la Convención, la Corte IDH sostiene que las medidas de privación de libertad no sólo deben ser dictadas de acuerdo con la legislación interna, sino que también deben pasar un test de razonabilidad y proporcionalidad⁷⁹. En relación a la arbitrariedad de la detención, la Corte IDH ha señalado que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales⁸⁰. Dicho contenido y alcance de la arbitrariedad fue ampliado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Van Alphen*⁸¹, al interpretarla en forma amplia, incluyendo los elementos: falta de pertinencia, injusticia y falta de previsibilidad. Este último elemento ha sido recogido por la Corte IDH en el caso *Torres Millacura*, donde destaca que la detención se debe basar en una causa o motivo concreto para evitar la imprevisibilidad de la misma⁸². Asimismo, serán arbitrarias las privaciones de libertad sin límite temporal⁸³.

Estos requisitos son plenamente aplicables en el caso de detenciones colectivas. En estos casos, la Corte sostiene que las detenciones colectivas pueden ser necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, pero en dichos eventos es imprescindible que sean individualizadas las razones de la privación de libertad de cada sujeto⁸⁴.

78 Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 78; Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 54; **Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 78.**

79 Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90.

80 Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 57; Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47.

81 Comité de Derechos Humanos. Caso Van Alphen Vs. Países Bajos. Comunicación N° 305/1988. Resolución de 15 de agosto de 1990.

82 Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párrs. 78 y 79.

83 Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015, párrs. 254 y 255.

84 Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 92.

Sobre la justificación de la medida restrictiva, esta siempre es de cargo del Estado y no de la víctima⁸⁵. Por tanto, la fundamentación de estas medidas por parte de la autoridad judicial es esencial para su legitimidad⁸⁶. Lo mismo que su control permanente (lo que une el numeral 3 con el 5 referido a la prisión preventiva), como carga estatal, esto es, es el Estado a través del juez quien debe justificar la mantención de la prisión preventiva y no es la persona la que deba justificar su libertad⁸⁷.

Un aspecto que debemos tener en consideración es que la ausencia de arbitrariedad es un criterio distinto y autónomo del de legalidad. Es decir, es posible que estemos ante un acto que priva de libertad a una persona en forma legal, pero que adolece de arbitrariedad⁸⁸.

Atendida esta necesidad de controlar los elementos no solo legales, sino que materiales del derecho a la libertad personal, la Corte IDH ha señalado, siguiendo a su par europeo, que una de las medidas que busca prevenir la arbitrariedad de la detención, es el control judicial inmediato⁸⁹. Además, se ha sostenido por la Corte IDH que este es un límite que no puede ser objeto de suspensión⁹⁰.

3.3. Aspectos vinculados a los derechos de la persona privada de libertad

3.3.1. Información sobre motivos de la privación de libertad

Toda persona que es privada de libertad tiene derecho a conocer las razones que motivan la afectación a su derecho a la libertad personal. Esta

85 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 111.

86 Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de octubre de 2015, párr. 199; Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015, párr. 253; Caso Vélez Llor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 116.

87 Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 121 y 122.

88 Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90; Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106.

89 Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 84.

90 Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 402.

información sirve para dar seguridad al individuo⁹¹ y además garantizar su derecho de defensa⁹².

La información que se entrega al momento de la detención es parte de un continuo de información que debe recibir la persona: a) conocer las razones de su detención; b) luego, en el juicio, la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada y; c) finalmente, en la sentencia, una exposición completa de los antecedentes de hecho y de derecho que justifican su condena. Solo en la medida que el Estado va informando de las razones de la afectación de derechos, esta se legitima.

3.3.2. Plazo razonable, autoridad competente y “sin demora”

La Convención Americana establece en su artículo 7.5 el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso⁹³. Es importante tener claro que una cosa es la duración del proceso que se rige por sus propios principios para determinar si ha sido o no un plazo razonable (art. 8 CADH) y un plazo distinto es el que justifica la mantención de esa persona privada de libertad, es este último aspecto el que regula el artículo 7.5 convencional. De esta forma, cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad⁹⁴.

La Corte ha vinculado –correctamente– la prisión preventiva con el derecho de presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, todo ello en directa relación con el sistema democrático⁹⁵. En este sentido, es claro que la prisión preventiva es una medida cautelar,

91 Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 60.

92 Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de octubre de 2015, párr. 208; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 124 y 214.

93 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 119.

94 *Ibidem*, párr. 120. Ver también: Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 70.

95 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 129, primera parte. Destacado nuestro.

no punitiva y la “[L]a regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”⁹⁶. La prisión preventiva se encuentra limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. Este principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción⁹⁷.

Un tema central respecto de la prisión preventiva es determinar cuáles son las causales que permiten que una persona no sea liberada mientras es juzgada, sino que sea mantenida privada de su libertad, pese a que la ampara la presunción de inocencia. El artículo 7.5 en este sentido señala:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (Destacado nuestro).

En el caso *J. Vs. Perú*, la Corte IDH desarrolló ampliamente este punto. Al respecto dispuso:

Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordantemente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por

96 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121.

97 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 122.

sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia⁹⁸.

Por tanto, el único elemento que justifica la prisión preventiva es la que se establece en la Convención: asegurar comparecencia en juicio⁹⁹. Son inconvencionales todos aquellos elementos que tienden a ser utilizados por los sistemas legales y por la jurisprudencia nacional para justificar la privación de libertad, particularmente, peligrosidad o características personales de la persona¹⁰⁰. Cuando se invoca dicha causal, no se puede presumir, sino que debe justificarse en cada caso concreto a la luz de los antecedentes del caso y debe ser vinculada con la comparecencia en juicio¹⁰¹.

En relación a la garantía del artículo 7.5 de la Convención, esto es, el derecho a ser llevado “sin demora” ante un juez, la Corte IDH ha dispuesto que en caso de que el Estado decida restringir esta garantía debe justificar su actuar en fines legítimos, teniendo éste la carga de demostrar que sí existieron razones para no haber puesto a la persona

98 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 159.

99 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 129; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 69;

100 En el mismo sentido ya se había pronunciado la Corte: “Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 69.

101 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 364.

ante la autoridad competente dentro del plazo que contempla la legislación del Estado Parte¹⁰².

3.4. Control judicial de la privación de libertad “hábeas corpus”

En situaciones de privación de la libertad el *hábeas corpus* representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo, para asegurar que el detenido sea presentado ante el órgano judicial encargado de constatar la legalidad de la detención, así como para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención y protegerlo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁰³.

En cuanto a la relación entre el artículo 25 de la Convención y el 7.6, la Corte ha afirmado que si se examinan conjuntamente los artículos 25 y 7.6 de la Convención, el amparo es el género y el *hábeas corpus* uno de sus aspectos específicos¹⁰⁴. Por otra parte, la Corte IDH ha señalado que la protección que garantiza el 7.6 es de carácter “judicial”, no administrativa¹⁰⁵.

Pero no basta con que los recursos existan, sino que es necesario que estos sean efectivos para cumplir con su objetivo de protección de derechos:

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención¹⁰⁶.

102 Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 129; Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 63; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 102.

103 Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 158.

104 *Ibidem*, párr. 77.

105 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 126.

106 *Ibidem*, párr. 129.

En síntesis, el derecho de *hábeas corpus* es un medio para garantizar la libertad personal y otros derechos que corren esencial riesgo en casos en que no ha habido un cumplimiento de los requisitos necesarios para legitimar la privación de libertad (vida, integridad personal). Este derecho al *hábeas corpus* es un derecho autónomo del derecho general a un recurso efectivo del artículo 25 y es una clara manifestación de la obligación de garantía de los derechos humanos. En este sentido, este es un derecho que siempre puede ejercerse independientemente de otros recursos procesales. Finalmente, este derecho se basa en la efectividad del control jurisdiccional, por lo que no es posible restringirlo en casos de excepción, ni tampoco hacerlo ineficaz por vías de hecho¹⁰⁷.

* *

*

La libertad personal es un derecho que puede ser objeto de una restricción legítima. Para que esto ocurra deben concurrir una serie de requisitos que legitiman esta afectación de derechos. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos implica que la afectación es ilegítima y por tanto, se configura un caso de violación de derechos humanos. Estos requisitos legitiman cualquier privación de libertad, no solo en el ámbito penal; por tanto, medidas administrativas e incluso médicas quedan cubiertas por estos principios. En el caso de niños y niñas, la privación de libertad debe ser siempre el último recurso y su aplicación se rige por los estándares de la Convención de los Derechos del Niño y la Niña y las Reglas de Beijing.

4. Debido proceso

La Corte IDH ha sostenido reiteradamente que el debido proceso es necesario para 'proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho'¹⁰⁸. Por ello, el debido proceso no solo constituye un derecho autónomo, sino que también es una garantía de los demás derechos y como tal, está relacionada directamente con las obligaciones

107 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 137-143.

108 Corte IDH. El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr. 25.

generales que vinculan a los Estados en una sociedad democrática¹⁰⁹.

El derecho a un debido proceso se funda en algunos principios estructurantes que es necesario tener en cuenta a la hora de determinar en cada caso concreto cuáles son estos contenidos específicos. Estos principios son: contradicción e igualdad de armas¹¹⁰. El principio de contradicción dice relación con la idea adversarial, donde los actos que determinen el resultado del proceso siempre deben dar la posibilidad a las partes o los interesados a participar en la discusión. En este sentido, las partes deben tener la oportunidad de objetar las peticiones y las pruebas que cada una de ellas presente -lo que implica el derecho a que cada uno presente pruebas-, e incluye también la noción de que las normas de procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra, y que a ambas se les permita defender sus posiciones.

El segundo principio, de igualdad aplicado al proceso, parte de la base que como todo derecho humano, el derecho al debido proceso debe gozarse por todos, sin discriminación; el principio de igualdad, por lo tanto, subyace a éste¹¹¹. Por tanto, tanto en el diseño como en la práctica, se deben tomar las medidas para que todos los actores del proceso puedan participar en él en condiciones equitativas. El Estado, en especial, debe adoptar todas las medidas que garanticen que aquellos grupos especialmente vulnerables, ya sea por razones de edad, género, etnia, condición social, discapacidad física o intelectual, salud u otras puedan gozar y ejercer su derecho a un debido proceso. En caso de no existir esta igualdad materia, se deben tomar medidas eficaces para establecerla¹¹².

Estos principios generales y su garantía uniforman el debido proceso y, por tanto, en un sistema coherente de derechos como lo son los sistemas codificados, cada solución particular debe ser capaz de explicarse a la luz de la mejor forma de cumplir con estos principios. *A contrario sensu*, una interpretación de un acto que no permita satisfacer estos principios, debe ser rechazada.

109 Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 147.

110 Un tratamiento completo de estos principios, ver Nash y Nuñez, 2016.

111 *Ibidem*, p. 207.

112 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 202.

En definitiva, el debido proceso pretende proteger el derecho de los individuos a que las controversias que se susciten entre dos partes, sean ellas particulares u órganos del Estado y se refieran a materias que están o no están en el ámbito de los derechos humanos, o los procedimientos de tipo penal para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, se resuelvan con la máxima justicia posible¹¹³. Para ello, los instrumentos internacionales establecen requisitos generales que deben ser cumplidos por todo proceso¹¹⁴ y, además - como el acusado es particularmente vulnerable frente al poder del Estado y en un proceso penal se corre, por lo menos, siempre el riesgo de una limitación a un derecho humano, la libertad personal - ellos contienen las “garantías mínimas”¹¹⁵ que aseguran un procedimiento adecuado para el imputado, que se aplican conjuntamente con la noción general de debido proceso. Esto implica que es posible que, eventualmente, puedan requerirse garantías adicionales a las mínimas establecidas en estos instrumentos para que un proceso penal específico sea compatible con la exigencia de que el proceso sea debido¹¹⁶.

4.1. Marco normativo internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8 Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

113 Melgar, 1998: 1035-1048.

114 Artículo 8.1 CADH y 14.1 PIDCP.

115 Artículo 8.2 CADH y 14.3 PIDCP. En general, sobre el debido proceso en materia penal, ver Rodríguez, 1998: 1295-1328.

116 “Ahora bien, las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1.” Comité de Derechos Humanos. Observación General 13, 1984, párr. 5.

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*
- 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
- 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*
- 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad

nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean

sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

4.2. Concepto y alcance del debido proceso

La Corte IDH ha entendido por debido proceso “[El] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para una adecuada defensa ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”¹¹⁷. De esta forma, el contenido del debido proceso no se agota en las garantías contempladas explícitamente en los tratados internacionales; si bien estas son garantías mínimas, no logran especificar todos los componentes que integran el debido proceso¹¹⁸. Por ello, el Estado tiene la facultad de organizar el proceso penal con libertad, en la medida que respete estos mínimos¹¹⁹.

La Corte IDH ha señalado que las garantías del artículo 8.1 de la Convención no se aplican solamente a tribunales o procesos judiciales, sino también a los procedimientos que, aun cuando no sean estrictamente jurisdiccionales, constituyen el presupuesto de un proceso judicial, tales como las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y el avance del mismo¹²⁰. La Corte IDH ha sido constante en señalar que el

117 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102.

118 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 176.

119 Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 66.

120 Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 145 y Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, párr. 120; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 161.

artículo 8.1 de la Convención consagra las garantías mínimas del debido proceso legal necesarias para que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos¹²¹. En este sentido, toda decisión que adopte una autoridad y que afecte derechos fundamentales de las personas debe sujetarse a las exigencias del artículo 8.1 de la Convención, incluidos procesos administrativos¹²² o decisiones de autoridad distintas a las procesales¹²³.

4.3. Garantías generales que integran el debido proceso

Los artículos 8.1 de la CADH y 14.1 del Pacto establecen una norma general, que se aplica a todos los procedimientos. De esta norma se desprenden ciertos derechos generales comunes a todo procedimiento, que dicen relación con el derecho a ser oído, el derecho a un tribunal competente, independiente, imparcial y establecido con anterioridad por ley y ciertas garantías generales.

De esta forma, al momento de interpretar el contenido y alcance del debido proceso debe considerarse: el texto del artículo 8 convencional y 14 del Pacto, y su espíritu (objeto y fin de la garantía) en forma conjunta; otros derechos y garantías de carácter convencional, constitucional o legal, que garanticen los derechos de las personas; y aquellos derechos y garantías que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Estos criterios interpretativos, aplicados conjuntamente, determinarán el alcance que debe darse al debido proceso aplicado a cada situación concreta.

121 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 27; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142; y, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2001, párr. 115; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de Septiembre de 2006, párr. 118 y Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 126-127; Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 118.

122 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 70; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 103 y Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 125; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

123 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015, párr. 243.

4.3.1 Derecho a ser oído

La Corte IDH se ha referido explícitamente al derecho de acceso a la justicia, afirmando que éste se derivaba tanto del artículo 8.1 como del 25.1 de la Convención Americana, distinguiendo así entre los contenidos de ambos artículos, pero situándolos a los dos como parte de una idea más amplia, el derecho de acceso a la justicia¹²⁴. Para aproximarnos a las garantías que componen, específicamente, el derecho al debido proceso, debemos partir por el derecho a ser oído. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, este derecho “exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”¹²⁵. En particular, el derecho a ser oído consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, los cuales consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera¹²⁶.

En un primer momento, la Corte IDH desarrolló el contenido y alcance del derecho a ser oído, relacionándolo con la necesidad de que el Tribunal considere ciertos presupuestos básicos para dar por probados determinados hechos que tendrán como consecuencia la imposición de una sanción¹²⁷. Posteriormente, desarrolla específicamente el contenido y alcance del derecho a ser oído, donde pueden extraerse a partir del artículo 8.1 dos dimensiones, una formal y procesal (acceso) y otra material o sustantiva (decisión conforme procedimiento establecido):

124 Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrs. 50-52. Sobre la distinción entre el 8.1 y e. 25.1, ver Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párrs. 200 y 201.

125 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 72; Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 120 y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 228.

126 Así, por ejemplo en: Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 137; Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 56; Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 79; Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 101 y; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 140.

127 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 140.

El examen requerido en el presente caso amerita que la Corte precise el alcance del derecho a ser oído establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido¹²⁸.

4.3.2 Derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente

De acuerdo con la CADH y el PIDCP el tribunal encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial. La Corte IDH ha señalado que tales características deben regir a lo largo de las diferentes etapas o instancias de un proceso; esto, atendido a “que el proceso penal es uno solo a través de dichas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores”¹²⁹.

De acuerdo con la Corte IDH, tanto el tribunal como el procedimiento deben ser establecidos por ley, entendiendo por tal “una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Part[e] para la formación de las leyes”¹³⁰. Esta es una garantía vinculada directamente con la vigencia del Estado de Derecho en una sociedad democrática¹³¹.

128 Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 122.

129 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 161 y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 280.

130 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 114.

131 Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013, párrs. 170-173; Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 207-221.

Una materia sobre la cual la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones y que guarda relación con el derecho a un tribunal competente, es el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado hasta establecer tres requisitos para que esta opere de manera legítima: i) tener un alcance restrictivo y excepcional; ii) encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno y, iii) estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares¹³².

La independencia del tribunal tiene como propósito que estos, al ejercer sus funciones –valoración de hechos y aplicación de la ley–, estén libres de cualquier influencia ajena o interferencias, ya sean directas o indirectas. Para garantizar tal objetivo, los tribunales deben ser independientes en dos ámbitos o facetas, a saber, la institucional y la personal¹³³. La independencia institucional consiste en evitar que el poder judicial, como sistema, esté sometido a influencias o restricciones en el ejercicio de sus funciones por parte órganos ajenos al poder judicial¹³⁴. Las garantías que se derivan de la independencia judicial en relación a la persona del juez¹³⁵, son: un adecuado proceso de nombramiento¹³⁶, la inamovilidad en el cargo¹³⁷ y la garantía contra las presiones externas¹³⁸.

132 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 108.

133 Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 155 y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 199.

134 Comité de Derechos Humanos. Observación General N°32, 23 de agosto de 2007, párr. 24.

135 *Ibidem*, párr. 67.

136 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98. Ver también: CEDH. Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido. Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 78; caso Langborger Vs. Suecia. Sentencia de 22 de enero de 1989, párr. 32 y; Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principio 10.

137 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98. Ver también: Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principio 12.

138 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98. Ver también: Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principios 2, 3 y 4.

Por otra parte, la Corte IDH ha definido a la garantía de imparcialidad como aquel criterio que “[...] exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”¹³⁹.

Así pues, la Corte IDH, siguiendo a la Corte Europea, ha establecido el contenido de la imparcialidad apuntando a su doble faceta: subjetiva y objetiva. La faceta subjetiva exige a los/as jueces/zas evitar que su fallo esté influenciado por prejuicios o sesgos personales y carecer de ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su conocimiento¹⁴⁰. Tal imparcialidad “se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente, por ejemplo, en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes”¹⁴¹. Por su parte, la imparcialidad objetiva guarda relación con las apariencias de sus actos y no con estados subjetivos del/la juez/a¹⁴². Respecto a la prueba, la Corte ha señalado que “la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”¹⁴³.

4.3.3 Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Como ha subrayado la Corte, del derecho de acceso a la justicia se deriva que la resolución de las controversias debe realizarse en un tiempo razonable, ya que una demora prolongada o “[l]a falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”¹⁴⁴.

139 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 56.

140 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, 1984, párr. 21.

141 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 56 y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 189 y 234.

142 Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principio N° 2.

143 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 189.

144 Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 73 y Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Sentencia de 29 noviembre de 2012, párr. 152.

Antes de determinar si un plazo es o no razonable, es necesario identificar el tiempo cuya razonabilidad se evaluará. En materia penal, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el tiempo debe empezar a contarse desde “el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”¹⁴⁵. A modo de ejemplo, la Corte ha señalado que tal acto puede coincidir con la fecha de aprehensión del individuo, o con el momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. En el otro extremo, se marca el fin del cómputo del plazo con la sentencia firme recaída en el proceso, esto incluye, por supuesto, los recursos ordinarios y extraordinarios que puedan haberse presentado¹⁴⁶.

La Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, ha considerado cuatro elementos para evaluar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo¹⁴⁷.

La complejidad del asunto sometido a conocimiento de las autoridades es un factor que juega a favor del Estado: mientras más complejo sea un asunto, mayor será el tiempo que se considerara razonable. Pero no basta determinar que un caso es complejo para justificar un retraso, debe también demostrarse que la prolongación se encuentra directamente conectada con tal condición y que no se debe, por ejemplo, a la inactividad de las autoridades judiciales. En cuanto a los criterios para determinar la complejidad¹⁴⁸, la Corte ha señalado varios. Entre los más importantes destacan: la extensión de las investigaciones y la amplitud de

145 Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 70.

146 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 80; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 71 y Comité de Derechos Humanos. Observación General N°. 32, párr. 35.

147 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 155; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párr. 156.

148 Estos criterios son sistematizados por Ibañez, 2014: 228.

las pruebas¹⁴⁹, el número de incidentes e instancias¹⁵⁰, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales¹⁵¹ y presuntas víctimas¹⁵², el número y naturaleza de los delitos que se están juzgando, la imposibilidad de detener a los inculpados¹⁵³, el tiempo transcurrido desde la violación¹⁵⁴, el contexto en el que ocurrió la violación¹⁵⁵, si el asunto comprende debates técnicos, la necesidad de obtener la opinión de peritos¹⁵⁶, si se trata de asuntos de gran relevancia y/o que requieran de un cuidado especial, así como de si supone procesos usuales para los Estados¹⁵⁷.

Respecto a la actividad procesal del interesado se deben evaluar los “comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna”, con el objeto de verificar si fue la actividad del interesado o presunta víctima la que entorpeció o demoró los procesos judiciales. De acuerdo con la Corte IDH, no califica como entorpecimiento la interposición de medios de impugnación reconocidos por la legislación interna¹⁵⁸.

-
- 149 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 78 y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 157.
- 150 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 78 y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 165
- 151 Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 106 y Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 133.
- 152 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 152; Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 103 y; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 113.
- 153 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 156.
- 154 Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 150 y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 245.
- 155 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 184; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 293 y; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 156.
- 156 Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párrs. 163 y 176, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 165.
- 157 Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 67.
- 158 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 79.

En cuanto a la actividad procesal de las autoridades judiciales¹⁵⁹, se debe evaluar si estas han actuado con diligencia y celeridad, teniendo en cuenta, si las autoridades realizan diligencias inútiles dirigidas a demorar la tramitación del proceso o si no realiza acción alguna para su consecución¹⁶⁰.

Respecto a la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, esto es, los intereses de la víctima –considerando su situación jurídica– deben equilibrarse con la complejidad del asunto para determinar el plazo razonable¹⁶¹. De esta manera, no se respetan las exigencias del plazo razonable cuando no se tienen en cuenta los derechos e intereses en juego en el proceso, o las afectaciones significativas, irreversibles e irremediables que el retraso en la decisión judicial puede generar en la situación jurídica y los derechos de las personas involucradas¹⁶².

Por último, es importante destacar algunas pautas generales o mirada en su conjunto del plazo que ha desarrollado la jurisprudencia internacional. En primer lugar, la idea de la razonabilidad del plazo también debe aplicarse para la determinación de un plazo mínimo, puesto que el proceso debe dar oportunidad a las partes para presentar sus pruebas y para objetar las del contradictor¹⁶³, y parece evidente que también debe dar al/la juez/a la posibilidad de poder estudiar y fundamentar su decisión. Segundo, el Comité estima es normal para el desarrollo de un juicio, corresponde al Estado justificar la demora; si ese plazo no ha transcurrido, corresponde al peticionario demostrar que este plazo, en principio normal,

159 Se consideran como tales las autoridades judiciales y las autoridades públicas que actúan en todos aquellos procesos o procedimientos no judiciales que de alguna manera inciden en la causa. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 131.

160 Salmon y Blanco, 2012: 216.

161 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso H. Vs. Reino Unido. Sentencia de 8 de julio de 1987, párrs.71-86; Caso X Vs. Francia. Sentencia de 31 de marzo de 1992, párr. 32 y; Caso Silva Pontes Vs. Portugal. Sentencia de 23 de marzo de 1994, párr. 39. Citado en: Corte IDH, Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 179.

162 Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 76; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 136.

163 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 141.

era excesivo para su caso¹⁶⁴. En el sistema interamericano, la Corte IDH ha señalado que no proceden alegatos sobre circunstancias internas de los Estados, como la sobrecarga de trabajo de los tribunales, respecto de la obligación de administrar justicia en un plazo razonable. La Corte ha indicado que le corresponde al Estado exponer y probar las razones por la que se ha requerido más tiempo del que sería en principio razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular¹⁶⁵.

En definitiva, la determinación de la razonabilidad del plazo nunca es una operación matemática, no es posible establecer un plazo fijo que se considerara razonable en todos los supuestos. Tal evaluación debe realizarse caso por caso y depende de circunstancias particulares de la causa.

4.3.4 Derecho a un fallo razonado

Ni el artículo 8.1 de la CADH, ni el artículo 14.1 del PIDCP establecen como un requisito del debido proceso que el fallo que decida un caso sea razonado, pero es evidente que las debidas garantías podrían verse anuladas si no se exigiera al tribunal que fundara sus decisiones, tanto en los hechos probados en el caso, como en el derecho que se aplica. Se destaca por la Corte que este deber tiene por objeto evitar la arbitrariedad¹⁶⁶. De ahí que la Corte ha establecido que el fallo debe “permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”¹⁶⁷.

164 Comité de Derechos Humanos. Caso Douglas Vs. Jamaica. Comunicación N°. 571/1994. Resolución de 25 de julio de 1996, párr. 9.3 y Caso Stephen Vs. Jamaica. Comunicación No. 373/1989. Resolución de 18 de octubre de 1995, párr. 9.8.

165 Corte IDH. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015, párr. 151; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párr. 156.

166 Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 118. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 153 y Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 78.

167 Corte IDH. Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 87.

4.4. Garantías relativas específicamente al proceso penal

Como se dijo anteriormente, el artículo 8.2 de la Convención y el artículo 14.3 del Pacto establecen ciertas garantías especiales mínimas para el inculpado, que coexisten con las garantías generales del inciso primero de dichos artículos y están destinadas a precisar la protección de aquél que es objeto de un juicio penal, por el efecto que este tipo de juicio tiene sobre algunos derechos humanos de la persona, como el de su libertad personal y su honra¹⁶⁸.

Sobre la aplicación de estos mínimos a casos distintos al penal, podemos citar el caso *Vélez Loor*, donde la Corte IDH añadió que las llamadas “garantías mínimas” contempladas en el artículo 8.2 eran aplicables a un procedimiento administrativo sancionatorio como el que afectaba al señor Vélez Loor (procedimiento de expulsión del país). Lamentablemente, la Corte no precisó si la razón de ello radicaba en la naturaleza o características de este procedimiento, sino que sólo aludió a su jurisprudencia previa¹⁶⁹ en la que sostuvo que tales garantías se extendían también a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”:

[...] [E]l artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda¹⁷⁰.

168 Sobre este tema, véase: Rodríguez, 1998.

169 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 70; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 103 y Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 125.

170 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

La aplicación o no de estas garantías mínimas penales a otros procedimientos dirá relación con la necesidad de usarlas para concretar los principios de contradicción e igualdad de armas en cada caso concreto, más allá de su naturaleza no penal.

4.4.1. Principio general de presunción de inocencia

La presunción de inocencia es uno de los pilares del procedimiento penal¹⁷¹. Por ello, el segundo párrafo del artículo 8 de la Convención parte con la garantía a toda persona inculpada de delito a “que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por su parte, el artículo 14.2 del PIDCP establece que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

El principio de presunción de inocencia implica tanto que la persona debe ser tratada como si fuera inocente hasta que no sea encontrada culpable por una sentencia judicial, como que nadie puede ser condenado a menos que el Estado pruebe a satisfacción razonable del tribunal que la persona es culpable del hecho que se le imputa¹⁷². En este sentido, del principio de presunción de inocencia se pueden extraer tres dimensiones o reglas: en primer lugar, tal principio impone la carga de la prueba en quien acusa¹⁷³; toda persona inculpada de un delito debe ser tratada como inocente por toda autoridad mientras no recaiga sobre ella una sentencia condenatoria firme¹⁷⁴; finalmente, la presunción de inocencia opera como regla de juicio, es decir, ante prueba incompleta o dudas sobre si al acusado le cabe participación punible, no procede condena, sino absolución¹⁷⁵.

171 Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77 y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 183.

172 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 7.

173 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 182.

174 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32, párr. 30; Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 258

175 **Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000**, párr. 120 y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 182 y 183.

La obligación de respetar y garantizar este derecho no solo es un mandato para el juez, sino que para toda autoridad pública¹⁷⁶, cuestión muy sensible en casos de connotación pública (terrorismo, crimen organizado, crímenes de alto impacto, entre otros).

4.4.2. Derecho de defensa

Como bien ha establecido la Corte IDH, el derecho de defensa deriva de la premisa que las partes o intervinientes que actúan en el proceso son sujetos de derecho y no meros objetos del mismo¹⁷⁷. En términos generales, el derecho de defensa exige que el “justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”¹⁷⁸. En materia penal, implica que el imputado tiene derecho a ser oído en todas las etapas del proceso, formulando las alegaciones y haciendo uso de los medios de prueba que estime conveniente, dentro de los cauces previstos por las leyes procesales y que esta debe ser una defensa técnica, llevada a cabo por un abogado que esté en condiciones de hacer un control de la situación que afecta a la persona y, de esta forma, garantizar el principio de igualdad en el proceso¹⁷⁹.

Estas garantías específicas son concreción de los principios generales y, por tanto, es perfectamente posible aplicar algunas de ellas en otros procesos distintos al penal, o bien, ampliar estas garantías específicas en casos que las circunstancias así lo obliguen para la satisfacción de los principios de contradicción e igualdad de partes. Es importante notar que el conjunto de garantías consagradas en el art. 8.2 CADH y 14.3 PIDCP, constituyen una unidad en virtud del sentido que las orienta: todas tienen como propósito que el inculcado pueda efectivamente defenderse de las imputaciones que contra él se formulan en un proceso penal.

176 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 245-247.

177 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29 y Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 117.

178 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, párrs. 117 y 119.

179 Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 175-177.

Además de las garantías que lo componen, es muy relevante establecer el momento a partir del cual se goza el derecho de defensa y el momento en que deja de operar. Al respecto, la Corte IDH ha resaltado que el derecho de defensa, necesariamente, debe “poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”¹⁸⁰.

• Derecho a traductor o intérprete

Parece obvio que el artículo 8.2, letra a) de la CADH establezca el “derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”, puesto que éste, para poder defenderse, debe estar en situación de entender de qué se le acusa. El PIDCP establece el mismo derecho en su artículo 14.3.f).

En su jurisprudencia, la Corte IDH ha indicado que el proceso “debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”¹⁸¹ y que “[s]i no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”¹⁸².

En el caso de los extranjeros, como veremos más adelante, este derecho se concreta en el derecho a la asistencia consular.

• Derecho a que se le comunique la acusación

Una vez que se formula una acusación, de conformidad con el artículo 8.2.b) de la CADH, ésta debe ser comunicada de manera “previa y detallada” al inculcado, y según el artículo 14.3.a) del PIDCP,

180 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29.

181 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 117.

182 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 202.

la comunicación deberá ser “sin demora, en un idioma que comprenda” y contener información sobre “la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”. La Corte IDH ha establecido que la comunicación previa y detallada de la acusación debe hacerse al momento de iniciarse las primeras diligencias de investigación¹⁸³ y que la exhaustividad de la información dependerá del avance del procedimiento¹⁸⁴. En todo caso, la información debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada”¹⁸⁵. La Corte IDH se ha pronunciado sobre el vínculo entre el éxito de la investigación con el derecho de defensa de los inculpa- dos:

En este sentido, esta Corte ha señalado que es admisible que en determinados casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante una investigación en un proceso penal, de modo de garantizar la eficacia en la administración de justicia. Asiste al Estado la potestad de construir un expediente tomando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan¹⁸⁶.

El umbral de exigencia se elevará conforme el avance del proceso, hasta alcanzar su máximo punto en la formulación oficial de la acusación penal. En este momento, el Estado deberá comunicar al imputado no sólo los hechos que se le atribuyen, sino también, los motivos que hacen al Estado suponer su participación, los indicios y elementos de prueba en los que se apoya y la calificación jurídica que otorga a estos hechos.

El cumplimiento de este deber recae exclusivamente en el Estado, por lo que la posibilidad del inculpa- do de tomar conocimiento, por otros conductos, de las acusaciones que sobre él pesan, no exime al Estado de su obligación de efectuar una comunicación que satisfaga las antedichas características¹⁸⁷.

183 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 30.

184 *Ibidem*, párr. 31.

185 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 28. El destacado es nuestro.

186 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 196.

187 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 47.

- **Concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.**

La CADH, en su artículo 8.2.c) establece el derecho del inculpado a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; lo mismo establece el Pacto en su artículo 14.3, letra b).

La Corte IDH ha señalado que este derecho comprende la obligación del Estado de permitir “el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra”¹⁸⁸. Por su parte, el Comité ha señalado algunos criterios para considerar este plazo: deberá considerarse el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa; además, deberá fijarse un período que haga posible al acusado contratar a un abogado y comunicarse con éste¹⁸⁹.

- **Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.**

La letra d) del artículo 8 de la CADH permite al inculpado ya sea asumir su defensa personal o hacerse asistir por un defensor de su elección y de comunicarse con él libre y privadamente. El artículo 14.3.d) del PIDCP consagra este mismo derecho.

El Comité se ha preocupado de establecer ciertos criterios respecto de la actuación de los abogados: este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones, y los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte¹⁹⁰.

188 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 170. En el mismo sentido: Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 54.

189 Comité de Derechos Humanos. Observación General N°. 13, párr. 9.

190 *Idem*

• Derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor

El artículo 8.2.e) de la CADH establece el derecho a tener asistencia jurídica como un derecho irrenunciable, a pesar de que podría discutirse si es siempre posible nombrar un defensor a un inculpado que se niega a tenerlo o si ello sólo debe hacerse cuando el interés de la justicia lo requiera, como sugiere el artículo 14.3.d) del Pacto.

La Corte IDH ha determinado que el momento en el que empieza a regir el derecho a defensa técnica¹⁹¹ será “desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”¹⁹² y alcanza incluso la etapa de ejecución de la pena¹⁹³.

Además de referirse al momento en que empieza a regir este derecho y cuándo culmina, la Corte IDH también se ha manifestado en torno a las condiciones que se deben dar para que este derecho sea efectivo. El Tribunal ha resaltado la importancia de la comunicación libre y privada entre el inculpado y su defensor/a¹⁹⁴ y que el tiempo en que se desarrolle esta comunicación sea razonable. Asimismo, ha resaltado la importancia de que si la defensa es proporcionada por el Estado, esto no sea solo una formalidad para satisfacer los requerimientos convencionales, sino que también la defensa debe llevarse a cabo con diligencia¹⁹⁵.

191 Un completo análisis sobre los alcances de la defensa técnica, en un reciente fallo: Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015, párrs. 153-175.

192 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrs. 29, 62 y 64.

193 Hasta el caso López Álvarez Vs. Honduras, se entendía que el proceso concluía con la dictación de sentencia definitiva.

194 Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 146 y 148; Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 206.

195 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 155.

• Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia de testigos o peritos

El artículo 8.2.f) de la CADH establece lo que se conoce como el principio de contradicción¹⁹⁶, que implica la noción de que el inculpado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance y puede objetar todos los medios de prueba que se presenten por el Estado ante el tribunal. Respecto de la norma del 14.3.e) del PIDCP, el Comité ha vinculado este derecho con el principio de la ‘igualdad de armas’: “[E]sta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de que dispone la acusación”¹⁹⁷.

En el caso *Norín Catrیمان y otros Vs. Chile* (2014), la Corte estableció las condiciones que podrían legitimar una medida de protección de identidad de testigos sin que esto implique anular el derecho de defensa de la persona imputada penalmente. Sostuvo la Corte:

La Corte pasará a analizar si en los procesos concretos de las referidas tres presuntas víctimas de este caso las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo. Al efectuar tal evaluación la Corte tendrá en cuenta la incidencia que tuvo la medida en el derecho a la defensa del acusado¹⁹⁸.

En consecuencia, el derecho puede ser objeto de una medida de restricción, pero esta está sujeta al cumplimiento de estrictos requisitos para no hacer inviable el ejercicio del derecho de defensa.

196 En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte IDH encontró una evidente violación al principio de contradicción ya que la ley “prohibía a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas” (*Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 62).

197 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 12.

198 Corte IDH. Caso *Norín Catrیمان y otros* (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 245.

• Derecho a estar presente en el juicio

Las garantías mínimas contenidas en el artículo 8.2 de la CADH no contienen expresamente el derecho a estar presente en el juicio, pero éste se deriva, sin duda, entre otros derechos, del derecho del acusado de defenderse personalmente y de objetar las pruebas presentadas en su contra. Este derecho, en cambio, sí está establecido expresamente en el artículo 14.3.d) del PIDCP.

Los derechos de defensa y a estar presente en el juicio implican que, en principio, los juicios *in absentia* no son compatibles con el Derecho Internacional. Sin embargo, esta regla puede tener excepciones: el propósito del juicio es definir la culpabilidad o inocencia de una persona, pero también poder aplicar la sanción penal a aquél que se ha hecho merecedor de ella. Por tanto, es posible que se permita el juicio *in absentia*, a condición de que, si la persona aparece, se le dé la oportunidad de defenderse¹⁹⁹.

• Derecho de Asistencia Consular

Cuando una persona debe afrontar un proceso que supone su privación de libertad en un país del cual no es nacional, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, fundada en el posible desconocimiento del idioma y del sistema jurídico al que se enfrenta. Ante esto, el derecho de asistencia consular - regulado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares - busca resguardar el derecho al debido proceso y el efectivo acceso a la justicia de quienes son juzgados en un país del cual no son nacionales y configura una garantía mínima en los términos del 8.2 CADH²⁰⁰.

En cuanto al contenido de esta garantía, la Corte IDH destacó en el caso *Vélez Llor*, que ésta comprendía al menos tres elementos esenciales²⁰¹: el derecho del detenido a ser informado de los derechos que le aseguraba la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares;

199 Comité de Derechos Humanos. Caso Mbengue Vs. Zaire. Comunicación N°. 16/1977. Resolución de 25 de marzo de 1983, párr. 14.1.

200 Corte IDH. Caso Vélez Llor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrs. 152 y 157.

201 *Ibidem*, párr. 153.

la posibilidad de comunicarse efectivamente con el funcionario consular; y, el derecho a la asistencia consular misma. Adicionalmente, la Corte IDH puntualizó que el derecho a comunicarse efectivamente con el funcionario consular comprende a su vez dos prerrogativas: el derecho del detenido a comunicarse libremente con el o los funcionarios consulares y el derecho a recibir visitas de ellos²⁰².

• **Calidad de público y oralidad del juicio; fallo público.**

El artículo 8.5 de la CADH establece que el “proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 14.1 del PIDCP, la CADH sólo exige que el proceso penal sea público, no así otros tipos de proceso. Este es un requerimiento formal, que intenta asegurar la transparencia de la justicia por medio de permitir la presencia de terceros cuando el juicio se efectúa; la obligación del Estado es, pues, hacer de hecho y de derecho posible que la vista del juicio sea accesible al público. La exigencia de que el proceso sea público intenta no sólo proteger al acusado, sino que es también un derecho de toda la comunidad, ya que todos deben poder controlar a través de su presencia el modo cómo se ejerce la justicia en una sociedad democrática²⁰³.

Es necesario hacer presente que el hecho de que el proceso deba ser público no significa que se deba hacer publicidad en torno al juicio. A este respecto, los tribunales deben tener siempre presente que se debe proteger al acusado de escarnio público²⁰⁴.

* *

*

Como hemos podido ver, el derecho de defensa constituye una concreción de los principios que uniforman el debido proceso, aplicados al caso concreto para materializar la posibilidad de contradicción en condiciones de igualdad, en un espacio especialmente complejo como

202 *Ibidem*, párr. 158.

203 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 168. En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 6.

204 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 148.

es el penal, donde la titularidad del *ius puniendi* está radicado en el actor más poderoso: el Estado.

4.4.3. No declarar contra sí mismo

El artículo 8.2 g) establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Lo importante de esta garantía es que ella anula la posibilidad de utilizar una confesión como prueba contra el inculcado cuando ella ha sido arrancada haciendo uso de este tipo de tratamiento. La CADH reitera esto cuando establece en el artículo 8.3 que “[l]a confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

En el caso *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte IDH consideró que la mera exhortación a los inculcados a decir la verdad, no constituía violación del artículo 8.3, cuando no había constancia en autos de que “esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad”²⁰⁵.

El Comité de Derechos Humanos se ha referido expresamente al alcance de esta garantía en su Observación General N°32, recalcando la necesidad de que se excluya la confesión obtenida con métodos de coerción:

Por último, el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho a no verse obligado a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable. Esta salvaguardia debe interpretarse en el sentido de que no debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiesen culpables. Con mayor razón es inaceptable tratar a un acusado de forma contraria al artículo 7 del Pacto a fin de obligarlo a confesar. El derecho interno debe establecerse que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo 7 del Pacto quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos por esta disposición, y que en tales casos recaer sobre el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libremente y por su propia voluntad²⁰⁶.

205 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 167.

206 Comité de Derechos Humanos. Observación General N°. 32, párr. 41. Ver, en el mismo sentido: Corte IDH. Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 58.

Esta es una garantía que demuestra la coherencia del sistema, que a través de distintas regulaciones busca la protección de los principios básicos del sistema. En este caso, a través de una norma relativa a la protección de un debido proceso se establece una efectiva garantía del derecho a la integridad personal. En efecto, no parece haber un mayor incentivo a la práctica de abusos a la integridad personal si la confesión obtenida mediante estos procedimientos no pueda ser utilizada en juicio.

4.5. Derecho a recurrir del fallo

Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales. En este sentido, dentro de este conjunto de requisitos, específicamente en relación con el ámbito penal (artículo 8.2), se contempla el derecho que tienen las personas, de recurrir del fallo frente a un tribunal superior. Por su parte, el PIDCP también consagra este derecho en los siguientes términos: “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” (artículo 14.5). Asimismo, otros instrumentos específicos de derechos humanos también contemplan este derecho, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 40.2.b.v señala que: “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

En conocimiento de casos contenciosos que han llegado al SIDH, tanto la Comisión Interamericana como la Corte IDH, han tenido la oportunidad de precisar el contenido y alcance del derecho contemplado en el artículo 8.2 letra h) de la CADH. Así, han delimitado sus principales características, señalando que el derecho a la revisión sólo se satisface mediante un recurso que cumpla con las siguientes características:

- (a) La sentencia recurrida por el acusado debe ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.

(b) Dicho tribunal debe tener competencias ordinarias para conocer con amplitud todos los planteamientos del recurrente.

(c) El medio de impugnación en cuestión debe ser un recurso ordinario eficaz que garantice un examen integral de la decisión recurrida.

(d) Por ello el recurso, en cuanto a sus motivos de procedencia, debe estar desprovisto de restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo.

(e) En cuanto a los requisitos de admisibilidad, el medio de impugnación debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho²⁰⁷.

En concepto de la Corte IDH, este derecho tiene por finalidad procurar la corrección de las decisiones judiciales contrarias a derecho²⁰⁸. Como sostiene Ferrajoli, “siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen”²⁰⁹. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que este derecho busca otorgar mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado²¹⁰. Considerando esta finalidad, este derecho no puede ser mirado de manera aislada en el conjunto de garantías del debido proceso, así como tampoco respecto de otros derechos protegidos en la CADH. La Corte IDH ha destacado la importancia del derecho al recurso en relación a otros derechos consagrados en la CADH:

Asimismo, la Corte destaca que, sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras

207 Esta sistematización de las características que debe tener un recurso judicial para satisfacer los estándares internacionales, ha sido realizada por Pastor, 2002: 257 y ss.

208 **Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 161.**

209 Ferrajoli, 2006.

210 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 89 y Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 97.

garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados [...] ²¹¹.

Específicamente, en relación con el derecho a defensa, la Corte IDH ha señalado que el derecho de impugnar el fallo busca proteger este derecho, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona ²¹².

El derecho a recurrir del fallo se enmarca dentro del conjunto de garantías que conforman el debido proceso legal, las cuales se encuentran indisolublemente vinculadas entre sí ²¹³. Por lo tanto, el derecho a recurrir el fallo debe ser interpretado de manera conjunta con otras garantías procesales si las características del caso así lo requieren. A modo de ejemplo, cabe mencionar la estrecha relación que existe entre el derecho a recurrir el fallo y una debida fundamentación de la sentencia, así como con la posibilidad de conocer las actas completas del expediente incluyendo las actas del juicio en el caso de los sistemas orales ²¹⁴.

A continuación, analizaremos de manera detallada una de las características de este derecho.

- Tribunal competente: La Corte IDH ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado en la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener accesosino que es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del

211 Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 119.

212 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 158; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 88 y; Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 98.

213 Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 120.

214 CIDH. Caso Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaue y otros Vs. Chile, párr. 263.

caso concreto²¹⁵. Además, es necesario que el tribunal o juez que revise la sentencia penal condenatoria sea distinto y de superior jerarquía orgánica²¹⁶.

○ Accesibilidad: La accesibilidad dice relación con que los requisitos para interponer el recurso, no deben revestir mayores complejidades, de manera tal que no se vuelva ilusorio este derecho²¹⁷ y en ningún caso pueden constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente²¹⁸.

○ Eficacia de la revisión: La eficacia del recurso, implica que debe procurar resultados o respuestas para el fin para el cual fue concebido²¹⁹. En concepto de la Corte IDH, para que la revisión sea eficaz, debe permitir el examen integral de la sentencia condenatoria²²⁰.

Desde el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (2004), en que la Corte IDH señaló que el derecho al recurso exigiría la revisión integral de la sentencia, se generaron sendas controversias en la región en torno a los alcances que debía darse a esta afirmación. Esto, porque interpretar la afirmación en un sentido amplio, implicaba que la mayoría de los sistemas procesales penales de la región no satisfacían este estándar, ya que en modelos acusatorios donde la inmediación es un principio fundamental, se establecen recursos de casación o nulidad donde la posibilidad de revisión de los aspectos fácticos es limitada. Sin embargo, en su más reciente jurisprudencia,

215 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 160. En el mismo sentido: Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 159 y Caso Lori Berenson Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 192.

216 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 158.

217 *Ibidem*, párr. 164.

218 Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 99.

219 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 161 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 90.

220 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 245.

la Corte IDH aclaró este punto, señalando que si bien se debe tender a una revisión integral, esto no significa la realización de un nuevo juicio:

Además, el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio²²¹.

A este respecto, la doctrina ha precisado que la doctrina sentada por la Corte IDH no exige que deba crearse un nuevo recurso, sino que, cualquiera sea el medio de impugnación, debe permitir una revisión integral del fallo que propicie una mayor garantía para las partes²²².

Ámbito de la revisión: En el caso *Mohamed Vs. Argentina* (2012), se discutió acerca de la compatibilidad con la Convención Americana, de un sistema penal que no permitiera la revisión judicial de un fallo condenatorio de segunda instancia. En este caso, una persona había sido absuelta en primera instancia, pero en segunda instancia este fallo fue revocado. El Estado alegó que en el derecho comparado existía una excepción al derecho de recurrir de una sentencia condenatoria (inc.2 artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) respecto de quien haya sido condenado después de un recurso en contra de su absolución. Por su parte, tanto la Comisión como los representantes, entendieron que ésta es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia²²³.

221 *Ibidem*, párr. 246.

222 Salazar, 2004: 21.

223 Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párrs. 65 y 67.

En esta controversia, la Corte IDH precisó los alcances del derecho al recurso, bajo la consideración de que las garantías que contempla el artículo 8.2 deben ser respetadas en todas las etapas procesales, puesto que éstas tienen por objeto evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo del Estado:

El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención²²⁴. (Destacado nuestro)

En materia penal, la Corte IDH precisa que este es un derecho que asiste al condenado (con irrelevancia de la etapa procesal en la que haya sido impuesta la condena). Por tanto, conforme a la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH, podemos sostener que el derecho al recurso tendría un ámbito amplio, que comprendería la posibilidad de que se revise el fallo condenatorio, sin importar la etapa procesal o estadio en

224 *Ibidem*, párrs. 91 y 92.

que éste se haya impuesto. Esto, pues lo que estaría en el centro de este derecho, sería evitar la arbitrariedad y el error en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Lo anterior, en conformidad con lo que ha señalado la jurisprudencia interamericana, respecto a que el debido proceso es una garantía que se extiende durante todo el proceso penal:

Si bien es cierto que la garantía del debido proceso parece referirse fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancia del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, por cuanto es ante los mismos donde esos vicios se corrigen [...]²²⁵.

No hay duda alguna que la norma internacional y la jurisprudencia que la desarrolla entra en tensión con modelos de justicia penal fuertemente influenciados por el principio de inmediación. Es un desafío aún pendiente desarrollar criterios que satisfagan esta valoración de la inmediatez con un sistema de recursos efectivo en aras de lograr mayor justicia en cada caso concreto.

4.5. Ne bis in ídem

El artículo 8.4 de la Convención Americana establece que “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, consagrando, así, el principio *ne bis in ídem*. La situación regulada por el artículo 8.4 de la CADH supone dos momentos²²⁶:

- la realización de un primer juicio que se pronuncia sobre el fondo del asunto²²⁷, y

225 CIDH. Caso López Aurelli y otros Vs. Argentina. Caso N°. 9850. Resolución de 4 de octubre de 1990, párr. 18.

226 Ibáñez, 2014: 247.

227 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 202. En el mismo sentido: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137.

- la culminación del mismo en una sentencia firme de carácter absolutorio²²⁸, es decir, con una decisión adoptada de forma definitiva y obligatoria que absuelve al inculcado.

Para la Corte IDH, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*²²⁹. En estos casos se habría producido una cosa juzgada “fraudulenta” que debe ceder frente a las exigencias de justicia²³⁰.

4.6. Principio de legalidad y no retroactividad

El artículo 9 de la Convención establece que:

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

En un caso reciente, la Corte IDH ha señalado sobre esta materia que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor”²³¹. Y en cuanto a la tipificación de “conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa”²³².

228 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137 y Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 121.

229 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154.

230 Corte IDH. Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 156.

231 Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 60.

232 *Ibidem*, párr. 61.

Para la Corte, la aplicación *in actum* de las normas procesales no contraviene la Convención²³³ con la excepción de aquellos casos en que la nueva norma procesal pueda tener un impacto sustantivo, sea en la tipificación o en la imposición de penas²³⁴.

* *

*

En síntesis, el derecho a un debido proceso en la forma en que está regulado internacionalmente y desarrollado jurisprudencialmente, es la concreción de los principios de contradicción e igualdad de armas, con vistas a que toda persona que participa en un proceso de carácter judicial o administrativo cuente con ciertas garantías mínimas que le permitan obtener una justicia pronta y adecuada²³⁵.

5. Estado de Derecho, Garantías y Argumentación

Para todo jurista preocupado por los derechos humanos es relevante tomar en consideración algunos elementos sobre la forma en que deben ser planteados estos estándares internacionales en el ámbito interno. En el escenario normativo y jurisprudencial que hemos descrito y que consagra una perspectiva garantista para la protección de las personas sometidas a un proceso penal, el proceso argumentativo seguido ante los tribunales y órganos administrativos es relevante para poder concretizar estos derechos en la aplicación a casos y así velar por la efectividad de los derechos humanos²³⁶.

Esto trae como consecuencia que no basta con la existencia formal de un Juicio Justo, sino que su efectividad está condicionada porque quienes

233 *Ibidem*, párr. 69.

234 *Ibidem*, párr. 70.

235 La Corte ha señalado recientemente: “El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa” (Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015, párr. 151.

236 Atienza, 2004.

intervienen en el proceso judicial velen porque los derechos humanos sean efectivamente garantizados. Ello se logra con argumentaciones que permitan a los tribunales de justicia tener los elementos para conducir el proceso con pleno respeto de las garantías, para que finalmente el fallo que concluya el proceso sea legítimo no sólo desde el punto de vista formal, sino también sustantivo²³⁷.

Frente a un sistema normativo de estructura compleja (sustentado en valores, principios y reglas), no es posible un proceso simplificado de subsunción como método argumentativo. Es necesario dotar de contenido a los derechos que se expresan como principios y es necesario coordinar y dotar de un contenido preciso en cada caso concreto. Ese es un ejercicio argumentativo que permite otorgar razones que buscan convencer acerca de la solución propuesta²³⁸. Debemos tener cuenta que en un sistema basado en principios (mandatos de optimización) que ha establecido ciertos mínimos normativos, el ejercicio de interpretación y argumentación es lo que nos permite aplicarlo a los casos concretos²³⁹. Es en este proceso de concreción, donde una mirada integrada del derecho de origen nacional y el internacional nos permite encontrar las mejores soluciones para cada caso concreto. En esta lógica el sistema internacional no es una traba ni una mera anécdota, sino que parte del sistema aplicable que tiene usos y objetivos concretos.

El objetivo que se busca con el razonamiento basado en derechos (enfoque de derechos) es encontrar una solución al caso concreto que le dé efectividad a los derechos de la persona que es objeto de un proceso penal y que dicha solución le permita al Estado cumplir con sus obligaciones constitucionales, internacionales y legales. Estos son “factores de corrección” que nos permiten tomar decisiones acerca de la mejor interpretación en el caso concreto²⁴⁰.

Hay un elemento común a toda forma de razonar en materia de derechos fundamentales y es que estamos ante una obligación para el/la

237 Atienza, 2007.

238 Guastini, 2014: 261.

239 Alexy, 2002 (a): 81-115.

240 Para Rawls la característica de la justicia procesal imperfecta es “que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad”, Rawls, 2002: 90.

juez/a. En efecto, la recepción del DIDH en el ámbito interno tiene como consecuencia interna que este pasa a ser derecho nacional y por tanto, el juez debe aplicarlo al momento de resolver un caso (cuerpo normativo ampliado).

La argumentación se debe basar en cierto proceso lógico va dotando de contenido y alcance a los derechos y sus límites conforme a los principios hermenéuticos de los derechos humanos (integralidad, dinamismo, pro persona). De ahí que los estándares internacionales junto a los de origen nacional permiten dotar de un sustento fuerte a las alegaciones concretas en los procesos judiciales, administrativos y de otro carácter.

En ciertos casos dicho razonamiento jurídico debe ser complejizado atendidas la situación en la que se encuentran los titulares de derechos o características personales de quienes llegan ante el sistema de justicia. Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se aplicó el catálogo de derechos consistió en un sujeto con características particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto. Modelo de protección claramente restrictivo. Frente a esta interpretación excluyente, surge la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión en atención al principio de universalidad, puesto que todas las personas son titulares de los mismos derechos. Y es que la efectividad de un sistema de protección de derechos humanos radica, necesariamente, en la realización del principio de universalidad, y por consiguiente, de la adopción de medidas particulares en atención a los distintos titulares de derechos. De esta forma, se justifica entonces un tratamiento diferenciado a ciertos titulares de derecho: por la lectura restrictiva que se ha dado a los derechos humanos y por la realización del principio de universalidad²⁴¹.

En algunos casos, un elemento central será el contexto en el que se encuentran los titulares de derechos. En estos casos estamos ante situaciones de exclusión y marginación basados preferentemente en elementos histórico que lleva a que la interpretación de derechos respecto de los miembros de ese grupo sea diferenciado, sin permitir el pleno goce y ejercicio de derechos. La situación de las mujeres, privados/as de libertad y migrantes son un ejemplo de cómo el contexto impide el pleno goce y ejercicio de derechos y eso obliga al operador de justicia a tomar

241 Nash, 2013.

las medidas desde el punto de vista del enfoque del caso, desde una perspectiva de derechos que permita el ejercicio de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

En otros casos, serán los elementos propios de los titulares de derechos los que serán determinantes para el goce y ejercicio de derechos. Sin medidas especiales que tomen en consideración estas particularidades, no es posible un ejercicio pleno de derechos. Ejemplo de esta situación es la de niños/as que su condición de ser sujetos en desarrollo es determinante. En otros casos, el elemento determinante será la especificidad cultural de sus titulares, como en el caso de miembros de comunidades indígenas.

Todos estos elementos, de contextos o personales, condicionan la interpretación de los estándares aquí desarrollados. Esta es la única forma en que estemos ante un Juicio Justo que ha sido resuelto en condiciones de igualdad real y no meramente formales.

6. A modo de Conclusión

El proceso de centralidad de los derechos humanos ha tenido consecuencias institucionales, normativas y jurisprudenciales que han ido haciendo posible una convergencia creciente entre el derecho de origen nacional e internacional en materia de derechos humanos. Más, la sola recepción formal no es suficiente. Para que esta recepción sea sustantiva es vital que los operadores jurídicos conozcan los estándares internacionales, única forma en que estos puedan ser efectivamente utilizados en la interpretación de cada caso concreto.

Tanto la normativa internacional como la jurisprudencia de los órganos de control han ido desarrollando estándares mínimos obligatorios para los Estados en aspectos vinculados con un Juicio Justo. Estos estándares se corresponden con los principios que uniforman el sistema en su conjunto. El valor de la dignidad solo logra concreción cuando en cada caso los principios de igualdad y libertad se expresan plenamente. Por ello, es fundamental que cada uno de los estándares reseñados en este trabajo sean leídos a la luz de estos principios y en cada caso concreto se determine cuál es la interpretación que de mejor manera los desarrolla e implementa.

Por ello, el rol de los intérpretes es fundamental. Tanto abogados como jueces tienen un rol central en que la promesa de los derechos humanos, esto es, un proceso que respeta la dignidad de la persona, sea una realidad y no una nueva promesa incumplida con nuestros pueblos.

DOCTRINA CITADA

ALEXY, R. 2002 (a). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España.

ATIENZA, M. 2004. Argumentación jurídica y Estado Constitucional. *Novos Estudios Jurídicos*, 9 (1).

_____. 2007. Constitución y argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24).

CEBADA, A. 2002. Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.

FERRAJOLI, L. 1996. Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. En: *Nueva Doctrina Penal*, Editorial Del Puerto, 1996.

GUASTINI, R. 2014. Interpretar y argumentar. Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

IBÁÑEZ, M. 2014. Derecho a las garantías judiciales. En: STEINER, C. y URIBE, P. *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. Konrad Adenauer Stiftung, Bolivia.

ILC. 2001. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra.

MELGAR, M. 1998. "El derecho humano de acceso a la justicia". En: CORTE IDH. *Liber Amicorum*, Vol I. San José.

MEDINA, C. 2003. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.

NASH, C. 2009. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007), 2ª ed. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.

_____. 2013. “El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUEIRA, H. (Ed.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Editorial Librotecnia, Chile.

_____. 2014. “Autogobierno y Derechos Humanos: una mirada desde el derecho internacional”. En *Problemáticas Actuales del Derecho Constitucional. Actas Jornadas Constitucionales*, Temuco 2013. Ediciones Universidad Mayor, Temuco, Chile.

NASH, C. y NUÑEZ, C. *Derechos Humanos y Proceso Penal: estándares de la jurisprudencia interamericana*. Ubijus, México. 2016.

RAWLS, J. 2002. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México.

RODRÍGUEZ, V. 1998. “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En: CORTE IDH. *Liber Amicorum*, Vol I. San José.

PASTOR, D. 2002. “Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿La casación penal condenada? (A propósito del caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En: *Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal [Casación]*, N° 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

SALMÓN, E. y BLANCO, C. 2012. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

SALAZAR, R. 2004. *Nuevo Enfoque de la Casación Penal Costarricense (Consecuencias del Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica)*. En: *Revista de la Judicatura. Poder Judicial*. San José, Costa Rica.

SCHWELB, E. 1967. Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Commission. En: *The American Journal of International Law*, Vol. 61.

RESOLUCIONES E INFORMES DE ORGANISMOS Y COMISIONES INTERNACIONALES CITADAS

Comité de Derechos Humanos. Observación General N°13. “Artículo 14. Administración de justicia”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154, 1982.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N°21 “Trato humano de las personas privadas de libertad”. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176, 1992.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N°32 “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

Comité contra la Tortura. Observación General N° 1, Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención. 16° Período de Sesiones (1996).

PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL (Reglas de Mallorca), 1992. Adoptada en comisión de expertos, en cuatro Sesiones de Trabajo, que tuvieron lugar los días 23, 24 y 25 de noviembre de 1990; 3, 4 y 5 de mayo de 1991; 5, 6, 7 y 8 de setiembre de 1991 y 14, 15 y 16 de febrero de 1992; que dichas Sesiones se realizaron por invitación de la Conselleria Adjunta a la Presidencia del Gobierno Balear y con la cooperación de la Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena.

PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS.

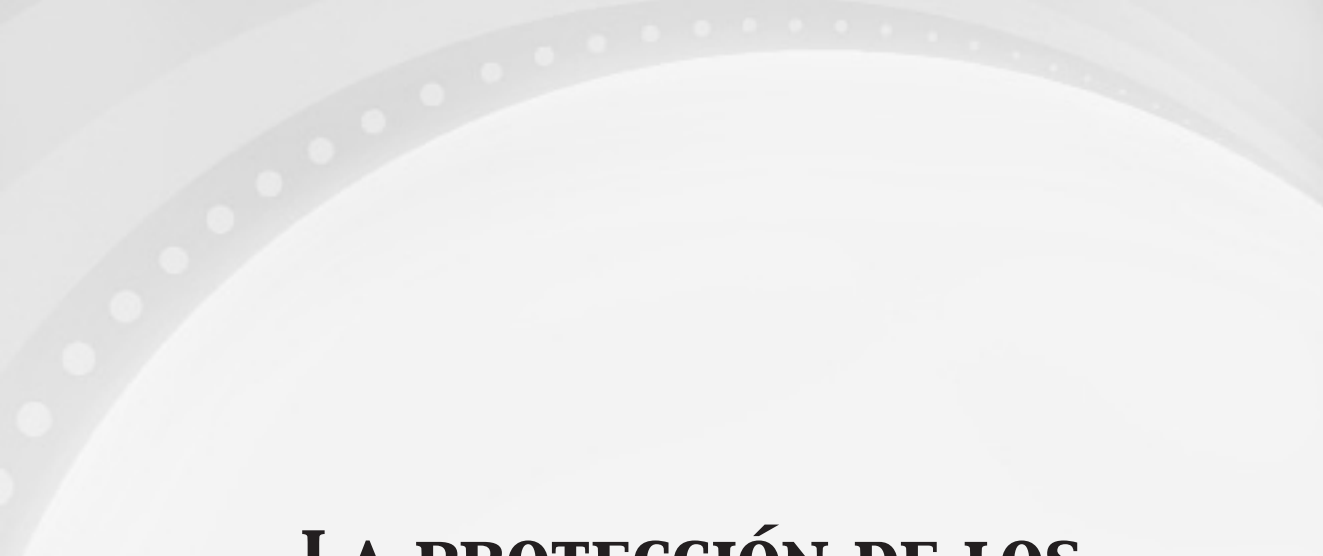
Adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26.

CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN.

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (REGLAS MANDELA).

E/CN.15/2015/L.6/Rev.1. Consejo Económico y Social. Adoptadas en Viena, 18 al 22 de mayo de 2015.



LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

José Antonio Rivera S.

La protección de los Derechos Humanos y Fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia

José Antonio Rivera S^{1*}.

1. Introducción

Si bien los derechos humanos, positivados en la Constitución como derechos fundamentales, se constituyen en el límite natural al ejercicio del poder político, en la vida cotidiana quienes ejercen el poder político del Estado los vulneran con mucha frecuencia en la lucha permanente por la captura del poder o para mantenerse en él, a través de acciones directas o indirectas, como la violencia institucionalizada en el orden económico, político, social y cultural.

Durante el Siglo XX y la primera década del Siglo XXI la humanidad ha presenciado una sistemática y alarmante violación estatal de los derechos humanos; Así, los holocaustos que se han producido en las dos guerras mundiales; los genocidios lacerantes en Vietnam, Ruanda, Sud África, los países balcánicos, y en el medio oriente, que han costado millones de vidas humanas, millones de niños huérfanos, y millones de personas desplazadas; un verdadero cuadro “dantesco”.

Ante la realidad referida, los Estados miembros de la Comunidad Internacional tomaron la determinación de desplegar acciones conjuntas, tanto a nivel mundial, regional, cuanto a nivel interno, para promover, defender y proteger los derechos humanos. A ese efecto se inició un proceso de positivación de estos derechos, adoptando declaraciones, convenciones o pactos internacionales, en los que, además de consagrarlos, han constituido obligaciones para los Estados Partes a objeto de que adopten medidas legislativas, administrativas y jurisdiccionales para lograr la promoción, defensa y protección de los mismos; asimismo, se ha iniciado un proceso de judicialización con la creación de sistemas

1* El autor es Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en varias universidades de Bolivia. Presidente de la Sección Boliviana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

internacionales encargados de realizar las mismas funciones antes referidas en relación a los derechos humanos. Estos procesos han sido intensificados a partir de la segunda mitad del Siglo XX.

En esa misma dinámica los Estados, a nivel interno, también han desplegado esfuerzos por brindar tutela efectiva a los derechos humanos positivados como derechos fundamentales. Las acciones estatales para la promoción, defensa y protección de los derechos fundamentales se han emprendido en tres ámbitos: a) en el ordenamiento jurídico, a través de un proceso de positivación y adopción de mecanismos y vías de protección; b) en el ámbito jurisdiccional, mediante un proceso de judicialización; y c) en el administrativo, a través de la promoción y defensa de los derechos fundamentales.

El Estado boliviano no ha estado al margen de ese proceso; por lo mismo, ha desplegado y viene desplegando acciones concretas, a través de la adopción de políticas legislativas, jurisdiccionales y administrativas para la promoción, defensa y protección de los derechos humanos positivados en la Constitución como derechos fundamentales.

En el presente trabajo se realiza un análisis de aproximación inicial al proceso de la protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Los derechos humanos y fundamentales en el sistema constitucional boliviano

Para una adecuada comprensión del tema objeto de análisis, resulta necesario referirse a la situación de los derechos humanos en el sistema constitucional boliviano respecto a su constitucionalización y la integración de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos al Derecho interno.

2.1. La constitucionalización de los derechos humanos en el Derecho interno

En el sistema constitucional boliviano, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos se ha operado de manera gradual

y lenta. Por razones metodológicas se podría explicar ese proceso en cuatro etapas o fases.

2.1.1. La fase inicial de la constitucionalización - las proclamas formales

La primera fase del referido proceso se podría denominar convencionalmente como la de “las proclamas formales de los derechos fundamentales”; comprende el período de tiempo que transcurre de 1825 a 1931. Se caracteriza por la mera proclamación formal de los derechos fundamentales en la Constitución, carente de todo mecanismo de protección y defensa de los mismos; lo que refleja un proceso inicial de positivación de los derechos humanos sin el componente necesario de la judicialización de los mismos.

En agosto de 1825, Bolivia se constituyó en Estado libre, soberano e independiente, adoptando un sistema constitucional con un modelo de Estado legislado de Derecho, bajo la influencia del liberalismo francés.

La Constitución “Bolivariana”² no consagró expresamente los derechos fundamentales de la persona, simplemente estableció un régimen de garantías constitucionales de carácter normativo para el ejercicio de los derechos civiles y políticos, que no los consagró sino presumió que eran inherentes a la naturaleza humana. Las garantías estaban previstas para la protección de los derechos a la libertad civil, la seguridad individual, la propiedad, la igualdad de las personas ante la ley, la libertad de expresión, el libre tránsito y el derecho a la privacidad o intimidad. En las reformas constitucionales de los años 1831, 1834, 1839 y 1843, se mantuvo este sistema de tratamiento de los derechos en la Constitución.

A través de la reforma constitucional de 1851, se consagraron en la Constitución algunos derechos civiles y políticos. En efecto, en los arts. 1 al 25 de la Constitución adoptada en 1851, con el *nómen juris* “Del derecho público de los bolivianos” se consagraron por primera vez, en forma expresa, parte de los derechos civiles; entre ellos el derecho a la libertad física y el libre tránsito, el derecho de petición, la libertad

2 Históricamente se conoce con el nombre de Constitución Bolivariana a la primera Ley Fundamental de Bolivia en homenaje a su proyectista, el libertador Simón Bolívar.

de pensamiento, el derecho a la intimidad o privacidad, la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo y de industria, el derecho a la propiedad privada, y la igualdad a la Ley.

En las reformas constitucionales posteriores realizadas en el Siglo XIX, es decir, las efectuadas en los años 1861, 1868, 1871, 1878 y 1880, se mantuvo esa forma de tratamiento, dejando en la fase inicial el proceso de constitucionalización mediante la proclamación formal de los derechos humanos en la Constitución como derechos fundamentales.

2.1.2. La fase intermedia del proceso - positivación e inicios de judicialización

El segundo momento del proceso se podría denominar convencionalmente como el de “positivación e inicios de judicialización”, comprende el período 1931 - 1994.

Se caracterizó, de un lado, por la positivación ya sistematizada de los derechos humanos civiles y políticos, así como de una parte de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados como derechos fundamentales en el catálogo previsto por la Constitución; y, de otro, por la adopción de mecanismos para la judicialización de los derechos consagrados.

Con relación al proceso de positivación de los derechos humanos, en la reforma constitucional de 1938 ya se estableció un catálogo de derechos fundamentales, consagrando en tal condición a los derechos civiles y políticos; asimismo, se consagró como derechos constitucionales algunos derechos económicos, sociales y culturales; así, en la norma prevista por el art. 106 de la Constitución, se proclamó que “el régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano”; y se incorporaron en la Constitución los regímenes social, familiar, cultural y del campesinado.

En la reforma constitucional de 1967, se amplió el catálogo de los derechos fundamentales incorporando algunos derechos sociales como el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la justa remuneración y el derecho a la seguridad social.

En lo que se refiere al proceso de judicialización, en la reforma constitucional efectuada mediante el referéndum popular de 1931 se adoptó el hábeas corpus como vía tutelar para la protección del derecho a la libertad física o el de libre tránsito. En la Constitución adoptada en la Convención Nacional Constituyente de 1938, la norma prevista por el art. 8 instituyó el hábeas corpus como un proceso constitucional sumarísimo para restablecer o restituir el derecho a la libertad física de la personas en los casos en los que sea restringido o suprimido de manera ilegal o indebida, a ese efecto además estableció el procedimiento para su trámite respectivo.

A través de la reforma constitucional de 1967 se introdujo al sistema constitucional boliviano, el amparo constitucional como una vía tutelar para la protección y restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, con excepción del derecho a la libertad física, en aquellos casos en los que fuesen restringidos, suprimidos o amenazados de restricción o supresión por actos u omisiones de autoridades públicas o particulares.

A través de la adopción de las vías tutelares referidas, el Constituyente creó las condiciones necesarias para judicializar los derechos humanos.

2.1.3. La fase intensa del proceso - judicialización intensa

La tercera fase del proceso, convencionalmente, se la podría denominar como la de la “judicialización intensa”, que se inicia con la reforma constitucional de 1994. Se caracteriza por la adopción de un nuevo modelo de control de constitucionalidad, como es del modelo europeo o “kelseniano”, con la creación del Tribunal Constitucional, entre cuyas funciones se encuentra el de la protección de los derechos humanos.

Si bien el proceso de judicialización se inició con la adopción de las vías tutelares del hábeas corpus y el amparo constitucional, es a partir de la creación³ y el funcionamiento del Tribunal Constitucional⁴, como órgano

3 Que se produjo con la reforma constitucional de 1994.

4 El Tribunal Constitucional inició sus labores jurisdiccionales el 01 de junio de 1999; ello en razón a que la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional, que regulaba la organización y funcionamiento del órgano de control, así como la sustanciación de los procesos constitucionales, recién fue expedida en abril de 1998, otorgando una *vacatio legis* de un año, computable a partir de la posesión de los magistrados

encargado del control de constitucionalidad y máximo intérprete de la Constitución, que la judicialización de los derechos humanos se materializa y se hace intensiva. Ello se explica desde diversas perspectivas.

En primer lugar, al conocer y resolver las acciones tutelares de habeas corpus y amparo constitucional, en grado de revisión, el Tribunal Constitucional dio una funcionalidad práctica a dichas acciones, reivindicándolas como vías idóneas para la protección inmediata y oportuna de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Esto se explica con el incremento del número de acciones tutelares planteadas a partir de 1999, un crecimiento en el orden del 20% anual.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, asumiendo la posición del activismo judicial, dio fuerza expansiva a los derechos humanos en el sistema constitucional boliviano, pues mediante la interpretación integradora y acudiendo a la cláusula abierta extrajo las normas implícitas de la Constitución para integrar al catálogo de los derechos fundamentales otros derechos no consagrados expresamente⁵ y ampliar los núcleos esenciales, así como los alcances de las normas constitucionales respecto a los derechos fundamentales.

En tercer lugar, integró al catálogo de los derechos fundamentales previsto por la Constitución, los derechos humanos consagrados en las declaraciones, tratados o convenciones internacionales a los que se ha adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano⁶.

que se produjo el 05 de agosto de 1998; dada la necesidad de que se inicien las labores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, los magistrados aceleraron el proceso de organización interna y tramitaron una Ley que reduzca el período de *vacatio legis* y así iniciaron las labores en la fecha referida.

En la Sentencia Constitucional SC 0600/2003-R, de 06 de mayo, emitida en el caso William Herrera Añez vs. Juez de Sentencia en lo Penal de Santa Cruz, el Tribunal Constitucional, por vía de interpretación, incluyó en el catálogo de los derechos fundamentales el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

- 6 En la Sentencia Constitucional SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre, expedida en el caso Defensor del Pueblo vs. Ministerio de Defensa Nacional, el Tribunal Constitucional definió que los tratados y convenciones internacionales a los que se ha adherido o ha suscrito y ratificado el Estado boliviano, forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo tanto los derechos humanos consagrados por dichas normas forman parte del catálogo de derechos y deben ser protegidos por las vías tutelares previstas por la Constitución.

Es importante señalar también que en esta fase, mediante la reforma constitucional de 2004, el Constituyente ha adoptado el hábeas data como una vía jurisdiccional para la protección del derecho a la libre autodeterminación informativa.

2.1.4. La fase de la consolidación del proceso de constitucionalización de los Derechos Humanos

Esta fase se inició con la última reforma constitucional encarada por la Asamblea Constituyente entre agosto de 2006 a diciembre de 2007, dando como resultado la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009. Se caracteriza porque el proceso de constitucionalización de los derechos humanos se consolida con la ampliación del catálogo de los derechos, la definición de la integración de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos al Derecho interno, la creación de nuevas acciones constitucionales para la protección de los derechos consagrados, y la consolidación del modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad.

Con relación a la positivación de los derechos humanos, en la Constitución se ha ampliado considerablemente el catálogo con la inclusión de un grupo de derechos denominados fundamentales, la ampliación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y la incorporación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Respecto a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, la Constitución de manera explícita define el rango constitucional con el que se integran al Derecho interno.

Con relación a las garantías constitucionales, se consignan las garantías normativas que constituyen obligaciones positivas y negativas para el Estado, como una medida efectiva para su goce pleno y ejercicio efectivo; además, se han creado dos nuevas acciones constitucionales para la protección de los derechos de las personas, la Acción Popular para la protección de los derechos e intereses colectivos, y la Acción de Cumplimiento para la protección del derecho al cumplimiento efectivo de la Constitución y las leyes.

Finalmente, con relación al modelo de control de constitucionalidad, se ha consolidado el modelo europeo o “kelseniano” con resabios del modelo americano o de la revisión judicial, con una modificación de la naturaleza jurídica del órgano encargado del control; ya que, de un lado, es independiente con relación a los órganos del poder constituido, y no forma parte de la estructura orgánica del Órgano Judicial; y de otro, es el Tribunal Constitucional Plurinacional, el que tiene la función de ejercer el control de constitucionalidad sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; vale decir, sobre su derecho consuetudinario y sobre la impartición de justicia que realiza la jurisdicción indígena; cometido en el que deberá proteger y resguardar los derechos fundamentales.

2.2. El catálogo de los derechos fundamentales de las personas

Como se tiene referido en el punto anterior de este trabajo, en la última reforma constitucional, el Estado Plurinacional de Bolivia ha logrado un avance importante en la constitucionalización de los derechos humanos. En la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, se han integrado varios derechos que en el pasado no estaban expresamente consagrados por la Ley Fundamental del Estado; de manera que, en materia de positivación de los derechos humanos en el diseño constitucional, Bolivia se ha colocado entre los Estados vanguardia; lo que se espera es que se asuma el reto de otorgar fuerza normativa a la Constitución, creando las condiciones necesarias para el goce pleno y ejercicio efectivo de los derechos, a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestales y jurisdiccionales.

El extenso catálogo de los derechos fundamentales abarca del art. 13 al 107 de la Constitución, y está organizado sobre las siguientes bases:

a) Los derechos se consagran en la Constitución sobre la base de los principios de la inviolabilidad, la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad, y la progresividad, proclamados por el art. 13, párrafo primero.

b) La cláusula abierta, como una norma constitucional habilitante para incorporar e integrar al catálogo previsto por la Constitución aquellos derechos no reconocidos expresamente y conocidos como los derechos

implícitos, innominados o de origen jurisprudencial, para que puedan ser ejercidos, preservados y protegidos; la cláusula está prevista por el art. 13.II.

c) La prohibición y sanción de todo acto de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona; así está expresamente determinado por el art. 14.II.

d) La imposición de deberes al Estado, para que promueva, proteja y respete los derechos consagrados por la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad (art. 13.I), y para garantizar a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos (art. 14.III). Asimismo, la imposición de obligaciones negativas y obligaciones positivas, para garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos.

Sobre las bases mencionadas, se organizan los derechos consagrados en cinco grupos, siguiendo el criterio de la finalidad que se persigue; los derechos denominados fundamentales, los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

En el Capítulo Segundo, del Título II, arts. 15 al 20 de la Constitución, se consagran un grupo de derechos denominados fundamentales, cuya finalidad es mejorar la calidad de vida y garantizar el desarrollo de la dignidad humana, sobre la base de un mínimo esencial de derechos. En ese grupo de derechos se incluyen los siguientes: derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual; derecho a la salud; derecho al agua; derecho a la alimentación; derecho a la educación; derecho a un habitat; derecho a la vivienda; derecho de acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

En la Sección I, del Capítulo Tercero, del Título II, arts. 21 al 25 de la Constitución, se consagran los derechos civiles, ampliando el catálogo reducido que contenía la Ley Fundamental abrogada. Se consagran los siguientes derechos: derecho a la autoidentificación cultural; derecho a la privacidad e intimidad; derechos al honor, la honra, la dignidad y la imagen; derecho a la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto; derecho a la libertad de reunión y asociación; derecho a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación; derecho a acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva; derecho a la libertad de residencia, permanencia y circulación; derecho a la libertad y seguridad personal; derecho de petición; derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia e inviolabilidad de documentos privados.

En la Sección II, del Capítulo Tercero, del Título II, arts. 26 al 29 de la Constitución, se consagran los derechos políticos a la participación en la formación, ejercicio y control del poder político, definiendo sus elementos esenciales; se consagra el derecho de los bolivianos y bolivianas residentes en el exterior del país, a participar en las elecciones a la Presidencia y Vicepresidencia del Estado, y en las demás señaladas por la ley; y se consagra el derecho de las extranjeras y los extranjeros a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica.

De otro lado, en el Capítulo Cuarto, del Título II, arts. 30 al 32 de la Constitución, se consagran los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁷, constitucionalizando los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. El parágrafo segundo del art. 30 de la Constitución consagra los siguientes derechos colectivos a favor de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos: a existir libremente; derecho a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; a que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación

7 Al efecto, el parágrafo primero del art. 30 de la Constitución define que “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”.

con validez legal; a la libre determinación y territorialidad; a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado; a la titulación colectiva de tierras y territorios; a la protección de sus lugares sagrados; a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios; a que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados; a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo; a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo; al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales; al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión; a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles.

En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan; a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios; a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; y, a la participación en los órganos e instituciones del Estado.

De otro lado, se impone al Estado la obligación de proteger y respetar en sus formas de vida individual y colectiva a las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactado. Finalmente, se determina que el pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originarios campesinos.

Finalmente, en el Capítulo Quinto, del Título II, arts. 33 al 107 de la Constitución, se consagran los derechos económicos, sociales y culturales, incorporando los derechos de aquellos colectivos sociales expuestos a altos riesgos de vulnerabilidad, como son la familia, los

niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad, las personas privadas de libertad, y los usuarios y consumidores. Entre los derechos consagrados se tienen los siguientes: derecho al medio ambiente⁸; derecho a la seguridad social; derecho al trabajo digno, estableciendo un conjunto de garantías constitucionales para su ejercicio, tales como el fuero de la inamovilidad laboral para la mujer embarazada y el progenitor⁹, la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los salarios devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social; derecho a la negociación colectiva; derecho a la sindicalización de los trabajadores; derecho a la libre asociación empresarial; derecho a la huelga; derecho al comercio, la industria y cualquier actividad económica lícita; derecho a la propiedad; derechos de la niñez, adolescencia y juventud; derechos de las familias; derechos de las personas adultas mayores; derechos de las personas con discapacidad; derechos de las personas privadas de libertad; derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores. En el Capítulo Sexto se consagran los derechos a la educación, interculturalidad y derechos culturales, como el derecho a la educación; derecho a la educación superior; derecho a las culturas; el derecho a la ciencia, tecnología e investigación; derecho al deporte y recreación; y en el Capítulo Séptimo se consagra el derecho a la comunicación social.

2.3. La integración de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos al Derecho interno

En el sistema constitucional boliviano, la integración de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos al Derecho interno no estuvo expresamente definida por la Constitución hasta la última reforma constitucional; por lo tanto, no se tenía una definición expresa sobre el rango que ocupaban los referidos instrumentos internacionales en la jerarquía normativa del Estado.

8 En la teoría de los derechos fundamentales, el derecho al medio ambiente es un derecho colectivo o de los pueblos; sin embargo, debido a un error de sistemática constitucional se ha incluido este derecho entre los derechos denominados económicos, sociales y culturales.

9 Por mandato del art. 48.VI de la Constitución “Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad”.

Ante esa falta de definición expresa, pudo haberse realizado una interpretación restringida y concluir que ocupaban el rango infraconstitucional, ya que la Constitución de 1967, reformada los años 1994 y 2004, otorgaba al Tribunal Constitucional la atribución de conocer y resolver la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, lo que significaba someterlos a control de constitucionalidad correctivo o a posteriori; de lo que se podía inferir que ocupaban un rango inferior a la Constitución, porque sólo así podían ser sometidos a control de constitucionalidad.

Como se tiene ya referido líneas arriba, fue el Tribunal Constitucional que, por vía jurisprudencial¹⁰, definió que en el sistema constitucional boliviano, las declaraciones, tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo mismo se constituyen en el parámetro del juicio de constitucionalidad en el control que ejerce el máximo guardián de la Constitución; asimismo, definió que los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos jurídicos internacionales forman parte del catálogo de derechos fundamentales, por lo mismo son tutelables a través de las vías tutelares previstas por la Constitución y las leyes¹¹.

Ante la situación referida y como parte del proceso de constitucionalización de los derechos humanos, el Constituyente tomó una definición concreta al respecto incorporando en la Constitución normas expresas que constituyen un avance importante.

Con relación al rango que ocupan los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico del Estado, como regla general, el art. 410.II de la Constitución determina que tienen rango constitucional al formar parte del bloque de constitucionalidad¹².

10 En la Sentencia Constitucional SC 0095/01, de 21 de diciembre, expedida en el caso diputados nacionales vs. Estado boliviano.

11 En la Sentencia Constitucional SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre, expedida en el caso Defensor del Pueblo vs. Ministerio de Defensa Nacional.

12 El párrafo segundo del art. 410 de la Constitución prevé lo siguiente: “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”.

Como excepción a la regla, el art. 256.I de la Constitución, otorga el rango supra constitucional a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos para casos concretos en los que sus normas sean más favorables que las de la Constitución para la protección de los derechos¹³. La referida norma está concordada con la prevista por el art. 13.IV de la Constitución, por cuyo mandato las normas internacionales sobre derechos humanos prevalecen en el orden interno¹⁴. La definición constitucional referida, supone que ante un conflicto entre las normas de la Constitución y las de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, en la resolución de un caso concreto, priman las normas internacionales, bajo una doble condición; la primera, que las normas convencionales sean más favorables que las de la Constitución para el resguardo y protección de los derechos; y, la segunda, que los tratados y convenciones internacionales hayan sido firmados y ratificados o a los que se hubiese adherido el Estado boliviano.

De otro lado, la Constitución, en sus arts. 13.IV y 256.II, determina que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos se constituyen en el parámetro de interpretación de los derechos y deberes consagrados por la Ley Fundamental del Estado¹⁵. Con la definición referida, se refuerza la otorgación del rango supra constitucional a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, en los casos concretos en los que, para resguardar y proteger los derechos de las personas, las normas internacionales sean más favorables que las previstas por la Constitución.

-
- 13 El párrafo primero del art. 256 de la Constitución dispone lo siguiente: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”.
 - 14 El párrafo cuarto del art. 13 de la Constitución prevé lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno”.
 - 15 El párrafo cuarto, última parte del art. 13 de la Constitución, dispone lo siguiente: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”, y el párrafo segundo del art. 256, dispone que: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

A partir de una interpretación sistemática y en concordancia práctica de las normas previstas por la Constitución, antes referidas, se puede concluir que en el sistema constitucional boliviano, los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos se constituyen en parámetro de interpretación constitucional y legal, así como en parámetros para el desarrollo del control de constitucionalidad y de convencionalidad.

3. Los sistemas y mecanismos de protección de los derechos humanos y fundamentales

Para lograr el resguardo, respeto y vigencia plena, no es suficiente consagrar los derechos humanos y fundamentales en los tratados y convenciones internacionales, así como en el catálogo previsto por la Constitución.

En efecto, está plenamente demostrado, por los traumáticos acontecimientos políticos que ha enfrentado y aún enfrenta la humanidad, que quienes detentan el poder político o el poder económico tienen una tendencia a restringir o vulnerar los derechos humanos y fundamentales; frente a ello es necesario que, tanto la Comunidad Internacional como los Estados adopten sistemas y mecanismos para la protección eficaz de los derechos.

En el contexto referido, cabe señalar que uno de los importantes avances logrados en la segunda mitad del Siglo XX y la primera del XXI, es la judicialización de los derechos humanos; a cuyo efecto se han adoptado sistemas y mecanismos jurisdiccionales para la protección de los derechos.

Bolivia no ha quedado al margen de este proceso de judicialización de los derechos humanos; pues, en la última década del Siglo XX ha modificado el modelo de control de constitucionalidad y ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos humanos, ingresando con ello al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. De manera que el Estado Plurinacional de Bolivia cuenta con sistemas y mecanismos de protección de los derechos humanos y fundamentales, en el plano interno y el plano internacional.

3.1. En el plano interno

En el plano interno el Estado Plurinacional de Bolivia cuenta con dos sistemas de protección de los derechos humanos y fundamentales; el sistema de control de constitucionalidad, y el sistema de control de convencionalidad; ambos sistemas están dotados de mecanismos para la protección eficaz de los derechos vulnerados.

Además de los dos sistemas mencionados, cuenta con la Defensoría del Pueblo, que por mandato de la Constitución tiene por misión velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, consagrados por la Ley fundamental del Estado y las normas del Bloque de Constitucionalidad.

3.1.1. El control de constitucionalidad

A partir de la reforma constitucional de 1994, Bolivia ha adoptado el modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano, creando una jurisdicción constitucional ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y los juzgados y tribunales de garantías constitucionales.

Por previsión del art. 196 de la Ley Fundamental del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales; de manera que se constituye en el supremo guardián y último intérprete de la Constitución.

Cabe advertir que en el control de constitucionalidad tutelar, para la protección de los derechos humanos y fundamentales, intervienen los juzgados públicos por materia, juzgados públicos mixtos y los tribunales departamentales de justicia, a través de sus salas especializadas; los que, a pesar de formar parte de la Jurisdicción Ordinaria, por mandato de la Constitución y el Código Procesal Constitucional, conocen, sustancian y resuelven en única instancia las acciones de defensa de los derechos fundamentales o procesos constitucionales tutelares, tales como la Acción

de Libertad¹⁶, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad¹⁷, Acción de Cumplimiento, y Acción Popular.

Como parte del control de constitucionalidad, para la protección de los derechos humanos y fundamentales, la Constitución, en su Título IV, de la Parte Primera, Capítulo Segundo, de las Acciones de Defensa, art. 132, ha previsto la Acción de Inconstitucionalidad con una legitimación activa reconocida a la persona individual o colectiva, para que impugne y someta al control de constitucionalidad una norma jurídica contraria a la Constitución que vulnere sus derechos¹⁸. Lamentablemente el legislador, al expedir la Ley N° 254 Código Procesal Constitucional, no ha previsto la configuración procesal para el planteamiento, sustanciación y resolución de la Acción de Inconstitucionalidad conforme a lo previsto por el art. 132 de la Constitución; solamente ha previsto dos tipos de acciones de inconstitucionalidad: a) la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, con legitimación activa restringida a determinadas autoridades¹⁹, y cuya finalidad es garantizar los principios democráticos y el sistema de pesos y contrapesos; y b) la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, vinculada a un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales, cuya finalidad es someter a control de constitucionalidad una disposición legal que será aplicada en la adopción de una resolución en el proceso judicial o administrativo, y cuyo indicio de inconstitucionalidad surge en la proyección aplicativa de la disposición legal. Es de esperar que, en una futura reforma de la Ley N° 254 Código Procesal Constitucional, el legislador introduzca un tercer tipo de Acción de Inconstitucionalidad con legitimación activa conferida a las personas individual o colectivamente.

16 La Acción de Libertad es lo que en el derecho comparado se conoce con el nombre de Recurso de Hábeas Corpus.

17 La Acción de Protección de Privacidad es lo que en derecho comparado se conoce como Recurso de Hábeas Data.

18 Por previsión del art. 132 de la Constitución “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley”.

19 Por mandato del art. 202, numeral 1) de la Constitución y el art. 74 de la Ley N° 254 Código Procesal Constitucional, tienen legitimación activa para plantear la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta las siguientes autoridades: el Presidente del Estado, cualquier Senador o Diputado, los legisladores y máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, y el Defensor del Pueblo.

Sin embargo, la omisión anotada no constituye un obstáculo para que se someta a control de constitucionalidad una disposición legal o reglamentaria que restrinja o vulnere los derechos humanos o fundamentales infringiendo la Constitución o las normas del Bloque de Constitucionalidad; de hecho, en los 14 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional se han sometido a control de constitucionalidad varias disposiciones legales y reglamentarias por vulnerar derechos humanos y fundamentales, habiendo sido declaradas inconstitucionales varias de ellas.

Como parte del sistema de control de constitucionalidad tutelar, con relación a las acciones, omisiones y resoluciones ilegales de autoridades públicas, así como a las acciones u omisiones ilegales de particulares, en el sistema constitucional boliviano están previstas las acciones de defensa de los derechos o procesos constitucionales de naturaleza tutelar.

La Acción de Libertad, prevista por el art. 125 de la Constitución, es un proceso constitucional que tiene la finalidad de brindar una protección inmediata y efectiva a los derechos fundamentales a la vida y a la libertad física, en los casos en los que sean ilegal o indebidamente restringidos, suprimidos o amenazados de restricción o supresión por actos u omisiones ilegales o indebidas de las autoridades públicas o particulares.

La Acción de Amparo Constitucional, prevista por el art. 128 de la Constitución, es un proceso constitucional que tiene por objeto la restitución o restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y garantías constitucionales -con excepción del derecho a la libertad física, a la autodeterminación informativa y los derechos colectivos-, en los casos en los que sean amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidos de autoridades públicas o particulares.

La Acción de Protección de Privacidad, prevista por el art. 130 de la Constitución, es un proceso constitucional que tiene por finalidad la protección inmediata y efectiva del derecho a la “autodeterminación informativa”²⁰, restableciendo o restituyéndolo en los casos en los que sea restringido o vulnerado de manera ilegal o indebida.

20 Cabe advertir que en la doctrina constitucional este derecho también se conoce como la “libertad informática”, así los constitucionalistas Francisco Fernández Segado, Enzo Roppo, Antonio Pérez Luño o Vittorio Frosini, entre otros, manejan esta denominación. El autor de este trabajo se inclina por la denominación “autodeterminación informática”.

La Acción de Cumplimiento, prevista por el art. 134 de la Constitución, es un proceso constitucional que tiene por objeto hacer cumplir a la autoridad pública un mandato imperativo impuesto por el ordenamiento jurídico, en aquellos casos en los que de manera injustificada incumple o se resiste a cumplirlo.

La Acción Popular, prevista por el art. 135 de la Constitución, es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección inmediata y efectiva de los derechos e intereses colectivos, contra los actos u omisiones ilegales o indebidas de autoridades públicas o personas particulares que los restrinjan, supriman o amenacen de restricción o supresión.

Las acciones de defensa descritas son conocidas, sustanciadas y resueltas en única instancia por los juzgados y tribunales de garantías constitucionales; el Tribunal Constitucional Plurinacional las conoce y resuelve en grado de revisión de oficio²¹.

Finalmente, está previsto por el art. 202.5) de la Constitución, el Recurso contra Resoluciones Legislativas, que es un proceso constitucional de naturaleza tutelar que tiene por finalidad restablecer o restituir los derechos fundamentales o garantías constitucionales de la persona, en aquellos casos en los que se hubiesen restringido o suprimido al emitir una resolución legislativa. Este proceso constitucional es conocido, sustanciado y resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional en única instancia.

3.1.2. El control de convencionalidad

El Estado Plurinacional de Bolivia se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante D.S. N° 16575 el 13 de junio de 1979, el mismo que fue elevado a rango legal, por Ley N° 1430, de 11 de febrero de 1993, e hizo del depósito del instrumento de adhesión el

21 Al conocer y resolver las acciones de defensa en grado revisión, el Tribunal Constitucional Plurinacional revisa la actuación del Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales para verificar si sustanció y resolvió el proceso constitucional con estricta sujeción a la Constitución y las normas del Bloque de Constitucionalidad y los estándares mínimos para la protección de los derechos humanos y fundamentales; tiene la potestad de confirmar o revocar en sentencia constitucional la determinación del Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales; para el caso de revocar la determinación, tiene que resolver en el fondo la problemática planteada conforme corresponda.

19 de julio de 1979; asimismo, ha declarado expresamente que reconoce la competencia consultiva y contenciosa de los órganos del Sistema.

En consecuencia, Bolivia es parte de la Convención y del Sistema Interamericano. Aquella forma parte del Bloque de Constitucionalidad, sus normas son un parámetro de interpretación de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y las leyes. De otro lado, la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene fuerza vinculante para el Estado boliviano y sus autoridades²², y forma parte del bloque de constitucionalidad²³.

Ahora bien, el Estado boliviano, al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha asumido la obligación de respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; así lo prevé el art. 1º de la Convención; asimismo ha asumido la obligación de adoptar las disposiciones necesarias en su Derecho interno, para que tales derechos sean efectivos; pues, por previsión del art. 2º de la Convención se ha comprometido a “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Las obligaciones y compromisos asumidos por los Estados parte de la Convención, como sostiene Carlos Ayala²⁴, son totalizantes “ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, ello es, tanto legislativos, como de gobierno, administrativos y judiciales. De esta manera, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, como es la CADH”.

Entre las medidas de otro carácter a que hace referencia la norma convencional se tienen las jurisdiccionales, cuando menos así se refleja en la

-
- 22 Inicialmente definió en ese sentido en su SC 0491/2003- R, de 15 de abril, expedida en el caso Daniel Alejandro Doering vs. Corte Superior de Justicia.
- 23 Así ha definido el Tribunal Constitucional Plurinacional en su SC 0110/2010, de 10 de mayo, expedida en el caso Pedro Percy Gonzáles Monasterio y otros Vs. Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Santa Cruz.
- 24 Ayala Corao, Carlos. “Hacia el control de convencionalidad”, trabajo inédito, incluido en el Libro de su incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, en proceso de edición.

jurisprudencia constitucional establecida por algunas cortes constitucionales o supremas de los Estados latinoamericanos; así, se puede mencionar la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de Colombia, adoptada en la Sentencia C-251, de 28 de mayo de 1997, párr. 11; o la establecida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la Sentencia de 07 de julio de 1992, en el caso *Ekmekdjian vs. Sofovich y otros*.

Entonces, las medidas de “otro carácter” en el ámbito judicial se entiende que son las sentencias judiciales a través de las cuales se resguardan y protegen los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo que en el fondo supone el desarrollo de la labor de control de convencionalidad; misma que deriva de las obligaciones internacionales que adoptaron los Estados partes de la Convención; así lo ha definido la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*²⁵. La obligación de ejercer el control de convencionalidad comprende a todos los actos y actividades del Estado, incluyendo a la Constitución (vgr. caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*²⁶); las leyes (vgr. caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*²⁷); las políticas públicas (vgr. caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*²⁸); las decisiones de organismos electorales (vgr, caso *Yatama vs. Nicaragua*²⁹; y caso *López Mendoza vs. Venezuela*³⁰); y las sentencias (vgr. caso de los “Niños de la Calle” -*Villagrán Morales y otros- vs. Guatemala*³¹; y caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*³²).

25 Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrfs. 123 a 125.

26 Corte IDH, caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

27 Corte IDH, caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005 (Serie C No. 138).

28 Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Serie C No. 150).

29 Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005.

30 Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Serie C No. 233).

31 Corte IDH, caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Serie C No. 63).

32 Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Serie C No. 101).

El control de convencionalidad, que consiste en someter la Constitución y las leyes a un contraste con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser realizado por todos los órganos del poder público del Estado, pero principalmente por los jueces y tribunales. El control de convencionalidad supone el reconocimiento del rango supra constitucional de la Convención, por lo tanto debe realizarse teniendo como parámetro las normas de ésta en los términos interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia; de manera que, es la consecuencia de supremacía del tratado o convención sobre derechos humanos.

En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos internacionales asumidos, el Estado Plurinacional de Bolivia, ha adoptado medidas de orden constituyente, definiendo que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, como regla general, forman parte del Bloque de Constitucionalidad y en casos concretos tienen rango supra constitucional; también ha definido que son parámetros de interpretación de los derechos y deberes consagrados por la Constitución y las leyes, por lo que también son parámetros para el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

De lo referido se infiere que, en el sistema constitucional boliviano están sentadas las bases para que los órganos públicos del Estado, principalmente, los jueces y tribunales de justicia, hagan uso del sistema de control de convencionalidad, como mecanismo de protección de los derechos humanos y fundamentales, y en el desempeño de sus labores cotidianas realicen el control de convencionalidad verificando que la Ley con la que resolverán el caso concreto sea compatible con la Constitución e interpretando los derechos fundamentales consagrados por ésta y las leyes desde y en conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.2. En el plano internacional

Uno de los grandes avances de la segunda mitad del Siglo XX es la adopción por la Comunidad Internacional de sistemas y mecanismos internacionales para la promoción, defensa y protección de los derechos

humanos, con la creación de organismos especializados³³; al grado de haber llegado a la creación de cortes o tribunales internacionales³⁴, modificando la concepción decimonónica de la soberanía nacional.

La característica principal de los tratados y convenciones internacionales adoptados en ese período de tiempo es que, además de haber consagrado de manera general los derechos humanos en un catálogo amplio, adoptaron un sistema internacional de promoción, defensa y protección de los consagrados, creando los respectivos mecanismos de defensa.

El Estado Plurinacional de Bolivia, al ser parte de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que han creado los sistemas internacionales de protección y los organismos especializados o cortes y tribunales internacionales, se ha sometido voluntariamente a la competencia de los mismos.

Ahora bien, el sistema de promoción, defensa y protección de los derechos humanos más importante al que pertenece el Estado Plurinacional de Bolivia es el Sistema Interamericano; el mismo está dotado de dos organismos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia, como se tiene ya referido, ha sido reconocida y admitida expresa y voluntariamente por Bolivia.

En consecuencia, los sistemas y mecanismos internacionales para la promoción, defensa y protección de los derechos humanos, adoptados a través de los tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados o los que se hubiese adherido el Estado boliviano, tienen plena vigencia en Bolivia; por lo tanto, las personas que se consideren víctimas

33 Entre esos organismos se pueden citar, entre otros, el Comité de Derechos Humanos, creado mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño, creado mediante la Convención sobre los Derechos del Niño; el Comité contra la Tortura, creado mediante la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; el Comité para eliminación de la discriminación racial, creado por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, creado mediante la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

34 Se puede citar el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de la violación de sus derechos fundamentales y que el Estado no las hubiera reparado, pueden acudir a esos sistemas.

4. La protección de los derechos humanos y fundamentales en Bolivia

El Estado boliviano, además de adoptar las medidas de acción positiva, de orden legislativo, administrativo y presupuestario, para garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos humanos y fundamentales, ha previsto diferentes mecanismos y vías para la protección de los derechos humanos y fundamentales consagrados por la Constitución y las normas del Bloque de Constitucionalidad.

De un lado, se tiene prevista la vía de la protección normativa, a través de la emisión de disposiciones legales, en el marco de lo dispuesto por el art. 109 de la Constitución, para la protección de derechos; tal es el caso de la Ley N° 045 contra el racismo y toda forma de discriminación³⁵; o la Ley N° 348 Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia³⁶.

De otro lado, con la reforma constitucional de 1994 se ha creado la Defensoría del Pueblo, la que, según la norma prevista por el art. 218 de la Constitución vigente, tiene la misión de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales; así como la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior. Para el cumplimiento de su misión, la norma prevista por el art. 222.1) de la Constitución, le asigna la atribución de interponer las acciones de Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo

35 La Ley N° 045 Contra el racismo y toda forma de discriminación, tiene la finalidad de proteger el derecho a la dignidad y el derecho a la igualdad, para lo que establece mecanismos y procedimientos para la prevención y sanción de actos de racismo y toda forma de discriminación. Fue promulgada el 08 de octubre de 2010, y publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia.

36 La Ley N° 348 Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, tiene por finalidad proteger el derecho de las mujeres a la vida, la integridad física, psicológica y sexual, y el derecho a la dignidad, para lo que establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia, así como para la persecución y sanción a los agresores.

Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el Recurso Directo de Nulidad, sin necesidad de mandato.

Otra vía prevista para la protección de derechos humanos es la judicial, que en el sistema constitucional boliviano es ejercida por la Jurisdicción Constitucional, la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, la Jurisdicción Agroambiental, y la Jurisdicción Especializada, a crearse por Ley. Estas jurisdicciones tienen la misión y obligación de resguardar, respetar y proteger los derechos humanos y fundamentales en el desempeño de sus funciones en general, y específicamente, al conocer, sustanciar y resolver, cuando corresponda, las acciones de defensa o acciones tutelares planteadas por las víctimas de violación de sus derechos.

Por razones de límite de espacio, en el presente trabajo solamente se analiza la protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo con la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos realizada en la Jurisdicción Constitucional.

4.1. La protección en la Jurisdicción Constitucional

La Jurisdicción Constitucional, ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, tiene como misión, además de custodiar y defender la Constitución, precautelar el respeto y la vigencia de los derechos humanos y fundamentales, protegiéndolos en caso de vulneración por actos u omisiones ilegales e indebidas.

En cumplimiento de la misión asignada, y consciente de la importancia que tienen los derechos humanos y fundamentales para la convivencia pacífica y la tranquilidad social, el Tribunal Constitucional³⁷, desde el inicio de sus funciones, ha prestado prioritaria atención al tema de los derechos humanos y fundamentales, no sólo en lo referido a la protección inmediata, eficaz e idónea, sino al desarrollo de la doctrina constitucional sobre la materia, delimitando sus alcances, determinando su núcleo esencial, así como identificando los elementos esenciales de cada derecho fundamental.

37 Resulta necesario aclarar que el órgano de control de constitucionalidad fue creado con la denominación de Tribunal Constitucional, bajo esa denominación desempeñó sus funciones entre 1999 a diciembre de 2012; en la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009 se ha cambiado su denominación a Tribunal Constitucional Plurinacional.

Entonces, se puede afirmar que en materia de derechos humanos, superando la corriente del formalismo legalista, según la cual los derechos fundamentales se protegían únicamente en la medida de la Ley y de los actos administrativos, el Tribunal Constitucional se ha alineado a la corriente del activismo judicial, la cual sostiene la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a la Ley y frente a los demás actos y decisiones de las autoridades públicas y los particulares. Por ello, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ha asumido la posición firme de otorgar tutela efectiva a la persona cuyos derechos fundamentales hubiesen sido vulnerados; protección que ha concedido en forma pronta y oportuna como mecanismo de freno de los excesos, arbitrariedades o abusos de autoridades públicas y judiciales o los particulares. A ese efecto se ha alineado a la tesis permisiva con relación a la revisión de decisiones judiciales con aparente calidad de cosa juzgada, en aquellos casos en los que la sentencia judicial lesiona gravemente un derecho fundamental o es fruto de un proceso sustanciado con vulneración del derecho a las garantías judiciales del debido proceso y de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

Entre las acciones que ha desarrollado desde su creación y desarrolla al presente el Tribunal Constitucional para la protección efectiva de los derechos humanos y fundamentales, se pueden destacar las que se exponen seguidamente.

4.1.1. La integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho interno

La Constitución de 1967, con las reformas de 1994 y 2004, no definía el rango que ocupaban en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico del Estado los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Ante esa situación, el Tribunal Constitucional definió que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos se integran al Derecho interno como parte del Bloque de Constitucionalidad, por lo que se constituyen en un parámetro de interpretación y de juicio de constitucionalidad, y los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos internacionales forman parte del catálogo de derechos fundamentales; por lo tanto, deben ser protegidos a través de las vías tutelares previstas por la Constitución y las leyes.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional, al conocer y resolver una acción de inconstitucionalidad abstracta, en su SC 0095/01, de 21 de diciembre³⁸, hizo referencia al rango que ocupan los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico del Estado; pues señaló lo siguiente “(...) *un Estado Democrático de Derecho se organiza y rige por los principios fundamentales, entre ellos, el de seguridad jurídica, el de buena fe y la presunción de legitimidad del acto administrativo (...) En consecuencia, es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y convenciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como las leyes ordinarias*”.

Posteriormente, al resolver una Acción de Amparo Constitucional, en la que se denunció la vulneración del derecho de objeción de conciencia que no estuvo consagrado por la Constitución, el Tribunal Constitucional en su SC 1662/2003 – R, de 17 de noviembre³⁹, consolidó la posición asumida sobre el rango que ocupan los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos en el Derecho interno del Estado; señalando expresamente lo siguiente: “(...) *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 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 posición asumida por el Tribunal Constitucional ha gravitado para que el Constituyente incorpore en la Constitución de 2009 normas expresas que definen la integración de los tratados y convenciones

38 Sentencia Constitucional expedida en el caso diputados nacionales vs. Estado boliviano.

39 Sentencia Constitucional expedida en el caso Defensor del Pueblo vs. Ministerio de Defensa Nacional.

internacionales al Derecho interno con rango constitucional, formando parte del Bloque de Constitucionalidad⁴⁰ y, en casos concretos, con rango supra constitucional, si son más favorables que la Constitución para la protección de los derechos⁴¹.

4.1.2. Uso del Derecho Internacional de derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad

Como parte del activismo judicial asumido para la protección efectiva y oportuna de los derechos humanos y fundamentales, el Tribunal Constitucional, por vía jurisprudencial, también definió que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos se constituyen en un parámetro de interpretación constitucional y de juicio de constitucionalidad.

Al conocer y resolver un Recurso de Hábeas Corpus, en el que se demandó la restricción ilegal del derecho a la libertad física, por una decisión de una autoridad judicial en materia familiar que dispuso el apremio del recurrente por incumplimiento en el pago de la asistencia familiar a favor de sus hijos menores; el Tribunal Constitucional, para resolver el caso en el que existía un conflicto o antinomia entre derechos fundamentales, aplicó las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño como parámetro de interpretación de las leyes.

Para sustentar la determinación que adoptó, en su SC 1049/01-R, de 28 de septiembre⁴², el Tribunal Constitucional consideró que “(...) *la norma prevista en el numeral 2) del art. 11 de la Ley N° 1602, en cuanto a sus alcances y efectos, requiere ser interpretada a la luz de los derechos y garantías que reconoce al niño tanto la Constitución Política del Estado como los instrumentos internacionales protectivos de los Derechos Humanos y las Leyes*”; a ese efecto, en el examen del caso sometido a su conocimiento, describió y analizó las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño que consagran los derechos de los niños y niñas, así como los mecanismos para su protección y las obligaciones que

40 Como se tiene ya referido, el art. 410.II de la Constitución determina que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

41 Así lo define el artículo 256.I de la Constitución.

42 Sentencia Constitucional que fue expedida en el caso Eduardo Ordóñez Barrientos vs. Jueza de Instrucción de Familia de Quillacollo.

asumió el Estado como parte de dichos instrumentos internacionales en la mencionada Convención, para luego interpretar la legislación ordinaria aplicable en conformidad con las normas referidas.

Al resolver el mencionado caso no solamente aplicó las normas convencionales como parámetros de interpretación de la legislación interna, sino que aplicó directamente las referidas normas para resolver el caso.

Posteriormente, al resolver un Recurso Indirecto e Incidental de Inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en su SC 0102/2003, de 04 de noviembre⁴³, fue más explícito al definir que los tratados y convenciones internacionales son parámetro de control de constitucionalidad. En la *ratio decidendi* de la mencionada Sentencia Constitucional se definió lo siguiente: *“(.. conforme ha establecido este Tribunal Constitucional a través de la interpretación integradora, los tratados, convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, en ese marco se pasa a someter a juicio de constitucionalidad las disposiciones legales esgrimidas con las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales invocados, como lesionados”*.

La posición adoptada por el Tribunal Constitucional ha servido para que en la Constitución de 2009 se incluyan normas expresas que definen que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos son parámetros de interpretación de los derechos consagrados por la Constitución y las leyes⁴⁴; por lo tanto, también para el control de constitucionalidad.

4.1.3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Derecho Interno

Con relación a la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando en cuenta que el Estado boliviano

43 Sentencia Constitucional que fue expedida en el Recurso Indirecto e Incidental de Inconstitucionalidad promovida a instancia de Alberto Rodríguez Méndez y otro vs. Estado boliviano.

44 Artículos 13.IV y 256.II de la Constitución.

voluntaria y expresamente ha reconocido y se ha sometido a la competencia contenciosa y consultiva de éste órgano, el Tribunal Constitucional inicialmente ha declarado que la misma tiene fuerza vinculante para el Estado boliviano y sus autoridades; por lo tanto, la ha aplicado para sustentar sus decisiones de protección de los derechos humanos y fundamentales.

En su SC 0491/2003-R, de 15 de abril⁴⁵, al resolver una Acción de Amparo Constitucional, en la que se denunció la vulneración del derecho al debido proceso, en su garantía mínima del derecho al Juez natural independiente, competente e imparcial, para sustentar su determinación de conceder la tutela demandada y proteger el derecho, el Tribunal Constitucional, ha aplicado la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana, y ha señalado que la misma tiene fuerza vinculante; en la parte de la *ratio decidendi* de la referida Sentencia Constitucional sostuvo lo siguiente: *“El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial’ (...).”*

De otro lado, al resolver una Acción de Inconstitucionalidad, en la que se impugnaron las normas previstas por el art. 14.a) y c) del Código de Seguridad Social -por establecer un tratamiento discriminatorio a las mujeres en el acceso al sistema de la seguridad social-, el Tribunal Constitucional, en su SC/0062/2003 de 3 de julio⁴⁶, aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida en su OC 4/84 de 19 de enero de 1984, para sustentar su determinación de declarar inconstitucionales las normas impugnadas, y así proteger el derecho a la igualdad ante la Ley. En la *ratio decidendi* de la mencionada Sentencia Constitucional, se argumentó lo siguiente: *“La noción de igualdad se*

45 Sentencia Constitucional que fue expedida en el caso Daniel Alejandro Doering vs. Corte Superior de Justicia.

46 Sentencia Constitucional que fue expedida en el caso Defensoría del Pueblo vs. Estado boliviano.

desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, como reconoce la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa manera, en función del reconocimiento de igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, es decir que si bien, ante la necesidad de lograr la efectividad de los valores consagrados en la Constitución, el legislador puede, inicialmente, ver la necesidad o conveniencia de establecer diferencias y dar un tratamiento diverso a las personas en forma legítima, sin apartarse de la justicia y de la razón, no le está permitido crear diferencias que carezcan de una justificación objetiva, razonable y proporcional, y que persigan fines arbitrarios, caprichosos o despóticos, o que de alguna manera desconozcan la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana, dando como resultado la violación de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, o que en general sean contrarias a cualquier precepto o principio reconocido por la Carta Fundamental”.

Con la Constitución de 2009, la posición y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha tenido una importante evolución; ya que, además de consolidar su fuerza vinculante, ha definido que se integra al Derecho interno con rango constitucional, pasando a formar parte del Bloque de Constitucional.

En su SC 0110/2010, R, de 10 de mayo⁴⁷, el Tribunal Constitucional, al resolver una Acción de Amparo Constitucional, en la que la problemática planteada tenía vinculación con una Sentencia emitida por la Corte Interamericana declarando la responsabilidad del Estado boliviano, ha asumido esa posición, sustentando su determinación a partir de una interpretación expansiva del art. 410.II, en concordancia práctica con los arts. 13.IV y 256.II de la Constitución, así como las normas de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. En la *ratio decidendi* de la mencionada Sentencia Constitucional se sostiene lo siguiente: “(..) *los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema [Interamericano de Derechos Humanos] no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales,*

47 Sentencia Constitucional que fue expedida en el caso Pedro Percy Gonzáles Monasterio y otros Vs. Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Santa Cruz.

*solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”; luego, define lo siguiente: “(..) el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional sistémico, **debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad”**.*

El Tribunal Constitucional sustenta su determinación en dos fundamentos: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos. En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente: “(..) *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*”.

Apartir de la adopción de la posición referida, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplica con mucha frecuencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana para justificar y sustentar sus decisiones adoptadas para la protección de los derechos humanos y fundamentales. Así, a manera de ejemplo, se puede mencionar, entre otras, la SC 0140/2012, de 09 de mayo⁴⁸, en la que se concede la tutela demandada en la Acción de Amparo Constitucional; la SC 1250/2012, de 20 de septiembre⁴⁹, en la que se declara inconstitucional el art. 162 del Código Penal que, restringía el derecho a la libertad de expresión, opinión y pensamiento, así como el derecho a la libertad de información, creando el tipo penal del delito de Desacato; y la SC 2299/2012, de 16 de noviembre⁵⁰, en la que se concedió la tutela demandada en la Acción de Amparo Constitucional.

4.1.4. La protección de los derechos no enumerados, implícitos o innominados

Se trata de aquellos derechos que no están explícitamente consagrados o reconocidos por la Constitución, o aquellos contenidos o elementos que confieren desarrollo a los derechos enumerados por la Constitución y van sumándose a los contenidos tradicionalmente reconocidos; vale decir, aquellos derechos inherentes al ser humano y que derivan de la dignidad humana, del régimen democrático y el Estado de Derecho.

Para la protección de esos derechos no enumerados, implícitos o innominados existe una norma constitucional y convencional habilitante, conocida en la doctrina como cláusula abierta. En el sistema constitucional boliviano, la cláusula abierta está prevista por el art. 13.II de la Constitución; y en las normas convencionales que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, esta cláusula está contenida Así, en el art. 29, incisos b), c) y d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 5.2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

48 Sentencia Constitucional expedida en el caso Francisco Vedia Aldana vs. Director Distrital de Educación III y Director Departamental de Educación, ambos de Santa Cruz.

49 Sentencia Constitucional expedida en la Acción de Inconstitucionalidad concreta, promovida a instancia de Verónica Laura Guiteras Aramayo vs. Estado Boliviano.

50 Sentencia Constitucional expedida en el caso Abraham Quiroga Bonilla vs. Dirección de Prevención de Robo de Vehículos (DIPROVE) y funcionarios del Grupo "GAMA" de la Policía Boliviana.

Debido a su arraigo al sistema continental del Derecho legislado, existen jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria del Estado Plurinacional de Bolivia que niegan la protección de los derechos no enumerados, implícitos o innominados, argumentando que no están consagrados expresamente por la Constitución o las leyes.

Con relación al tema, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado positivamente y ha concedido la tutela demandada respecto a un derecho no enumerado o implícito. Al resolver una Acción de Amparo Constitucional, emergente de un proceso judicial en el que se vulneró el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva -que no estuvo expresamente consagrado en la Constitución-, en su SC 0600/2003-R, de 06 de mayo⁵¹, realizó una interpretación integradora del art. 16 de la Ley Fundamental de 1967, en concordancia con los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicando el principio de la fuerza expansiva y el principio *pro hómine*, a partir de la cláusula abierta establecida por el art. 35 de la Constitución de 1967, vigente en ese momento; de manera que, extrajo el derecho implícito y con cuyo resultado concedió la tutela demandada y protegió el derecho vulnerado; en la *ratio decidendi* de la mencionada Sentencia Constitucional se señaló lo siguiente: “según la norma prevista por el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ‘toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecidas con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’, como podrá advertirse la norma transcrita consagra dos derechos humanos de la persona: 1) el derecho de acceso a la justicia; y 2) el derecho al debido proceso, entendiéndose por aquélla la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica”.

Posteriormente, al resolver una Acción de Amparo Constitucional, en la que se denunció la vulneración del derecho a la objeción de conciencia,

51 La Sentencia Constitucional fue expedida en el caso Adriáticas de Seguros y Reaseguros S.A. vs. Juez de Sentencia de Santa Cruz de la Sierra.

que no estuvo ni está expresamente consagrado por la Constitución de ese entonces ni la actual, el Tribunal Constitucional nuevamente realizó la interpretación integradora, acudiendo a la cláusula abierta y a los tratados y convenciones internacionales. En su SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre⁵², señaló lo siguiente: *“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 (..) 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”*.

4.1.5. El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana

El Tribunal Constitucional Plurinacional, como parte del avance en el proceso de integración del Derecho Internacional sobre derechos humanos al Derecho Interno, en su SC 0110/2010, de 10 de mayo⁵³, ha sentado las bases y fundamentos para el diálogo interjudicial entre los tribunales del Estado Plurinacional de Bolivia y la Corte Interamericana. Así se infiere de los fundamentos jurídicos expuestos en la mencionada Sentencia Constitucional, en cuya *ratio decidendi* se afirma lo siguiente:

52 La Sentencia Constitucional fue expedida en el caso Defensoría del Pueblo Vs. Ministerio de Defensa Nacional.

53 Sentencia Constitucional que fue expedida en el caso Pedro Percy Gonzáles Monasterio y otros Vs. Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Santa Cruz.

*“A la luz del caso de autos, es imperante estudiar los fundamentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a cuyo efecto, en principio, debe señalarse que éste es un conjunto de herramientas normativas y jurisdiccionales cuyo diseño cohesiona armoniosamente la dogmática y esencia de derechos considerados inherentes al ser humano por su naturaleza óptica, con instituciones cuya activación garantizan un respeto efectivo de estos derechos. En mérito a lo expuesto, se tiene que **la sistematicidad del mismo, hace que el contenido de sus herramientas normativas y las decisiones emanadas de sus mecanismos institucionales, se enraícen de tal manera en el orden interno de los países miembros, que sus postulados no solamente forman parte de este precepto, sino que se constituyen en informadores del régimen interno, el cual, se sujeta y subordina en cuanto a su contenido a éste, armonizándose de esta manera el orden nacional con el orden supranacional de los Derechos Humanos**, siendo por tanto esta sistematicidad el fundamento y la razón de ser de esta ingeniería supranacional destinada a la protección real y efectiva de Derechos Humanos.*

*“En mérito a lo expuesto, se tiene que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, **la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.***

“En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia.

“En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional sistémico, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

“Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

“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.

“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”⁵⁴.

De los fundamentos glosados se puede inferir que el Tribunal Constitucional Plurinacional esboza las siguientes bases para construir el diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

1º La impregnación de las normas convencionales y la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana en el ordenamiento jurídico interno del Estado Plurinacional de Bolivia; de tal manera que, los postulados, los principios y normas del Sistema Interamericano se convierten en los informadores del régimen interno; lo que significa que las normas de la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana se constituyen en el parámetro de interpretación de la Constitución y las Leyes en materia de protección de los derechos humanos y fundamentales. Esta base se encuadra plenamente en las normas previstas por los arts. 13.IV y 256.II de la Constitución.

54 Los resaltados no corresponden al texto original de la Sentencia Constitucional.

2º La armonización del ordenamiento jurídico interno del Estado con el ordenamiento jurídico internacional que rige el Sistema Interamericano, sobre la base de la subordinación del primero al segundo; lo que significa que los tratados y convenciones internacionales tienen un rango supra constitucional. Esta base tiene su sustento en la norma prevista por el art. 256.I de la Constitución.

3º Dada la interdependencia entre los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales del Sistema Interamericano, la efectividad en la tarea de protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma, en lo referente a su contenido, los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; lo que significa que, los tribunales nacionales deben y tienen que recibir y aplicar los estándares mínimos internacionales establecidos por la Corte Interamericana, e interpretar y aplicar las normas convencionales, así como la Constitución y las leyes, desde y en conformidad con las referidas normas.

4º El reconocimiento explícito del rango constitucional, como parte del Bloque de Constitucionalidad, de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana; por lo que, fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente. Con esta definición, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha sentado una base jurisprudencial para generar la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del juez nacional; lo que significa que este debe asegurar al menos el estándar mínimo común o “protección equivalente” del *corpus iuris* interamericano; lo cual implica a su vez que, ante un eventual incumplimiento en cuanto a la aplicación del efecto vinculante del precedente interamericano, hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos, ya que el juez forma parte orgánica y funcional del Estado.

5º Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana que declaren la responsabilidad internacional del Estado, por violación de los derechos humanos, son de cumplimiento ineludible e inexcusable; lo que genera una obligación para los tribunales nacionales de hacer cumplir las mismas, aunque ello no esté explícitamente definido; pues, así se infiere del razonamiento jurídico glosado.

4.2. Temas pendientes

Así como existen avances importantes en la protección de los derechos humanos y fundamentales por el Tribunal Constitucional Plurinacional, quedan temas pendientes que, se espera, serán resueltos progresivamente.

Un primer tema pendiente, es el referido al control de convencionalidad que deben ejercer los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Sobre el tema, el Tribunal Constitucional Plurinacional aún no se ha pronunciado expresamente; por lo tanto, no ha establecido las sub reglas que hagan posible el desarrollo de esa labor por la Jurisdicción Ordinaria; pues al presente, lamentablemente no se cumple con la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana respecto al control de convencionalidad que deben realizar todos los jueces y tribunales del Estado. La principal razón para esto es que los jueces y tribunales de la Jurisdicción Ordinaria consideran que el modelo de control de constitucionalidad es concentrado (europeo o “kelseniano”), químicamente puro, por lo que consideran que no están facultados para inaplicar una disposición legal que sea contraria a la Constitución o a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos; a lo que debe añadirse la tradición histórica de que los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la Ley y, por ello, están obligados a aplicarlas si están vigentes; lo que por cierto, en la actualidad ya no es atendible; pues, como ha señalado la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*⁵⁵, *“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 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 palabra(s), 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”*.

55 Sentencia de 26 de septiembre de 2006, par. 124.

Un segundo tema pendiente, es el referido a la protección efectiva de los derechos sociales y culturales; pues a pesar de que el ámbito de protección de la Acción de Amparo Constitucional, en el sistema constitucional boliviano, no está restringido a los derechos denominados fundamentales y los derechos civiles y políticos⁵⁶, no se hace uso de esta acción tutelar para otorgar protección efectiva a los mencionados derechos.

Cochabamba, septiembre de 2016

56 La Acción de Amparo Constitucional en el sistema constitucional boliviano es una vía tutelar amplia que protege a todos los derechos humanos y fundamentales, con excepción de aquellos que son protegidos por otras acciones, tales como el derecho a la vida y la libertad física que son protegidos por la Acción de Libertad; el derecho a la autodeterminación informativa, que es protegido por la Acción de Protección de Privacidad, y los derechos e intereses colectivos, que son protegidos por la Acción Popular. Por previsión del art. 128.I de la Constitución “la Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

**PANORAMA DE LA
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS A LA SALUD
Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN
ARGENTINA, CON ÉNFASIS
EN LA PERSPECTIVA
JURISPRUDENCIAL DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN**

Víctor BAZÁN

PANORAMA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN ARGENTINA, CON ÉNFASIS EN LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Víctor BAZÁN^{1*}

Sumario

I. Consideraciones preliminares.- II. Devenir de la inclusión de previsiones constitucionales sobre los derechos a la salud y la seguridad social.- III. La reforma constitucional de 1994 y su impacto en el área de los derechos humanos.- IV. Políticas públicas y otras cuestiones.- V. De ciertos estándares y pautas dignos de mención en materia de salud, forjados por la Corte Suprema.- VI. Algunos pronunciamientos del Máximo Tribunal Nacional en torno al derecho a la seguridad social.- VII. Un par de decisorios recientes de la Corte Suprema que condensan la convergencia de la protección del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.- VIII. Sucinta aproximación crítica a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Argentina que involucra la violación de los derechos a la salud y la seguridad social.- IX. Observaciones finales.

1* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina. Posgraduado en “Justicia Constitucional y protección de los derechos fundamentales”, Departamento de “Giurisprudenza”, Universidad de Pisa, Italia. Posgraduado en “Constitucionalismo y Democracia”, Universidad de Castilla-La Mancha, campus Toledo, España. Profesor Titular de las asignaturas: i) Derecho Constitucional y Derechos Humanos; ii) Derecho Procesal Constitucional; y iii) Derecho Internacional Público; Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Miembro de la *International Academy of Comparative Law*, con sede en París. Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Académico Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, entre otras numerosas entidades académicas y científicas argentinas y extranjeras. Profesor Invitado de Posgrado Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas universidades argentinas y del exterior. Autor de una abundante cantidad de libros y artículos publicados en Argentina y el extranjero, en temas de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

I. Consideraciones preliminares

En el presente trabajo nos ocuparemos inicialmente del modo como se ha desarrollado a través del tiempo la inclusión de previsiones sobre los derechos a la salud y la seguridad social en las normativas constitucionales de Argentina.

Seguidamente, revisaremos la innovación constitucional de 1994 (última operada hasta el presente) y su impacto en el campo de los derechos humanos, para continuar camino con algunas sucintas apreciaciones sobre una sensible temática: las políticas públicas en materia de derechos sociales.

Luego abordaremos, sucesivamente, ciertos criterios y pautas importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a tales núcleos temáticos: derecho a la salud y derecho a la seguridad social.

Evocaremos a continuación un par de pronunciamientos de ese Máximo Tribunal nacional que ponen en evidencia la confluencia de ambos derechos, para pasar a acercarnos críticamente a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra Argentina que ofrece puntos de conexión con la problemática centralmente abordada.

Por último, desplegaremos ciertas apreciaciones finales, que se unirán a otras conclusiones volcadas en el nudo de este ensayo.

II. Devenir de la inclusión de previsiones constitucionales sobre los derechos a la salud y la seguridad social

1. El texto original de la Constitución Nacional (C.N.), que data de 1853/1860 (lapso de tiempo en el que se desplegó el poder constituyente originario²), no incluyó referencia explícita alguna al *derecho a la salud*, aunque como veremos enseguida ello no significaba orfandad protectoria al respecto.

2 Median discrepancias doctrinarias sobre el punto, pues varios autores consideran a la de 1860 como una *reforma constitucional* y no como el cierre del poder constituyente originario inaugurado en 1853.

A modo de digresión, y para comprender más acabadamente la apreciación en punto al mantenimiento del ciclo constituyente originario hasta 1860³, vale efectuar algunas aclaraciones. El texto fundacional fue sancionado el 1 de mayo de 1853, sin la concurrencia de la disidente Provincia de Buenos Aires, y *proscribía expresamente su reforma hasta después de diez –10– años de ser jurada*. Sin perjuicio de ello, el 11 de noviembre de 1859 se celebró el denominado “Pacto de San José de Flores”, por medio del cual Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación Argentina. En 1860, esto es, *dentro del plazo de vigencia de la prohibición de reforma* y sobre la base del nuevo esquema de estructuración política –ya con Buenos Aires incorporada al mismo–, se llevó a cabo una importante revisión y complementación del texto de 1853 que, entre muchas otras cosas, dispuso que se utilizara la denominación “Nación Argentina”.

2. Retomando el hilo descriptivo de este tramo del trabajo, luego sí hubo reformas en 1866 y 1898.

Cabe precisar que más adelante, en 1949, se dictó una nueva Constitución que rigió hasta 1956. Previamente, en 1955, se produjo un golpe militar que destituyó al gobierno constitucional encabezado por Juan Domingo Perón.

Tal Norma Básica de 1949, que exhibía una fuerte textura social (con énfasis en las relaciones laborales), contenía –ejemplificativamente– las siguientes previsiones:

- el art. 37.I.5 verbalizaba así la protección de la salud en el ámbito laboral (bajo el epígrafe de “Derecho a la preservación de la salud”): “El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo”;

3 Ver para ampliar sobre el particular, BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 375-376.

- el art. 37.I.7, en el marco del “Derecho a la seguridad social”, estipulaba: “El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales”; y
- el art. 37.III.5, titulado “Derecho al cuidado de la salud física”, disponía: “El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente”.

El 27 de abril de 1956 el presidente *de facto* General Pedro E. Aramburu dictó una proclama de *carácter constitucional*, por la que se dejó sin efecto la Constitución de 1949 y se restauró la Constitución de 1853, con sus “reformas” de 1860, 1866 y 1898.

Renacido el vigor jurídico de la Constitución histórica, en 1957 se incluyó a su texto el art. 14 *bis*, cláusula en la que puede vislumbrarse alguna alusión *tangencial* al tema del derecho a la salud (y *directa* al derecho a la seguridad social) cuando establece la obligación estatal de asegurar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable” y un “seguro social obligatorio”⁴.

El precepto constitucional aludido en el párrafo anterior también estipula que en especial la ley establecerá, además del citado seguro social obligatorio, lo siguiente: jubilaciones y pensiones móviles; protección integral de la familia; defensa del bien de familia; compensación económica familiar; y acceso a una vivienda digna.

3. Asimismo, el art. 33 de la Constitución vigente, añadido en 1860 y relativo a los *derechos implícitos*, fue de alguna manera tomado como base para cristalizar la protección del derecho a la salud ante la falta de referencia expresa sobre el particular, asociándolo por esa vía con el art. 14, *ibid.*, que consagra la protección de los derechos civiles. Quedaba, así, cubierta la tutela de la salud como derecho *individual*.

4 Además, modificó el art. 67, inc. 11, incluyendo la atribución del Congreso de la Nación de dictar el Código “del Trabajo y Seguridad Social” (que nunca fue sancionado), y que actualmente corresponde al art. 75, inc. 12.

Pero aún resta margen de maniobra para avanzar en este camino de reflexión en la búsqueda de insumos desde el propio Preámbulo constitucional, básicamente en el tramo que preconiza “promover el bienestar general”, para permitir un abordaje de la *dimensión de la salud como bien colectivo*.

En esa línea, BIDART CAMPOS apunta que tal dimensión hace ver que “son numerosos los casos en que la denominada ‘salud pública’ (que aparece como bien jurídico con tutela penal en el código respectivo) sufre amenaza, riesgo o daño, e irradia desde lo colectivo y público consecuencias también dañinas para la salud individual o subjetiva. ¿No es el caso de la drogadicción, o del virus del SIDA, para proponer solamente algún ejemplo?...”⁵. Añadimos por nuestra parte que el bien jurídico “salud pública” recepta protección –además del marco penal– y según corresponda, de modo explícito o implícito, en los ámbitos administrativo, contravencional, civil y constitucional.

4. A su tiempo, ya con la innovación constitucional de 1994 el texto actualmente operativo es –a nuestro juicio– el de 1853/1860, con las reformas de 1866, 1898, 1957 y, por supuesto, la propia modificación de 1994⁶.

Por vía de esta última renovación constitucional se consagró en el art. 42 el *derecho a la salud*, aunque en el marco de la “relación de consumo”.

Sin embargo, y siempre que ampliáramos nuestro espectro de visibilidad yendo un poco más allá de lo que el corto alcance de la *explicitud* ofrece, podríamos inferir que la carga ideológica y la textura axiológica de la Constitución *aggiornada* brindan otras posibilidades para derivar la cobertura tuitiva de aquel derecho. Así, el art. 41 expresamente consagra el derecho de todos los habitantes “a un ambiente *sano*, equilibrado” –énfasis agregado–, previsión en la que subyace la exigencia de protección del derecho a la salud.

5 BIDART CAMPOS, Germán J., “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”, en *La Ley. Número especial del Suplemento de Derecho Constitucional: “Aniversario de la Constitución Nacional”*, La Ley, Buenos Aires, abril de 2003, p. 158.

6 Aun cuando la Constitución vigente sea presentada como “sancionada por el Congreso General Constituyente el 1° de mayo de 1853, *reformada* y concordada por la Convención Nacional ‘Ad Hoc’ el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las Convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994” –énfasis añadido–.

Por su parte, el art. 75, inc. 23, de la C.N., aborda entre otros puntos el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social. En tal sentido, estipula que el Congreso de la Nación deberá legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de *niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad*.

Dicho de otro modo, existe una expresa determinación en cuanto a garantizar un *plus protectivo* a favor de personas o grupos particularmente vulnerables e hiposuficientes y tradicionalmente marginados.

La norma constitucional aludida, especifica la obligación de *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* en protección del *niño* en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental; y de la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

No podría omitirse siquiera una escueta alusión al art. 75, inc. 19, también incorporado por la reforma de 1994, que coloca en cabeza del Congreso de la Nación la tarea de proveer lo conducente al *desarrollo humano y al progreso económico con justicia social*.

Paralelamente, todo ello debe ser complementado con los preceptos de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que si bien no forman parte *stricto sensu* del texto de la Carta Fundamental, ostentan *magnitud constitucional* en función de su art. 75, inc. 22, párrafo 2°; e incluso también la absorbe de otros documentos internacionales que tienen *jerarquía suprallegal* en los términos del párrafo 1° del citado inciso del art. 75.

III. La reforma constitucional de 1994 y su impacto en el área de los derechos humanos

1. Es una realidad incontestable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en la esfera de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse:

- la ampliación del plafón de *derechos explícitos* (v. gr., arts. 37, sobre derechos políticos; 41, en torno al derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y 42, sobre derechos de usuarios y consumidores);
- la literalización de los procesos constitucionales de *amparo*, *hábeas data* –aunque sin emplear formalmente tal denominación– y *hábeas corpus* (contenidos en el art. 43);
- el diseño de un nuevo prototipo de *principio de igualdad*, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16⁷) con la *igualdad material* (arts. 37, atinente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; y 75, inc. 2º –igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional–, inc. 19 –sanción por el Congreso de leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna– e inc. 23 –que el Congreso legisle y promueva *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato–);
- algunos elementos surgentes del citado art. 75, inc. 19, en cuanto a la faena que el Congreso debe asumir respecto de proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*; y
- la adjudicación de jerarquía constitucional a once (11) instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párrafo 2º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución,

7 La cláusula en cuestión prescribe: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. *Todos sus habitantes son iguales ante la ley*, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas” “cursivas agregadas”.

haya devenido en una especie de “trapecio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Al solo efecto ilustrativo, cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el art. 75, inc. 22, párrafo 3^o), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003; y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a la que se le ha otorgado semejante magnitud por la Ley N° 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

2. Todo lo dicho nos conecta ineludiblemente con la problemática del “*bloque de constitucionalidad*”, que en el ámbito federal está integrado por

8 Ese tramo del inc. 22, establece que “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”.

el texto de la Constitución y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (originaria y derivada).

Conceptualmente, el bloque de constitucionalidad es –en palabras de BIDART CAMPOS– un conjunto normativo que posee disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales⁹.

La mencionada innovación constitucional ha producido, *inter alia*, la citada exigencia de activar la renovada concepción sobre el principio de igualdad a través de *acciones positivas* y la inexcusable *implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres*, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”¹⁰. Se impone una mirada estructural de la igualdad que suponga visualizar como significativa la situación de la persona considerada individualmente, pero haciendo parte de un grupo sistemáticamente excluido o postergado.

La asignación de cotización constitucional a los nombrados instrumentos internacionales sobre derechos esenciales, a su vez, ha traído consigo la ampliación cuantitativa y cualitativa del plexo de derechos implícitos y expresos; fortaleciendo además la operatividad del principio *pro persona*, con las pautas que de él se desprenden, v. gr.: *pacta sunt servanda*, interpretación de buena fe de los compromisos internacionales asumidos en la materia (de acuerdo con su objeto y fin), e improcedencia de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional.

9 BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

10 Sobre el tema, véase BAZÁN, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, T° I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 2003, pp. 303-336.

El texto del Preámbulo dice: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, *afianzar la justicia*, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina” –énfasis añadido–.

Juegan un rol relevante, *inter alia*, los siguientes factores: la existencia expresa en la Constitución de cláusulas de apertura al derecho internacional (y particularmente al derecho internacional de los derechos humanos); el incremento de la circulación de reglas internacionales; la creciente retroalimentación del derecho internacional y el derecho interno; la pertenencia del país a un sistema integrado de justicia internacional como es el esquema interamericano; y la obligación de los jueces (y demás autoridades públicas) en punto a llevar adelante el control de convencionalidad que algunos autores denominan *difuso*. Tales elementos dan cuerpo a un sólido y demandante núcleo obligacional que el Estado debe honrar de buena fe.

Y en tales menesteres, la actividad de la magistratura jurisdiccional toda (con la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– a la cabeza como órgano máximo de justicia constitucional) adquiere singular importancia ya que, como *mutatis mutandis* se ha afirmado, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por medio de diversos poderes del Estado, siéndole indiferente al derecho internacional que se lo haga por vía administrativa, legislativa o judicial, sin perjuicio de lo cual, se ha advertido que, “ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es *a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno*”¹¹ –remarcado agregado–.

En síntesis, el cuadro graficado realza la exigencia de asegurar *ad intra* la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sean aquéllos civiles y políticos o –como los que este ensayo enfoca en particular– económicos, sociales y culturales, procurando dar cumplimiento a los deberes y cargas asumidos transnacionalmente para salvaguardar la dignidad de los habitantes y paralelamente evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

11 MÉNDEZ, Juan E., “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 532.

IV. Políticas públicas y otras cuestiones

1. Introducción

Con ser muy importante el desarrollo de estándares jurisprudenciales relativos a la protección de derechos esenciales como los de la salud y la seguridad social, esa vía no resulta *per se* suficiente para afrontar las exigencias que, en áreas estructurales, impone el Estado Constitucional y Convencional.

Entre otros elementos y factores, el circuito de protección y realización de tales derechos se completa con un proceso articulado de políticas públicas sólidas e inclusivas.

Resulta tarea dificultosa discernir qué es una política pública. No es ésta la ocasión oportuna para bucear en semejante tarea de elucidación. Por tanto, y al solo efecto orientativo, citamos aquí a LAHERA PARADA, quien sostiene que “una política pública corresponde a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información, en relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones”.¹²

Por supuesto, las políticas públicas en el área social no pueden ser respuestas espasmódicas, sino el resultado de un proceso serio, profundo y minucioso de diagnóstico de la situación y de diseño, formulación de objetivos, implementación y seguimiento o monitoreo de su desarrollo.

Tampoco pueden ni deben representar meros artilugios discursivos para endulzar oídos con mensajes vacíos y acrecentar el clientelismo político; ni simples “fachadas” sin ningún sustento que generen el espejismo de un cambio radical para que finalmente todo continúe igual, o incluso peor. El *gatopardismo* aplicado a personas y grupos

12 LAHERA PARADA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2002, pp. 15-16.

tradicionalmente postergados y excluidos, además de traer perversión y crueldad no hace más que recrear frustraciones y sumar desconfianza en el sistema democrático.

Resulta imprescindible también que el Estado adecue sus políticas públicas a los compromisos adquiridos por vía de instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que éstos pueden provocar en las comunidades más retrasadas e hiposuficientes.

En esa línea, otro prototipo tuitivo sustancial es la *justicia social*, que apunta centralmente a la exigencia de generar condiciones de vida mediante las cuales a la persona humana le sea posible desarrollarse de manera *digna*, para mitigar la exclusión y la desigualdad.

Se entroniza como uno de los pilares cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, como lo comenzó mostrando en el siglo pasado la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y ya en la era del derecho internacional contemporáneo lo reafirman la DUDH, el PIDESC, la Carta de la OEA, la CADH, el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e *inter alia*, documentos de *soft law* como la Declaración Sociolaboral del Mercosur o la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008), que precisamente apunta a fortalecer la dimensión social en la globalización para obtener mejores resultados y que éstos se repartan de manera más equitativa entre todos.

Pero también es la base jurídica y axiológica de principios, valores y derechos fundamentales, como subyace en el texto de la Constitución argentina cuando en el aludido art. 75, inc. 19, exhorta al Congreso a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Los factores y requerimientos enunciados en este subapartado son relevantes e insoslayables si es que existe genuina voluntad política de

generar un sistema estructurado y consistente de políticas públicas en materia social, lo que aún hoy es una deuda pendiente.

2. Progresividad y no regresividad injustificada de los derechos sociales

Existe una clara obligación estatal de garantizar la *progresividad* de los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la *prohibición de retrogradación injustificada*. Y tales premisas deben ser debidamente respetadas a la hora de diagramar políticas públicas, ya que la democracia es (o debería ser) un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debiendo superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es sólo simbólica*, para dar paso a una *progresividad efectiva y real*.

Y, como se anticipaba, esta pauta debe conjugarse con la obligación de *no regresividad incausada*, la que desde el punto de vista conceptual – como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población¹³.

Rememoramos que en la Observación General N° 3¹⁴ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –Comité de DESC–, ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

13 COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL y CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

14 Comité de DESC, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párr. 1, art. 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–]”, 14 de diciembre de 1990.

Es que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH. De todas maneras, COURTIS sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en ésta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibíd.*¹⁵.

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica a su vez *la prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto*. Para el autor citado, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa*, al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH. Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, *ibíd.*, que recogen en gran medida el principio *pro persona*, asevera que de ellas puede decirse genéricamente que *prohíben un empleo regresivo de la CADH*; puntualizando también –entre otras consideraciones– que esta Convención no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*¹⁶.

No es precisamente un dato menor que en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH haya concluido que *la regresividad resulta justiciable*¹⁷ cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate. Sobre este tópico y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado.

15 COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, ob. cit., pp. 13-14.

16 *Ibíd.*, p. 15.

17 Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 103.

3. Sobre algunos reflejos de la *deuda social argentina* y un reciente Programa para reajustar los haberes y cancelar deudas previsionales de jubilados y pensionados

Para cerrar este apartado, nos permitimos abordar brevemente dos cuestiones: sintomática la primera y *a priori* alentadora la segunda. Aquélla se refiere a una interesante investigación acerca de las limitaciones en el alcance y cobertura de la protección social a los hogares urbanos argentinos en el año 2015. La última alude a lo que —en principio— aparece como un importante programa (localizado en el área de las políticas públicas sobre seguridad social) acometido por el gobierno del Presidente Mauricio MACRI, quien asumiera la primera magistratura del país en diciembre de 2015.

A) En cuanto a la primera cuestión, dentro del *Barómetro de la Deuda Social Argentina*, Serie del Bicentenario (2010-2016)¹⁸, es interesante reproducir algunos datos contenidos en la nota de investigación “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”¹⁹, que tiene por objeto exponer datos complementarios acerca de las limitaciones en la magnitud y cobertura de la protección social a los hogares urbanos en 2015. Como afirman sus autores, los datos pretenden dar cuenta de la *proporción de unidades domésticas sin cobertura social o con cobertura insuficiente*, es decir, hogares que no acceden a mecanismos de protección social por vía de la inserción laboral formal del jefe de hogar y tampoco a través del sistema jubilatorio, y que tampoco tienen ingresos por rentas ni perciben programas sociales o participan de programas de empleo (Asignación Universal por Hijo – AUH–, pensiones no contributivas, tarjeta alimentaria, Plan Progresar, Argentina Trabaja, entre otros).

Básicamente, se alcanzan los siguientes resultados:

-
- 18 SALVIA, Agustín (coord.), *Barómetro de la Deuda Social Argentina*, “Tiempo de balance: deudas sociales pendientes al final del Bicentenario. Necesidad de atender las demandas del desarrollo humano con mayor equidad e inclusión social”, Serie del Bicentenario (2010-2016), Año VI, Universidad Católica Argentina, Educa, Buenos Aires, 2016 (disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>).
- 19 BONFIGLIO, Juan Ignacio y VERA, Julieta, “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”, *loc. cit.* en nota anterior, p. 80.

- a fines de 2015 alrededor del 59% de los hogares accedía a la protección social principalmente a partir de la seguridad social ligada al empleo. Este grupo se define como un conjunto de hogares cuyos ingresos superan la línea de pobreza y donde los jefes de hogar tienen un empleo pleno, son jubilados, o perciben algún tipo de renta;
- adicionalmente, dos –2– de cada diez –10– hogares urbanos está asociado al sistema de protección social a partir de la percepción de algún plan de ayuda social (transferencias monetarias, asignaciones familiares no contributivas o asistencia alimentaria directa a través de la recepción de cajas/bolsones de comida o comida de comedores públicos no escolares); y
- poco menos del 20% de los hogares no presenta ningún tipo de cobertura social derivada tanto de la inserción formal al mercado de trabajo por parte del jefe de hogar como del sistema de seguridad social o de la asistencia social bajo programas sociales.

Como comentario preocupante, el reporte señala que “en el actual contexto económico, este último sector se constituye como *un grupo particularmente vulnerable*, puesto que sólo una parte del mismo sería beneficiada por una eventual ampliación de la AUH. Asimismo, *no se encontrarían asociados a los ajustes de ingresos a través de paritarias y tampoco tendrían acceso a la tarifa social a nivel de los servicios ni en el transporte*. Se encuentran en esta situación aproximadamente *más de 2 millones de hogares*, constituyendo un grupo de alto riesgo que integra más de 2,5 millones de niños de entre 0 y 17 años” –cursivas añadidas–.

Los datos son altamente elocuentes respecto de la lamentablemente enorme cantidad de personas excluidas que mostraba el país a finales de 2015. Los retos y desafíos que sobre el particular deberá afrontar el nuevo gobierno no son pocos ni tampoco irrelevantes, y sus esfuerzos deberán ser encaminados por medio de políticas públicas articuladas y coherentes en el área de acción social para procurar disminuir esos volúmenes tremendos de individuos y grupos hiposuficientes y marginados.

B) En punto al segundo tópico, la recientemente iniciada gestión presidencial ha instado el dictado de la Ley N° 27.260²⁰ que implementa

20 Boletín Oficial –en adelante: B.O.– de 22 de julio de 2016.

un “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, orientado a formalizar acuerdos que permitan reajustar los haberes y cancelar deudas previsionales con respecto a aquellos beneficiarios que reúnan los requisitos establecidos en la citada normativa.

Si bien tal esquema legal puede ser blanco de algunas críticas, no puede negarse que si se logra cumplir la finalidad que persigue brindaría una importante solución a un largamente postergado y mediatizado universo de causas judiciales por reclamos de recomposición de haberes previsionales respecto del cual ninguno de los últimos gobiernos se ha ocupado en serio, más allá de discursos de ocasión o de algunas medidas aisladas que fueron sólo paliativos pero no una solución estructural como la que sí promete el “Programa Nacional de Reparación Histórica”.

Las Disposiciones Generales de la ley muestran que:

- se crea el citado Programa Nacional con el objeto de *implementar acuerdos que viabilicen el reajuste de haberes y la cancelación de deudas previsionales en relación con los beneficiarios que cumplan los recaudos estipulados en la ley*. Podrán celebrarse acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no hubiera juicio iniciado. Asimismo, todos los acuerdos deberán ser homologados judicialmente, para lo cual se prescindirá de la citación de las partes. A fines de agilizar la implementación del Programa, los acuerdos, los expedientes judiciales y las demás actuaciones que se lleven a cabo en su marco, podrán instrumentarse a través de medios electrónicos, admitiéndose también la firma digital y/o cualquier otro medio que otorgue garantías suficientes sobre la identidad de la persona; y
- se declara la *emergencia en materia de litigiosidad previsional*, a los únicos fines de la creación e implementación del programa dispuesto en la ley, a efectos de celebrar acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no hubiera juicio iniciado. Tal estado de emergencia tendrá vigencia por tres –3– años a partir de la promulgación de la ley.

Sólo resta aguardar el desenvolvimiento de los hechos, que ojalá demuestre que el dispositivo legal en cuestión contiene mucho más que

palabras y que logre poner fin a la insostenible situación en la que están sumidas centenares de miles de personas de edad avanzada (enfermas, discapacitadas, etc.) que desde hace mucho tiempo claman por una solución digna.

V. De ciertos estándares y pautas dignos de mención en materia de salud, forjados por la Corte Suprema²¹

En la primera parte de este segmento del ensayo, y siempre tomando en cuenta la imposibilidad de efectuar un examen casuístico omnicomprendivo, presentaremos algunos criterios de la Corte Suprema en torno a determinados aspectos sensibles del derecho a la salud y su protección. Ya en el segundo y último tramo, marcaremos determinados pronunciamientos del Alto Tribunal que con mayor intensidad desde época reciente, se muestran tuitivamente reactivos.

1. Algunos criterios en ámbitos de relevancia e interés

A) *El amparo como una de las vías por excelencia para la viabilización de la protección del derecho a la salud*

El *proceso constitucional de amparo*, tanto en su modelo individual o clásico como en su vertiente colectiva, respectivamente, art. 43, párrafos 1° y 2°, constituye la vía más importante y explorada para la protección del derecho a la salud, aunque también lo es respecto del derecho a la seguridad social.

Subrayamos la expresión “proceso constitucional” porque consideramos que, en esencia, refleja la esencia del amparo. Al respecto, vale traer a colación lo manifestado en el caso “Rivero, Gladys Elizabeth s/ Amparo - Apelación”²², de 9 de junio de 2009, concretamente en el ap. VI, párrafo 9°, del dictamen de la Procuradora Fiscal, que la mayoría de la Corte hizo suyo: “la aproximación al complejo *proceso constitucional que es el amparo* –instrumento y, a la vez, garantía–, tiene que llevarse a cabo

21 Sobre éste y otros puntos, ver BAZÁN, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.

22 *Fallos*, 332:1394. El caso fue resuelto por mayoría. Tal posición triunfante fue sostenida por los ministros Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; por su voto se pronunció la jueza Highton de Nolasco, y en disidencia conjunta se expidieron los ministros Petracchi y Argibay.

en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional” –remarcado agregado–.

Advertido lo anterior, y sólo por mencionar algunas muestras de aquella primera variante amparística (individual o clásica), en los casos “Tartaroglu de Neto, Leonor c/ I.O.S.”²³ e “Imbrogno, Ricardo c/ I.O.S.”²⁴, ambos de 25 de septiembre de 2001²⁵, se puso de relieve la *trascendencia del amparo como instrumento tuitivo del derecho a la salud, la relevancia axiológica y jurídica de éste como derecho social, y la improcedencia de desnaturalizar una garantía consagrada en la C.N. a partir de una interpretación excesivamente rígida y formal* (ap. III, párrafos 1° y 4°, del dictamen del Procurador Fiscal, al que las respectivas mayorías en esas causas remitieron).

En “Lifschitz, Graciela Beatriz y otro c/ Estado Nacional”²⁶, de 15 de junio de 2004, unánimemente²⁷ y frente a la necesidad de cobijar el *interés superior de un menor discapacitado*, sostuvo (reenviando a la opinión del Procurador General de la Nación –ap. III, párrafo 8°–) que ante la particular urgencia invocada en la causa, *parecía irrazonable imponer a los actores que acudieran a la vía ordinaria, cuando por la vía del amparo ya llevaban dos años litigando*. Agregó que “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere”.

23 Fallos, 324:3074.

24 Fallos, 324:3076.

25 Ambas decisiones fueron adoptadas con idénticos posicionamientos. La mayoría estuvo integrada por los ministros Nazareno, Belluscio, Petracchi, Boggiano y López, quienes remitieron a sendos dictámenes del Procurador Fiscal. Por su parte, en votos concurrentes conjuntos se pronunciaron los jueces Moliné O'Connor, Fayt y Vázquez.

26 Fallos, 327:2413.

27 Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez y Zaffaroni.

Esto último, ya había sido mencionado por la Corte unos días antes en “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea s/ Amparo”²⁸, resuelto por mayoría²⁹ en fecha 8 de junio de 2004 (ap. VIII, párrafo 7°, del dictamen del Procurador General, al que la mayoría remite).

En “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”³⁰, de 30 de octubre de 2007 y por mayoría³¹, la Corte afirma claramente que “*la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como (...) la preservación de la salud y la integridad física*. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, *no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa* a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole” –destacado agregado– (consid. 4°, párrafo 1°, de la mayoría).

No menos importante es, por su parte, la viabilidad del amparo también respecto de la *tutela de derechos de incidencia colectiva y la legitimación de los entes peticionantes*, lo que se demuestra con sólo repasar las sentencias pronunciadas *in re* “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986”³², de 1 de junio de 2000 (ap. VIII de la opinión del Procurador

28 Fallos, 327:2127.

29 Ésta estuvo compuesta por los jueces Fayt, Vázquez, Maqueda, Zaffaroni, Cossío de Mercau y Morales. A su tiempo, en disidencia conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi, Belluscio y Boggiano, quienes consideraron que el amparo era improcedente (ante la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el actuar de la demandada) y postularon la confirmación de la sentencia impugnada.

30 Fallos, 330:4647.

31 Por la mayoría estuvieron los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en votos concurrentes individuales se pronunciaron los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni; mientras que por medio de sendas disidencias se expidieron los ministros Petracchi y Argibay.

32 Fallos, 323:1339. Fue resuelto por mayoría. El detalle de la votación respectiva fue el siguiente: *i)* los ministros Belluscio, López y Bossert –de quienes puede decirse que constituyeron la *mayoría*– propiciaron la solución mencionada, limitándose a un reenvío al tratamiento que, acerca de las cuestiones debatidas, concretó en su dictamen el Procurador General de la Nación; *ii)* por su parte, los jueces Moliné O'Connor y Boggiano lo hicieron compartiendo un voto común (también por la confirmatoria triunfante); *iii)* el ministro Vázquez emitió un voto individual (confluyendo a igual decisión que sus colegas mencionados anteriormente);

General de la Nación, a la que la moción mayoritaria triunfante remite) y “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud –Estado Nacional s/ Acción de amparo– Medida cautelar”³³, de 18 de diciembre de 2003 (ap. V, párrafo 3°, del dictamen del Procurador General de la Nación al que la mayoría del Tribunal reenvía).

En este último fallo es significativo que se haya enfatizado (*ibíd.*, ap. VII, párrafo 1°) que *el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental* y que aquél tiene por objeto una efectiva protección de derechos³⁴.

Por su parte, en “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud S.A.”³⁵, de 8 de abril de 2008, la Corte³⁶ (basándose en la opinión de la Procuradora Fiscal subrogante) indicó que *el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, existe un peligro actual o potencial de la protección de derechos fundamentales* (cfr. ap. IV, párrafo 1°, del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, al que la posición mayoritaria remite).

B) Interés superior del niño. Rol de los jueces en el particular

Son muy copiosas las alusiones de los fallos de la Corte a la premisa básica de la CDN en relación con el *interés superior del niño* –también a otros instrumentos internacionales–, por lo que sólo ofreceremos algunas a simple modo de muestra.

y iv) por último, los jueces Nazareno, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, sosteniendo que el recurso extraordinario parcialmente concedido resultaba inadmisibile de acuerdo con lo establecido en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –C.P.C.C.N.–.

Esta última cláusula dice, en su parte pertinente, que la Corte Suprema, “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

33 *Fallos*, 326:4931. Se dirimió por mayoría. La moción triunfante fue rubricada por los ministros Belluscio, Petracchi, Boggiano y Vázquez; al tiempo que el juez Fayt se pronunció en disidencia y el ministro Zaffaroni en disidencia parcial.

34 Remite a *Fallos*, 321:2823.

35 *Fallos*, 331:563.

36 Votaron los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni; además de la concurrencia de la jueza Argibay.

En “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”³⁷, en fecha 24 de octubre de 2000 y por mayoría³⁸, específicamente en el consid. 21 de tal posición triunfante, puso de resalto que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a *promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño*, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales.

En “Neira, Luis M. y otra c/ Swiss Medical Group S.A.”³⁹, el 21 de agosto de 2003 y por mayoría⁴⁰ el Tribunal sostuvo que *los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo*, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; *siendo que la consideración primordial del interés del niño que la CDN impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos* (ap. III, párrafo 5°, del dictamen del Procurador Fiscal, al que adhiere la mayoría).

Por su parte, en el ap. VIII, párrafo 2°, del parecer del Procurador General de la Nación, al que se une la postura vencedora en el caso “Martín”, puede leerse que la protección y la asistencia integral a la discapacidad constituye una *política pública de nuestro país*; y que la *tutela del interés superior del menor es elevada a “rango de principio” por la CDN*⁴¹.

37 Fallos, 323:3229.

38 Por la mayoría estuvieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia se expidió el juez Belluscio, quien entendió que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja, era inadmisibile (art. 280 del C.P.C.C.N.).

39 Fallos, 326:2906.

40 La mayoría estuvo compuesta por los jueces Fayt, Petracchi, Moliné O'Connor y López; por su voto se pronunció el ministro Maqueda, mientras que en disidencia lo hizo el juez Boggiano.

41 Consideraciones similares surgen, por ejemplo, de Fallos, 318:1269; 319:3370; 320:1292; 322:328; 322:2701; 323:854, 2021; 2388; 324:122, 908, 1672.

En “Lifschitz” (ap. III, párrafo 8°, del dictamen del Procurador General de la Nación al que la Corte acude) y “Maldonado, Sergio Adrián s/ Materia: Previsional s/ Recurso de amparo”⁴², de 23 de noviembre de 2004, resuelto por unanimidad⁴³ (consid. 9°), entre otros, se advirtió – como señaláramos– que cuando se trata de resguardar *el interés superior del niño*, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

C) Derecho a la vida, derecho a la salud y principio de autonomía personal

Tratándolos de modos separado o conjunto existen diversos pronunciamientos de la Corte al respecto, por ejemplo los que pasamos a reseñar sucintamente.

En la aludida causa “Asociación Benghalensis”, dijo que *la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo*, que, a su vez, *resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal* (art. 19 de la C.N.). Añadió que *el derecho a la vida*, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la C.N., *es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él*. Asimismo indicó que *el derecho a la salud*, máxime cuando se trata de enfermedades graves, *está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal* (art. 19 de la C.N.), *toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida*⁴⁴ –principio de autonomía– (ap. X, párrafo 1°, del dictamen del Procurador General, al que remite el voto mayoritario).

Coincidentemente, sostuvo en el citado fallo “Campodónico de Beviacqua” que *el derecho a la vida es el primer derecho de la persona*

42 Fallos, 327:5210.

43 Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

44 Aquí y en otros pronunciamientos se avista en la percepción de la Corte una confluencia semántica entre “plan de vida” y “principio de autonomía”.

*humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional*⁴⁵, y que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental⁴⁶ (consid. 15 de la mayoría).

En “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” se reitera la aludida doctrina de “Asociación Benghalensis” (ap. VII, párrafo 2°, del dictamen del Procurador General de la Nación a la que se pliega la mayoría). Igualmente en “María, Flavia Judith” (consid. 4°, párrafo 2°, de la mayoría).

También en “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ Amparo”⁴⁷, decidido por mayoría⁴⁸ el 16 de mayo de 2006, respectivamente en el ap. III, párrafos 1° y 8°, de la opinión del Procurador General de la Nación a la que adhiere la mayoría, se reitera lo manifestado en “Campodónico de Beviacqua” (consid. 15 de la mayoría) y en “Asociación Benghalensis” (ap. X, párrafo 1°, del dictamen del Procurador General, que imanta al voto mayoritario).

Por último, y entre otros varios pronunciamientos, en el caso “Barria, Mercedes Clelia y otro c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ Amparo”⁴⁹, de 11 de abril de 2006, por mayoría⁵⁰ la Corte expresó que *la vida constituye el primer derecho de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva*, y que resulta garantizado por la C.N. y por diversos tratados de derechos humanos debido, entre otras consideraciones, a que *la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo* (consid. 4° de la mayoría). Puntualizó además que *la salud merece la máxima tutela no sólo por su prioridad indiscutible, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital* (ibíd., consid. 6°).

45 Sobre este tópico, ver *Fallos*, 302:1284; 310:112.

46 *Vid. Fallos*, 316:479.

47 *Fallos*, 329:1638.

48 Por la mayoría estuvieron los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia parcial, se pronunció la ministra Argibay.

49 *Fallos*, 329:1226.

50 La moción mayoritaria fue suscripta por los ministros Petracchi, Highton de Nolasco y Fayt. En voto concordante conjunto se pronunciaron los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay. Por último, el ministro Maqueda también concurrió con la mayoría coincidiendo con los consid. 1° a 7° de ésta.

D) Acciones positivas

Se trata de una cuestión de suma importancia y constituye un útil instrumento para propiciar la *igualdad material o sustancial* cuya impronta, tal como anticipáramos, ha sido inoculada a varias cláusulas de la C.N. en su *aggiornamento* de 1994. Precisamente, las referencias a las “acciones positivas” son copiosas y se patentizan en diversos pronunciamientos del Alto Tribunal.

En “Asociación Benghalensis”, aparece en el dictamen del Procurador General (ap. X, párrafo 3°) al que la mayoría de la Corte se pliega, donde puede leerse que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que *tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas*, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.

En “Campodónico de Beviacqua”, el consid. 16 de la mayoría enfatiza que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– *con acciones positivas*⁵¹, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

La causa “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”⁵², fue resuelta por mayoría⁵³ el

51 Tal apreciación se reitera en numerosos decisorios de la Corte Suprema, por ejemplo, en “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de amparo”, de 20 de diciembre de 2005 (consid. 4° de la mayoría), pronunciamiento correspondiente a la competencia originaria del Alto Tribunal (*Fallos*: 328:4640). Por la moción triunfante se expidieron los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; por su parte, en sendos votos concurrentes se pronunciaron los ministros Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay; y en disidencia parcial se manifestó la jueza Highton de Nolasco.

52 *Fallos*, 324:754.

53 La posición mayoritaria quedó constituida con los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López. En voto concurrente conjunto se manifestaron los jueces Fayt y Belluscio (quienes compartieron los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General) y en sendas concurrencias lo hicieron los ministros Petracchi y Vázquez (este último sostuvo, en el consid. 10 de su voto concurrente, que “ateniéndose al marco descripto, este Tribunal reafirmó en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con *acciones positivas*, ...”).

13 de marzo de 2001. La sentencia muestra que, en su dictamen (ap. VI, párrafo 2°), el Procurador General puntualizó que el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna vino a introducir de manera explícita –vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem ‘c’, del PIDESC– la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...” (ap. VI, párrafo 3°). Tales consideraciones –argumenta– resultan oportunas puesto que posibilitan situar, además, esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema de la “discriminación inversa” (*affirmative action* en el lenguaje constitucional norteamericano), según la cual, atañe al Congreso de la Nación “...Legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”, respecto de grupos tradicionalmente perjudicados como –por ejemplo– los discapacitados (art. 75, inc. 23, de la Carta Magna). En este entendimiento, no resulta inverosímil que hayan pretendido los legisladores alcanzar con sus “... *medidas de acción positiva*...” la situación de aquellos que, afectados por patologías como el SIDA o la droga, se encuentran inmersos o en peligro de discapacidad –en todos los casos el énfasis ha sido añadido– (ap. VI, párrafo 7°).

En “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad)”⁵⁴, dirimido unánimemente⁵⁵ el 16 de octubre de 2001, se advirtió que la alusión a las *acciones positivas* para garantizar el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– aparecen explícitamente en el dictamen del Procurador General (ap. VII, párrafo 3°) y en el consid. 11 del pronunciamiento de la Corte.

En “Barria”, particularmente en el consid. 8°, párrafo 1°, de la mayoría (también en el consid. 8°, párrafo 1°, de la concurrencia del juez Maqueda) puede leerse: “*la conducta en que incurrieron ambas dependencias estatales al omitir las acciones positivas a su cargo para*

54 Fallos, 324:3569.

55 Votaron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez.

satisfacer los derechos cuya tutela los demandantes procuraron y sólo obtuvieron en esta sede judicial a raíz de la pretensión que promovieron, justifican que se les impongan concurrentemente las costas del proceso” –remarcado añadido–.

En “Martín”, específicamente en el ap. VIII, párrafo 4°, del dictamen del Procurador General, al que la mayoría remite, se ha resaltado “*la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas*, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (...), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales” –énfasis agregado–.

En “Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”⁵⁶, de 28 de agosto de 2007 y por mayoría⁵⁷, la Corte alude a las *acciones positivas*, lo que se hace presente en el ap. III, párrafo 7°, *in fine*, del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante. En el marco de esta sentencia, es útil colacionar parte del consid. 4° de la disidencia del ministro Lorenzetti, quien –con una llamativa fuerza discursiva– afirmó que “*los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos*, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger” (párrafo 1°). A continuación señaló que “la protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del Estado de Derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. *Llamar ciudadano a quien no tiene trabajo, vivienda o prestaciones básicas de salud constituye una afrenta, ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social*” (párrafo 2°). Añade a continuación que “esta garantía incumbe al Estado, quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con *acciones positivas*, ‘sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento

56 Fallos, 330:3725.

57 La moción que se impuso fue rubricada por los ministros Fayt y Maqueda; concurrente y conjuntamente votaron los jueces Petracchi y Zaffaroni; y en disidencia conjunta lo hicieron las ministras Highton de Nolasco y Argibay, mientras que en moción disidente individual se pronunció el juez Lorenzetti.

las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepa^{ga}” –la *itálica* no es del original– (párrafo 3°).

Para cerrar este segmento, en “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa ‘Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9.080’”⁵⁸, de 25 de agosto de 2009, la mayoría⁵⁹ puntualiza en el consid. 16 –*mutatis mutandis*– que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue la de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la C.N. misma, de donde la reforma constitucional de ese año reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (párrafo 2°). Añadió que “este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además *lo obliga a acciones positivas* para adecuarse a ese estándar internacional” –el subrayado no es del original– (párrafo 3°).

E) Gasto público en salud como inversión social prioritaria

El caso “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁶⁰, fue resuelto el 11 de junio de 1998, por mayoría⁶¹. En dicha causa se había condenado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) a suministrar a una menor el servicio de internación en terapia intensiva –por un período superior al contemplado en el

58 Fallos, 332:1963.

59 La posición que encabeza el fallo fue suscripta por los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

Las referencias contenidas en el texto corresponden a lo que podríamos llamar la moción mayoritaria (*stricto sensu*), constituida por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda.

60 Fallos, 321:1684.

61 La moción que encabeza el fallo se integró con los ministros Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert. Por su parte, los jueces Nazareno y Vázquez se pronunciaron en sendas concurrencias. Aquél postuló la inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.), mientras que éste coincidió con el voto de la mayoría, con exclusión del consid. 6°.

contrato de adhesión suscrito con el servicio de medicina prepaga– en un nosocomio público, juzgando aplicable el art. 20 de la Constitución de dicha Ciudad que *garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria* (ver consid. 7° de la mayoría y concurrencia del juez Vázquez).

Asimismo, una alusión al criterio citado en el segmento que antecede, puede ubicarse en el consid. 11, párrafo 1°, del voto concurrente de los ministros Moliné O'Connor y Boggiano vertido en “Asociación Benghalensis”. A partir de tal pauta, los citados jueces entienden que, “en tales condiciones, se infiere que *la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria*” –énfasis agregado– (consid. 11, párrafo 2°).

En “Barria”, respecto de lo que aquí interesa particularmente, en el consid. 6°, *in fine*, de la mayoría (y la concurrencia del juez Maqueda) se afirmó que *la protección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria*.

En “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios”⁶², dirimido por unanimidad⁶³ el 11 de julio de 2006 y basándose en lo que mantuviera *in re* “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo”⁶⁴, de 24 de mayo de 2005 (especialmente en los consids. 6° de la mayoría y de la concurrencia conjunta de los ministros Boggiano y Zaffaroni), sostuvo que *corresponde a la responsabilidad del Estado provincial, y no sólo del Nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes* (consid. 7°, párrafo 1°). Añadió que “en concordancia con los principios enunciados –de alcance general para todas las jurisdicciones provinciales– y en ejercicio de las competencias constitucionales que le son propias, *la provincia demandada estableció en su ley fundamental la obligación del Estado de asegurar la salud como derecho fundamental de las personas, de dar prioridad a su atención primaria, de promover una eficaz prestación del servicio de acuerdo a las*

62 Fallos, 329:2737.

63 Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

64 Fallos, 328:1708. Sufragaron por la mayoría los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay; y en voto concurrente, los jueces Boggiano y Zaffaroni postularon hacer lugar a la acción intentada en los mismos términos que la mayoría, con exclusión del consid. 1°.

necesidades de la provincia y de orientar el gasto y la inversión pública en forma prioritaria a la salud pública y asistencia social (arts. 16, inc. 2°; 21; 22; 25; 96; 136, inc. 29, y concordantes de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero)” –destacado nuestro– (ibíd., párrafo 2°).

2. Ciertos pronunciamientos que parecieran delinear una tendencia retrocesiva

Si bien los fallos aludidos en las específicas zonas temáticas abordadas en el subapartado anterior denotan una tendencia aperturista y consustanciada con una protección amplia del derecho a la salud y cuestiones conexas por parte de la Corte Suprema, en épocas más recientes se atisban algunas decisiones indiciarias de una toma de posición un tanto más conservadora.

Tal actitud se observa –con mayor o menor nitidez– en ciertos casos de indemnizaciones laborales en los cuales las obligadas son obras sociales, o bien en asuntos referidos a la concesión de prestaciones por parte de empresas de medicina prepaga y hasta de algún organismo del Estado Nacional. Aunque de modo sutil, esa senda jurisprudencial busca limitar las consecuencias económicas de las sentencias del Tribunal.

A continuación, se evocan algunas muestras ejemplificativas.

A) El caso “Recurso de hecho deducido por la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda en la causa Gómez, Claudia Patricia c/ Saden S.A. y otros/ Despido”⁶⁵, de 30 de diciembre de 2014, fue resuelto por mayoría⁶⁶.

La postura triunfante estableció que correspondía dejar sin efecto la sentencia que resolvió que en virtud de lo previsto por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744⁶⁷, la obra social era solidariamente

65 Fallos, 337:1548.

66 El voto que condujo el acuerdo fue rubricado por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda. Por su parte, el juez Lorenzetti se pronunció en voto concurrente y el ministro Fayt lo hizo en disidencia.

67 Tal cláusula de la Ley de Contrato de Trabajo, publicada el 27 de septiembre de 1974 (con el agregado efectuado por el art. 17 de la Ley N° 25.013 –B.O. de 24 de septiembre de 1998–), y bajo el título de “Subcontratación y delegación. Solidaridad”, establece entre otras cosas la *responsabilidad solidaria* del principal

responsable del pago de los créditos laborales adeudados a la actora por su empleadora —empresa que la obra social había contratado para que prestara servicios de atención odontológica a sus afiliados—, pues el *a quo* incurrió en un inaceptable dogmatismo al afirmar que la prestación de tales servicios era una actividad propia de la obra social recurrente que fue delegada en la codemandada, y que, por tal motivo, se verificaban en el caso los presupuestos fácticos que —según la interpretación que el tribunal de segunda instancia hizo de la norma en cuestión— daban lugar a la imputación de responsabilidad solidaria.

Señaló asimismo que la *prioritaria aplicación de los recursos económicos de las obras sociales a garantizar la prestación de servicios de asistencia médica es una condición indispensable para que éstas puedan cumplir adecuadamente con su función de agentes naturales de un sistema de seguro cuyo objetivo fundamental es proveer el otorgamiento de prestaciones tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad posible* (cfr. art. 2 de la Ley N° 23.661⁶⁸), y el logro de tal objetivo puede ser puesto en jaque si aquellos recursos resultan afectados por decisiones judiciales que incurren en una arbitraria atribución de responsabilidad solidaria por obligaciones laborales ajenas.

B) En “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano”⁶⁹, de 19 de febrero de 2015, el voto

por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

68 B.O. de 20 de enero de 1989. Se trata de la normativa que establece el Sistema Nacional de Seguro de Salud.

El art. 2 establece: “El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva.

”Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente”.

69 Fallos, 338:53.

mayoritario⁷⁰ adhiere al dictamen de la Procuración General, el que sostiene que cabe dejar sin efecto por arbitraria la sentencia que admitió la demanda entablada por los herederos de un médico anestesiólogo, contra la accionada en tanto entendió que había existido un contrato de trabajo entre ambos, elevando el monto de condena, al considerar que la prestación personal de servicios por parte de aquél tornaba operativa la presunción prevista en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo⁷¹, pues el *a quo* no había dado adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo con las constancias del caso y la normativa aplicable, *exigencia que debió imponerse con mayor estrictez en atención a la trascendencia del resultado económico del fallo*.

A su tiempo, el voto concurrente transita en el particular una similar línea de sentido al postular idéntico resultado (dejar sin efecto la sentencia que admitió la demanda entablada por los herederos de un médico anestesiólogo, contra la accionada en tanto entendió que existió un contrato de trabajo entre ambos), considerando que el *a quo* incurre en una equivocada valoración de la prueba, aplica la legislación laboral a supuestos de hecho para los que no ha sido prevista y *omite analizarlo a la luz de la normativa relativa a la locación de servicios regulada por el Código Civil* [en la versión anterior al actual Código Civil y Comercial que entrara en vigor el 1 de agosto de 2015⁷²], *causando consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar, ya que repercuten sobre todo el sistema de contrataciones*.

C) El caso “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ Amparo”, fue decidido

70 La posición mayoritaria corresponde a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda, mientras que el juez Lorenzetti se pronunció en voto concurrente.

71 Dicha norma determina: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

”Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

72 Por medio de la Ley N° 26.994, B.O. de 8 de octubre de 2014, se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, que originariamente entraría en vigencia el 1 de enero de 2016. Sin embargo, por medio de la Ley N° 27.077, B.O. de 19 de diciembre de 2014, finalmente se estipuló que cobraría vigor a partir del 1 de agosto de 2015, lo que así aconteció.

unánimemente el 16 de junio de 2015⁷³. Además de esta causa, serán sumariamente reseñados otros fallos que parecieran mostrar una textura análoga a la inoculada al asunto “P., A.”.

En éste, el actor dedujo amparo para reclamar la cobertura total de las prestaciones que requería con motivo de su discapacidad. En primera instancia el planteo fue desestimado, pero luego la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal condenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas a proporcionar la cobertura solicitada. Contra tal resolución, la representante del Servicio Nacional de Rehabilitación planteó recurso extraordinario, que la Corte Suprema admitió dejando sin efecto lo decidido por el órgano jurisdiccional de segunda instancia.

El Máximo Tribunal argentino entendió, en síntesis, que *la interpretación de la Cámara en cuanto obligaba al Estado Nacional a brindar a la actora la cobertura de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.901*⁷⁴, soslayó que, en el caso, no se hallaban cumplidos los requisitos exigidos por el ordenamiento en que se sustentó el reclamo, es decir, la falta de afiliación por parte del actor a una obra social y la imposibilidad de la peticionaria para afrontar por sí las prestaciones que solicita. De ese modo, consideró que el *a quo* prescindió del texto legal extendiendo la cobertura integral de las prestaciones allí previstas a cargo del Estado, a un supuesto específicamente excluido por el legislador, mediante la consideraciones indebidas que excedían las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación, debía ser directamente aplicada.

La línea hermenéutica sobre la que alertamos, como anunciáramos, se hace también perceptible en otros pronunciamientos que exhiben *–mutatis mutandis–* una impronta similar. Por ejemplo, los casos “L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ Amparo”⁷⁵, de 20 de mayo de 2014; y “S. D. c/ Centro

73 Fallos, 338:488. Votaron los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

74 B.O. de diciembre de 1997. Se trata de la ley que establece el Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

75 Fallos, 337:580. Votaron coincidentemente los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda.

de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Sumarísimo”⁷⁶, de 15 de marzo de 2016.

En “L., E. S.” la Corte consideró que el *a quo* confirmó la condena que había sido impuesta por el juez de primera instancia sin brindar razones mínimamente consistentes, omitiendo satisfacer la exigencia constitucional de la debida fundamentación de las decisiones judiciales, apartándose de manera inequívoca del régimen entonces aplicable para empresas como la demandada, además de que omitió exponer fundamentos razonados que sostuvieran jurídicamente la obligación de cobertura del medicamento pretendido por la afiliada y puesta en cabeza de la contratante. La medicina en cuestión era Mabthera 500, prescrita por la médica tratante para las enfermedades que padece la peticionaria: *lupus eritematoso sistémico y síndrome antifosfolipídico*. El Alto Tribunal declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Ya en “S. D.”, y contrariamente a lo dictaminado por la Procuración General y lo decidido en las dos instancias de mérito, la CSJN hizo lugar a la queja deducida por una obra social contra la sentencia que la obligaba a brindar cobertura de tratamiento médico y prestaciones a *un menor con Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD), de espectro autista, además de sufrir epilepsia*. Revocó así la resolución recurrida. Básicamente, el núcleo decisional de la Corte se centra en la *arbitrariedad del fallo* que examinaba, al que acusó de dogmático y apoyado, en lo sustancial, en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecían desvinculadas de la concreta situación fáctica suscitada en la causa y de las disposiciones normativas y contractuales que directa e inmediatamente regulaban el punto.

En sentido convergente se ha expedido el Alto Tribunal en otros casos recientes: “P., E. G. y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo”⁷⁷, de 12 de abril de 2016; y “T., M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Sumarísimo”⁷⁸, de 5 de abril de 2016. En

76 Causa ‘S.851.XLIX.RHE’. El fallo fue firmado unánimemente por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

77 Causa ‘P.320.L.RHE’. Coincidieron los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

78 Causa ‘T.7.XLIX.RHE’. Votaron concordantemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

definitiva, la Corte consideró arbitrarios los respectivos pronunciamientos (que fueron dejados sin efecto) sustentándose en que, *cuando se trata de los asuntos relacionados a la tutela del derecho a la salud no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República*.

D) Repasados los fallos anteriores, y más allá del esfuerzo argumental que realiza, la CSJN pareciera priorizar cuestiones formales o, *prima facie*, axiológicamente menos relevantes *vis-à-vis* la necesidad (y obligación) de dar cobertura tuitiva sólida a casos en los que están comprometidos derechos fundamentales como por ejemplo el de la salud de personas con discapacidad. La situación se complejiza a poco de reparar en la existencia de un imperativo constitucional consistente en brindar a tales sujetos una *protección de más denso calibre* en los términos del nombrado art. 75, inc. 23.

Otro insumo analítico importante, que no debería desdeñarse cuando están en juego semejantes derechos, está centrado en los principios y pautas fijados por la CDPD, que –como vimos– posee *jerarquía constitucional* por imperio de la Ley N° 27.044, además de lo estipulado en la citada Ley N° 24.901, que instituye un *sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos*.

Analizar de manera rigurosamente formalista los contratos firmados, por ejemplo, con empresas de medicina privada, priorizándolos frente a derechos fundamentales de personas discapacitadas, no pareciera ser la mejor respuesta a la luz de los requerimientos del Estado Constitucional y Convencional.

VI. Algunos pronunciamientos del Máximo Tribunal Nacional en torno al derecho a la seguridad social

Fácil es advertir que en este acotado espacio nos resulta imposible abarcar exhaustivamente el despliegue jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino en materia de derecho a la seguridad social. Por tal razón, sólo relevaremos aquí algunos de los fallos importantes relacionados con ciertos aspectos de ese derecho.

1. Movilidad previsional y otras cuestiones

Previo a ingresar al catálogo sentencial sobre el tema y a modo de acercamiento conceptual, se ha sostenido que “la movilidad previsional es un procedimiento que tiende a reparar los perjuicios que ocasiona en los haberes jubilatorios la inflación y su consecuencia, el aumento salarial de los trabajadores activos”⁷⁹.

Pasamos ahora al recorrido jurisprudencial.

A) En el relevante fallo recaído en “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios”⁸⁰, de 17 de mayo de 2005, se pronunció –por mayoría⁸¹– a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones⁸².

79 JÁUREGUI, Guillermo J. (con la colaboración de RODRÍGUEZ ROMERO, Elsa), “La movilidad previsional legal y la movilidad judicial. Algunas incoherencias”, *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, disponible en: <http://www.rjyp.com.ar/jau128.html>.

80 *Fallos*, 328:1602.

81 La mayoría quedó constituida con los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los jueces Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el ministro Boggiano.

82 Es útil destacar que en “Andino, Basilio Modesto c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 9 de agosto de 2005 (*Fallos*, 328:3041), ante el planteo de “hecho nuevo” y la solicitud de que se aplique la solución dispuesta en “Sánchez, María del Carmen”, la Corte rechazó la pretensión sustentándose en la imposibilidad de invocar ante ella hechos nuevos (art. 280, último apartado, del C.P.C.C.N.) y en las propias constancias de la causa ya que, según afirmó, además de la prohibición legal expuesta, la propia parte había requerido al demandar la aplicación del precedente “Chocobar” para obtener el reajuste de la prestación en el lapso posterior al 31 de marzo de 1991 y consentido el fallo de primera instancia que así lo había resuelto. Debe recordarse que la mayoría estuvo integrada por los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti; mientras que, concurrente y conjuntamente, se pronunciaron los ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Argibay.

Tangencialmente, y para compulsar un interesante análisis en torno a la nocividad de efectuar una “hermenéutica mutativa o irrazonable” de la resolución de la Corte Suprema en “Andino”, es recomendable leer el voto minoritario que integra la resolución de la Sala IIª de la Cámara Federal de la Seguridad Social en la causa “Ibáñez, Máximo c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 20 de septiembre de 2005. En el caso, la moción en minoría propiciaba aplicar lo decidido por la Corte Suprema en “Sánchez, María del Carmen” en cuanto al cálculo de la movilidad previsional, aun cuando técnicamente el actor no había articulado recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que dispuso que dicho reajuste se fijara con arreglo al precedente “Chocobar” del Máximo Tribunal.

Al respecto, y si bien no se agotaba la polémica ni se brindaba respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos dio por tierra con el polémico precedente sentado en “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajustes por movilidad”⁸³, de 27 de diciembre de 1996, decisorio que en puridad “congeló” la movilidad consagrada en el art. 14 bis, párrafo 3°, de la Carta Magna, trastocando el esquema jerárquico de normas y violando la prohibición de regresividad injustificada de derechos fundamentales como el de la seguridad social, específicamente en el punto de la evolución cuantitativa de haberes previsionales en función del dinamismo que experimenten los salarios de los trabajadores activos correspondientes.

Entre otras apreciaciones de interés, en el consid. 3° del voto mayoritario, la Corte se preocupó por aclarar que ratificaba los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y *rechazaba toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar ‘jubilaciones y pensiones móviles’, según el art. 14 bis de la C.N.* y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Añadió que los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para *asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos*, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el [multicitado] art. 75, inc. 23, de la Carta Básica, con el fin de promover mediante *acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos*.

B) En “Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ Reajustes por movilidad”⁸⁴, de 28 de julio de 2005, la Corte confirmó por unanimidad⁸⁵ la sentencia de la Sala I^a de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había reconocido el derecho de la actora a que sus haberes jubilatorios se

83 *Fallos*, 319:3241. El caso fue resuelto por mayoría. Los alineamientos fueron los siguientes: la posición triunfante estuvo representada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López; hubo sendos votos concurrentes de los jueces Boggiano y Vázquez; y mediaron las disidencias conjunta de los ministros Belluscio, Petracchi y Bossert e individual del juez Fayt.

84 *Fallos*, 328:2829.

85 Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

ajustaran de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 24.016⁸⁶, que establecía un estatuto especial y autónomo para los docentes.

En breve presentación del esquema argumental del Tribunal, puede apreciarse que sostuvo que la Ley N° 24.241⁸⁷ (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones –SIJP–) no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la mencionada Ley N° 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los arts. 129⁸⁸ y 168⁸⁹ de aquella ley, y que tampoco podía admitirse la alegación de la apelante (Administración Nacional de Seguridad Social –ANSeS–) en punto a que se habría producido la derogación tácita de la normativa en cuestión, ya que el art. 191 de la Ley N° 24.241 prevé que a los efectos de la interpretación de esta normativa, “debe estarse a lo siguiente: a) Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia”, además de que no basta para desvirtuar dicha conclusión la mención del Decreto N° 78/94, que con el pretexto de reglamentar el art. 168 de la Ley N° 24.241 dispuso la derogación, entre otras, de la Ley N° 24.016, pues fue declarado inconstitucional por el Tribunal en “Craviotto, Gerardo Adolfo y otros c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Justicia de la Nación s/ Empleo público”⁹⁰, de 19 de mayo de 1999.

En definitiva, concluyó que el régimen jubilatorio de la Ley N° 24.016 había quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las Leyes N°s. 24.241 y 24.463⁹¹, con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad; por lo tanto, y en función del art. 4 de la Ley N° 24.016 el haber jubilatorio del personal docente sería equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual, porcentaje que el

86 B.O. de 17 de diciembre de 1991.

87 B.O. de 18 de octubre de 1993.

88 Norma que establece el tiempo y el modo de la entrada en vigor del ‘Sistema integrado de jubilaciones y pensiones’.

89 Precepto que se refiere a la pérdida de vigencia de las Leyes N°s. 18.037 y 18.038 (ambas publicadas el 10 de enero de 1969), sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir a la Ley N° 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que sólo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2).

90 *Fallos*, 322:752. El decisorio se dictó por mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Fayt, Belluscio, Vilar, Becerra Ferrer, Archimbal y Zannoni; mientras que en disidencia parcial se pronunció el juez Arias.

91 B.O. de 30 de marzo de 1995. Se trata de la llamada de “Ley de solidaridad previsional”.

Estado debía asegurar, con los fondos que concurrieran al pago, cualquiera que fuera su origen, y sólo por excepción y por el lapso de cinco –5– años a partir de la promulgación de la ley, los montos móviles debían ser del 70%.

C) En “Siri, Ricardo Juan c/ ANSeS s/ Reajustes varios”⁹², de 9 de agosto de 2005 y tomando como antecedente lo resuelto en “Gemelli”, la Corte determinó –también unánimemente⁹³– la movilidad de las jubilaciones del actor, exfuncionario superior del Servicio Exterior de la Nación.

Al respecto sostuvo que los beneficios establecidos para estos últimos quedaron sustraídos de las Leyes N^{os}. 24.241 y 24.463, conservando la movilidad propia de la Ley N^o 22.731⁹⁴ (régimen previsional para funcionarios del mencionado Servicio Exterior), por constituir un estatuto específico y autónomo que sólo remite a las normas generales que rigen a los agentes de la Administración Pública en las cuestiones no modificadas por su texto (cfr. art. 2 de la Ley N^o 22.731⁹⁵ y art. 1 de la Ley N^o 24.019⁹⁶).

D) En “Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/ Pensiones”⁹⁷, de 16 de agosto de 2005, la Corte revocó –por mayoría⁹⁸– la sentencia de la Sala II^a de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había rechazado la solicitud de pensión formulada por la actora por la muerte de su

92 *Fallos*, 328:3045.

93 Suscribieron la sentencia los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

94 B.O. de 8 de febrero de 1983.

95 Tal norma establece: “Las jubilaciones de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior y las pensiones a sus causahabientes se regirán por las disposiciones de la presente, y en lo no modificado por ésta, por las normas específicas referidas a ellos y por las normas generales establecidas para los agentes de la Administración pública nacional”.

96 Tal cláusula legal dispone: “A partir del 1° de enero de 1992, se restablece la vigencia de las Leyes 22.929, 23.026, 23.794 y 22.731, con sus complementarias y modificatorias”.

Debe destacarse que el accionante había obtenido la jubilación ordinaria según la aludida Ley N^o 22.731, que asegura el derecho a percibir los haberes mensuales de acuerdo con una proporción del sueldo asignado al cargo de mayor jerarquía ejercido en actividad. Además, aquella normativa fue reafirmada por el art. 1 de la Ley N^o 24.019, con la única excepción de que los montos móviles de los beneficios debían ser del 70% por el lapso de cinco –5– años a partir de su promulgación (cfr. su art. 2).

97 *Fallos*, 328:3099.

98 Mayoría integrada por los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda y Lorenzetti. Concurrentemente, se manifestaron los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco, de modo conjunto, y Argibay, de manera individual.

marido, argumentando –para sustentar la denegatoria– que el matrimonio celebrado por ésta en el extranjero carecía de validez en Argentina, ya que se había vuelto a casar sin tener aptitud nupcial.

Separándose de tal fundamento, el Máximo Tribunal reconoció el derecho al beneficio de pensión solicitado por la accionante, quien se había separado de su primer marido por el art. 67 bis de la Ley N° 2.393⁹⁹ y posteriormente contrajo nuevas nupcias en Uruguay en 1972.

En síntesis, reivindicó el carácter tutelar del derecho previsional y dejó en claro que, frente a la recepción por el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del matrimonio por divorcio por medio de la Ley N° 23.515 y atento al criterio de actualidad con que debía apreciarse el orden público internacional, el ordenamiento jurídico argentino carecía, precisamente, de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero mediando entonces impedimento de ligamen¹⁰⁰. Asimismo, manifestó que, al haberse probado diecisiete –17– años de la unión matrimonial, sumado a que fue el causante quien provocó la ruptura de la convivencia y tuvo que ser excluido del hogar por su comportamiento violento, además de haber sido condenado a proporcionar alimentos a sus hijos, resultaba procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél (cfr. art. 53 de la Ley N° 24.241¹⁰¹).

E) En “S., M. A. c/ Siembra A.F.J.P. S.A.”, de 11 de octubre de 2005¹⁰², hizo lugar por mayoría¹⁰³ a la queja por recurso extraordinario denegado articulada por el demandante en el marco de una acción de amparo, y

99 Publicada en R.N. 1887/88, p. 811, y abrogada por la Ley N° 23.515 (B.O. de 12 de junio de 1987).

100 Asimismo consignó que, a partir de la doctrina sentada en *Fallos*, 319:2779, la autoridad administrativa no podía negar validez al matrimonio extranjero de la peticionaria invocado para solicitar el beneficio previsional, pues la motivación principal que en un precedente anterior del Tribunal había justificado tal solución (*Fallos*, 273:363), ya no tenía razón de ser frente a la recepción en el derecho matrimonial argentino del anunciado principio de disolubilidad matrimonial por divorcio.

101 Dicha disposición establece los parientes del causante que podrán gozar de pensión en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad.

102 *Fallos*, 328:3654.

103 Con la solitaria disidencia de la jueza Argibay, votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

decidió revocar la sentencia de la Sala III^a de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, confirmando el fallo de primera instancia, había desestimado la pretensión de aquél dirigida a que se le acordara la pensión derivada del fallecimiento de su cónyuge.

En suma, y como lo postulaba la Procuradora Fiscal subrogante, dejó sin efecto la resolución cuestionada, que se sustentaba en la convergencia de la causal contemplada en el inc. 'b' del art. 1 de la Ley N° 17.562¹⁰⁴ por haber quedado el demandante excluido del juicio sucesorio de su cónyuge extinta, de quien estaba separado de hecho.

Cabe recalcar que la Corte juzgó que la circunstancia de que el actor hubiera sido excluido de la herencia de su exesposa en los términos del art. 3575 del Código Civil [texto anterior al hoy vigente], por encontrarse separado de hecho sin voluntad de unirse a la fecha del deceso, no implicó ser declarado indigno para suceder ni desheredado. Ello, sumado a que los requisitos para acceder a la prestación habían sido comprobados por la autoridad administrativa, a que el accionante fue indebidamente privado del goce de sus haberes por la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones accionada y a la gravedad del estado de salud de aquél, llevó al Tribunal a ordenar que la demandada hiciera efectivo de modo inmediato el pago de las mensualidades de la pensión reconocida por la ANSeS desde el 17 de mayo de 2000.

F) En el importante precedente “Elliff, Alberto José c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 11 de agosto de 2009, la Corte nuevamente se pronunció –por mayoría¹⁰⁵– acerca de la ardua cuestión de la actualización de haberes, determinando que *los salarios de referencia para calcular el haber inicial del jubilado, debían ser actualizados hasta el cese laboral por la variación de los salarios*; punto que adquiría significativo valor ya que dichos salarios eran los que se tomaban en consideración para cuantificar la jubilación inicial, quedando sin efecto la falta de actualización que regía desde 1991.

104 B.O. de 11 de diciembre de 1967.

La norma mencionada en el texto principal excluye al causahabiente del beneficio de pensión en casos de indignidad para suceder o desheredación.

105 Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la jueza Argibay.

En una síntesis extrema del pronunciamiento, la CSJN se basó en que la Ley de Convertibilidad del Austral¹⁰⁶ (dictada precisamente en 1991), no podría modificar lo sostenido en el art. 14 bis de la C.N., por lo que concluyó que *no existía ningún fundamento válido que justificase retacear los ajustes de los haberes jubilatorios*.

G) En “Aban, Francisca América c/ ANSeS”¹⁰⁷, también de 11 de agosto de 2009, determinó –mayoritariamente¹⁰⁸– la *inaplicabilidad del tope máximo de haberes*, en una causa iniciada por un beneficio previsional otorgado por el régimen de la Provincia de Jujuy, el cual había sido transferido a la Nación mediante un convenio celebrado entre ambos Estados (Nacional y local) en el año 1996.

En definitiva, estableció que *los jubilados provinciales de las Cajas transferidas a la Nación, debían cobrar sus jubilaciones con la movilidad y sin tope, del modo como lo determinaban las condiciones establecidas por las leyes locales por las que se jubilaron antes de ser transferidos*.

H) En torno al tema del *beneficio de pensión*, puede citarse el caso “Salas, Alberto Andrés c/ Estado de la Provincia de Corrientes y Otro s/ Acción contencioso-administrativa”, resuelto el 13 de mayo de 2015¹⁰⁹. Por supuesto, que para reseñar dicho caso no puede prescindirse del precedente “Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción”¹¹⁰, resuelto el 20 de agosto de 2014, ya que la CSJN aplica el criterio sentado en esta última causa.

En “Salas”, concretamente, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Corrientes denegó el beneficio de pensión solicitado por el viudo de una beneficiaria por entender que según el art. 56, inc. ‘a’, de la Ley Prov. N° 4.917, *el derecho a la pensión del viudo procede siempre que el reclamante estuviese incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de*

106 Se trata de la Ley N° 23.928, B.O. de 28 de marzo de 1991.

107 Fallos, 332:1933.

108 Integraron la mayoría los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la ministra Highton de Nolasco.

109 Fallos, 338:399. Se pronunciaron unánimemente los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

110 Causa CSJ 9/2012 (48-Z). Votaron los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi.

renta, requisitos que como no se habían cumplido en el caso, ya que el actor se hallaba inscripto como trabajador autónomo desde el año 1963 y no se encontraba incapacitado, llevó a que se rechazara la petición. Además, y a su tiempo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes desestimó la acción contencioso-administrativa dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad de la citada disposición. La CSJN hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del aludido art. 56 de la Ley Prov. N° 4.917 y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

Como anticipábamos, hizo uso *–mutatis mutandis–* de la doctrina aplicada *in re* “Zartarian”, entendiendo que si la caja de jubilaciones demandada no justificó que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio y se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba, *debía declararse la inconstitucionalidad de la norma provincial que limitaba el acceso al beneficio de pensión reclamado*.

I) Entre otros varios pronunciamientos de la Corte en la materia, la causa “Vergara, Alicia Estela c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ Reajustes varios”¹¹¹, resuelta el 3 de marzo de 2015, muestra aristas de interés.

La actora dedujo demanda (que fue rechazada en las dos primeras instancias) para obtener una nueva determinación del haber de la pensión directa que percibía como consecuencia del fallecimiento de su esposo, razón por la cual solicitó que no se tuvieran en cuenta los aportes autónomos que su cónyuge había efectuado durante sus últimos cinco –5– años de trabajo y que en su lugar, se computaran las remuneraciones que con anterioridad había obtenido bajo relación de dependencia. Desestimada la acción, la peticionante planteó recurso extraordinario que fue receptado por la CSJN que revocó lo resuelto y ordenó a la ANSeS el recálculo del haber inicial del beneficio de pensión.

Para así decidir sostuvo que:

- corresponde recalcular el haber inicial del beneficio de pensión, computando un nuevo ingreso base de carácter mixto que contemple el promedio de los últimos diez –10– años de aportes

111 Fallos, 338:148. Firmaron coincidentemente los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

efectuados por el causante, de modo que queden comprendidas las últimas sesenta –60– remuneraciones percibidas en relación de dependencia, actualizadas hasta la fecha del fallecimiento y las últimas sesenta –60– rentas de autónomo, que *la prestación represente en forma proporcional el esfuerzo contributivo realizado*. Valga nuestra tautología, subyace aquí la intención de la Corte de operativizar el principio de proporcionalidad en materia previsional; y

- si el causante totalizó más de treinta y tres –33– años de servicios (veintisiete –27– años bajo relación de dependencia y el resto bajo el sistema autónomo), excediendo lo necesario para el logro de una jubilación común, la aplicación literal del art. 97 de la Ley N° 24.241 del SIJP (que a fin de determinar el haber inicial de la pensión por fallecimiento de un afiliado en actividad, toma un ingreso base calculado sobre el promedio mensual de las remuneraciones y/o rentas imposables declaradas dentro del período de cinco –5– años anteriores al mes en que ocurra el fallecimiento del trabajador), *implica desconocer casi un 85% de la trayectoria laboral acreditada y prescindir de aportes muy superiores a los empleados para calcular el haber inicial*, por lo que corresponde ponderar con amplitud el esfuerzo contributivo realizado, *pues de otro modo podrían verse afectados derechos que, como la protección integral del trabajo y el reconocimiento de los beneficios de la seguridad social*, cuentan con tutela constitucional (cfr. art. 14 bis de la C.N.¹¹²).

En síntesis, y sobre la base de la norma constitucional mencionada en último término, la Corte realzó la importancia de ponderar todo el *esfuerzo contributivo* efectuado, ya que de otra manera la titular veía disminuido sustancialmente el monto de su haber.

J) Vinculado al fallo reseñado en último término y teniendo en cuenta la citada pauta del *esfuerzo contributivo*, se resolvió la causa “Lohle, María Teresa Inés c/ ANSeS s/ Reajustes varios”¹¹³, de 15 de octubre de 2015.

112 En este punto particular, la Corte remite a *Fallos*, 307:274; 312:2089; 331:2166 y sus citas.

113 *Fallos*, 338:1017. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

El caso versa sobre una cuestión relevante: la *inconstitucionalidad del tope o límite al cómputo de salarios para el cálculo de la jubilación*, trasladable luego a la determinación del haber de pensión de la viuda del aportante fallecido.

La CSJN consideró que la defensa que la ANSeS hizo de la imposición de un límite al cómputo de las remuneraciones (art. 25 de la Ley N° 24.241¹¹⁴ y reglamentación del art. 24 de dicha norma) se basaba en la correlativa existencia de un tope en los aportes realizados (art. 9 de la nombrada ley¹¹⁵) y no podía ser admitida si las cotizaciones fueron estimadas y abonadas sobre un ingreso o conjunto de ingresos superiores a dicho máximo, pues de lo contrario, se despojaría a los aportes efectuados obligadamente de toda contraprestación previsional, convirtiéndolos en un impuesto.

En el caso, la actora percibía una pensión como viuda de un trabajador que hasta su deceso, cobraba ingresos por tres –3– actividades simultáneas respecto de las cuales realizaba los aportes correspondientes. Ello no obstante, al tiempo de determinar el monto de la pensión, la ANSeS juzgó que la suma de todas las actividades superaba el límite del aludido art. 25, por lo que dejó de lado dos –2– de esas actividades respecto de las que efectivamente se habían realizado aportes, excluyéndolas de la cuenta y, por lo tanto, no incidieron sobre el monto de tal pensión.

114 Que determina: “Para establecer el promedio de las remuneraciones no se considerará el sueldo anual complementario ni los importes que en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9° excedan el máximo fijado en el primer párrafo del mismo artículo”.

115 Tal precepto dispone: “A los fines del cálculo de los aportes y contribuciones correspondientes al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) las remuneraciones no podrán ser inferiores al importe equivalente a tres (3) veces el valor del módulo previsional (MOPRE) definido en el artículo 21. A su vez, a los fines exclusivamente del cálculo de los aportes previstos en los incisos a) y c) del artículo 10, la mencionada base imponible previsional tendrá un límite máximo equivalente a setenta y cinco (75) veces el valor del módulo previsional (MOPRE).

”Si un trabajador percibe simultáneamente más de una remuneración o renta como trabajador en relación de dependencia o autónomo, cada remuneración o renta será computada separadamente a los efectos del límite inferior establecido en el párrafo anterior. En función de las características particulares de determinadas actividades en relación de dependencia, la reglamentación podrá establecer excepciones a lo dispuesto en el presente párrafo.

”Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a modificar la base imponible establecida en el primer párrafo del presente artículo, proporcionalmente al incremento que se aplique sobre el haber máximo de las prestaciones a que refiere el inciso 3) del artículo 9° de la Ley N° 24.463, texto según Decreto N° 1.199/04”.

El Máximo Tribunal entendió que al actuar de esa manera, la ANSeS *confiscó los aportes realizados por el trabajador y no reconoció su mayor esfuerzo contributivo*, transformando esos aportes en una suerte de impuesto, lo que contravenía el art. 14 bis de la C.N. en cuanto *establece la protección al trabajo y la familia y el deber del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social*.

2. El caso “Itzcovich”¹¹⁶

En “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”¹¹⁷, de 29 de marzo de 2005, la Corte Suprema declaró por mayoría¹¹⁸ la inconstitucionalidad (sobreviniente) del art. 19 de la citada Ley N° 24.463 –de “solidaridad previsional”–, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquélla respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Como principal sustento del decisorio que emitiera para dilucidar el *recurso ordinario de apelación* deducido por el organismo previsional contra la sentencia de segunda instancia, en su moción mayoritaria, la Corte señaló:

- Que no puede negarse la evidencia empírica que demostraba que la vigencia del procedimiento establecido por el citado artículo de la ley “ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, *con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común*” –el destacado es nuestro– (consid. 8°);

116 Ver sobre el tema, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero-junio 2006, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, D.F., pp. 257-287.

117 Fallos, 328:566.

118 El voto que encabeza la sentencia fue suscripto por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

- que, además, la experiencia reflejada en las estadísticas mostraba que el organismo previsional no había utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de los recursos ordinarios que dedujo, el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual implicó –por el tiempo necesario para la tramitación y resolución– *una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que fuera reconocido en las instancias anteriores* –remarcado añadido– (consid. 9°); y
- que aun cuando hasta el momento de dictar el fallo el Tribunal había acatado la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le asignara mediante el recurso en cuestión, estimó que ello no la inhabilitaba “para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y *en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible*” –énfasis agregado– (consid. 10, párrafo 1°). Añadió en el párrafo 2° del mismo considerando que “el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (*Fallos*: 316:3104, considerando 11)”.

Todo ello, unido a que estimó que “*el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional*” (consid. 11) y que el “*fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio*, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia” (id. consid.); llevó a la Corte a concluir que el art. 19 de la Ley N° 24.463 *carecía*, al momento de fallar, *de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debía declarar su invalidez* (consid. 13) –en todos los casos las bastardillas son nuestras–.

Entendió asimismo que dicha solución se aviene también con la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional (cfr. doctrina de *Fallos*, 298:312, 302:299, 311:1644, 319:2151), respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales que tienen reconocimiento constitucional (art. 25 de la CADH y Corte IDH, “Caso Las Palmeras vs. Colombia”, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, N° 90, párrafos 58 y posteriores) –consid. 14–.

En definitiva, y al tiempo de decidirse por la anunciada deserción del recurso interpuesto por la ANSeS, el Tribunal propinó un golpe a la polémica Ley N° 24.463, que en el particular vio cómo se determinaba la inconstitucionalidad de su art. 19; en el caso, anticonstitucionalidad *sobreviniente*, según el voto que encabeza el pronunciamiento. Consiguientemente, obtuvo hacia el futuro la articulación ante ella de recursos de apelación ordinarios en materia previsional por conducto del citado art. 19, con excepción de aquellas causas en las que hubiese sido notificada la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social con anterioridad al momento en que el decisorio que la Corte emitía en “Itzcovich” quedara firme, las que continuarían con el trámite apelatorio normal ante ésta.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas *altri tempi* impenetrables jurisdiccionalmente por entrafñar cuestiones políticas no justiciables¹¹⁹, sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el art. 117 de la Ley Fundamental de regular la competencia por apelación del Tribunal, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, advirtió que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez a los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría).

119 Queda a salvo el criterio que el juez Belluscio expuso en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizatoria por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3°, párrafo 2°).

Por su parte, los efectos inductores del fallo se hacen nítidos porque (además de haber sido éste publicado en el Boletín Oficial Nacional) pocos días después de su dictado el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.025¹²⁰, por la cual derogó el citado art. 19 de la Ley N° 24.463.

3. El caso “Pedraza” y una cuestión de competencia

En el precedente de Competencia N° 766.XLIX, “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ Acción de amparo”, resuelto el 6 de mayo de 2014¹²¹, se planteó un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la Cámara Federal de la Seguridad Social, en relación con la causa iniciada por un pensionado en los términos de la Ley N° 23.848 contra la ANSeS, a los efectos de obtener el pago de haberes retroactivos desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán se declaró incompetente por considerar que se trataba de una controversia de naturaleza previsional que debía ser resuelta por el fuero especializado en la materia para posibilitar al administrado un mejor servicio de justicia. Por su parte, la Cámara Federal de la Seguridad Social rechazó su competencia al evaluar que, en virtud del art. 18 de la Ley N° 24.463, sólo actúa como tribunal de apelación en los recursos deducidos contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias en los supuestos en que la acción se inicie conforme a lo previsto por el art. 15 de dicha normativa, modificado por el art. 3 de la Ley N° 24.655¹²².

El Máximo Tribunal afronta el conflicto competencial traído a su seno advirtiendo que debía ser resuelto *en el marco de colapso en que se encuentra la Cámara Federal de la Seguridad Social debido a la sobrecarga de expedientes*. Añade que tal circunstancia le obliga a examinar tal grave situación al margen de que ya tenía dicho que la *Cámara Federal de la Seguridad Social* sólo conocerá en las apelaciones planteadas contra sentencias dictadas en demandas de conocimiento

120 B.O. de 22 de abril de 2005.

121 *Fallos*, 337:530. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; al tiempo que en voto concurrente lo hizo el juez Petracchi.

122 B.O. de 15 de julio de 1996.

pleno en los términos del art. 15 de la Ley N° 24.463 (conf. Competencia N° 337.XLVII, “Mamone, Rosa F. c/ ANSeS y otros/ Amparo”, de 20 de diciembre de 2011).

No escapaba a la CSJN que la propia Cámara Federal de la Seguridad Social (por medio de la Acordada 1/2014) había asegurado encontrarse *en una aguda crisis que la ponía en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merece nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacen a la subsistencia misma*. Tal crítica situación impactaba directamente en uno de los grupos vulnerables que define el art. 75, inc. 23, de la C.N.: *los jubilados*, que no logran obtener respuestas de los jueces cuando efectúan un reclamo en torno a su prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario.

Asimismo, y en el proceso de solventar esta aguda crisis que va a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, recordó que ya había acudido a la *declaración de inconstitucionalidad de oficio* de las normas atributivas de competencia que excedieran los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales, en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no podía ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio a su respecto (*Fallos*, 143:191; 185:140; 238:288, entre otros); pues de lo contrario, se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos sobre la base de normas constitucionalmente inválidas.

Observó que frente al peligro cierto de *desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenas de miles de jubilados*, el Poder Judicial veía comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal, lo que llevó a la CSJN a ponderar las circunstancias reinantes al momento de resolver, para evitar que *por aplicación mecánica e indiscriminada del art. 18 de la Ley N° 24.463 se vulneraran derechos fundamentales de la persona y se prescindiera de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en los casos concretos*. Es que, de así ocurrir, *la solución sería frontalmente contraria al propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la C.N., que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad* (cfr. doctrina de *Fallos*, 307:326 y 328:566).

Entre otros fundamentos, la Corte dedicó un espacio para advertir que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el art. 18¹²³ de la C.N. no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, o sea, oportuna y que posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento. Ello, en función de los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los cuales citó a la CADH (arts. 8 y 25.2.‘a’) y al PIDCP (art. 14.1). Incluso, acudió argumentalmente a un instrumento de *soft law*: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Capítulo 11, Sección 4^a, pto. 42), para resaltar la *importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad*.

En síntesis, dadas las críticas circunstancias descriptas, y *de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación*, la Corte declaró *de oficio la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley N° 24.463* y dispuso que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejara de conocer en los recursos de apelación de sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del art. 15, *ibíd.*

Debe añadirse que, luego del fallo, la CSJN emitió la Acordada 4/2014 acerca de las medidas apropiadas para que se realizara de manera ordenada y rápida el desplazamiento de la competencia dispuesto, formulando diversos requerimientos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

123 Tal cláusula establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

4. El caso “Badaro” en versiones I y II

Para concluir este señalamiento jurisprudencial, relevaremos brevemente la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, marco en el cual la CSJN argentina dictó –en cuanto aquí interesa– dos pronunciamientos.

En el primero (“Badaro I”¹²⁴), de 8 de agosto de 2006, de modo unánime¹²⁵ el Tribunal detectó la *omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna, se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión, difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un *plazo razonable, adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias*.

Ya en la segunda sentencia (“Badaro II”¹²⁶), de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un *lapso de tiempo prudencial* (un poco más de quince –15– meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar *la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella*” –énfasis agregado–, unánimemente¹²⁷ declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2°, de la Ley N° 24.463¹²⁸, en el caso,

124 Fallos, 329:3089.

125 El decisorio lleva la firma de los siete –7– integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo: jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

Debe aclararse que en la actualidad “2016” lo componen cinco “5” jueces, que es el número institucional fijado legalmente: ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz.

126 Fallos, 330:4866.

127 Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

128 Tramo de la norma que expresa: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas”.

y determinó *per se* un mecanismo apropiado para actualizar la prestación del accionante¹²⁹.

No cabe duda de que “Badaro” fue, junto con “Sánchez” (cada uno en su medida y marco de aplicación), un muy importante inductor jurisprudencial, incluso legislativo, de movilidad de los haberes previsionales.

VII. Un par de decisorios recientes de la corte suprema que condensan la convergencia de la protección del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social

1. Introito

Dentro de este recorrido panorámico y a efectos ilustrativos, colacionaremos dos pronunciamientos de la CSJN (uno relativamente reciente y otro de época cronológicamente muy cercana) que, con sus respectivas particularidades, se introducen en temas complejos (y en cierto punto, estructurales), y muestran respuestas jurisdiccionales apropiadas y contestes con los mandatos protectivos de derechos sociales fundamentales como el de la salud y la seguridad social (y conexos), estrechamente vinculados a la dignidad humana.

Se trata de las causas “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, de 24 de abril de 2012, y “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, de 10 de febrero de 2015.

2. Los casos

A) “Q. C., S. Y.”

La sentencia¹³⁰, como anticipábamos, aporta diversos insumos argumentales que resultan de importancia en materia de protección efectiva de los DESC. La matriz fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle* –residente en esa ciudad desde 2000– dedujo una acción

129 En torno a la temática de la inconstitucionalidad por omisión, puede verse el libro de BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, diciembre de 2014, *pássim*.

130 *Fallos*, 335:452. Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

de amparo para que el Gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, y les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Ésta fue admitida por la Corte Suprema Federal, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

La base subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativa de una “situación de calle”; los DESC como derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la vivienda, la salud, la discapacidad de un menor, la seguridad social); e, *inter alia*, el control judicial de razonabilidad de las políticas públicas.

El tribunal depara un estándar interpretativo interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado* (como las obligaciones consagradas por derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de acceso a la vivienda). En tal sentido, dejó sentado que para su implementación aquellas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad* (consid. 17 de la mayoría).

Puede resultar útil vincular la pauta que acabamos de mencionar con una premisa que la propia CSJN ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*¹³¹.

131 Por ejemplo, la ha reiterado en el caso “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (*Fallos*, 332:111), concretamente en el consid. 12, párrafo 4°, de la mayoría. Volveremos sobre esta sentencia.

El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte muy relevante para la efectividad de los derechos esenciales.

Por su parte, en el consid. 15, *ibíd.*, párrafo 1°, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucraba “a un *niño discapacitado* que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle” —énfasis agregado—, para referir que entran “también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada”.

Es igualmente relevante la puntualización del Tribunal acerca de que las disposiciones constitucionales que alojan derechos singularmente relevantes como el del acceso a la vivienda digna (art. 14 bis, *in fine*), consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*, con las siguientes particularidades: *i)* no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*; *ii)* esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo*, lo que significa que *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización*; y *iii)* como vimos, están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

A nuestro juicio, la concepción trazada al respecto por la Corte suministra una vía fecunda para la activación de soluciones jurisdiccionales que permitan *conjurar pretermisiones legislativas (o del Ejecutivo)* consistentes en la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales.

Aquellas respuestas dirigidas desde la judicatura pueden sacudir el letargo y estimular a los órganos silentes a que actúen, ambientando normativamente la situación para permitir que tales “*obligaciones de hacer a cargo del Estado*” pasen de la inocuidad a la acción o del “papel” a la realidad.

Para cerrar esta breve aproximación, vale colacionar que en definitiva el Alto Tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al Gobierno de la CABA que: *i)* interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los

que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y *ii*) garantizara a aquélla, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

B) “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos”

El caso involucra cuestiones muy sensibles y complejas, como por ejemplo el derecho de personas discapacitadas, el derecho a tener una pensión y el derecho a la salud.

Un breve *racconto* de la secuencia fáctica de la causa muestra que la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación DE.FE.IN.DER.) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” dedujeron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) a los efectos de que se reconociera en favor de las personas con discapacidad, beneficiarias de pensiones no contributivas, el derecho a la cobertura integral de prestaciones, según lo establecido en las Leyes N^{os}. 22.431 y 24.901. Ambas instancias de mérito rechazaron liminarmente la demanda por *falta de legitimación de los accionantes*. Por tal razón, las mencionadas asociaciones plantearon recurso extraordinario federal por considerar que estaban en juego (y seriamente comprometidos) *derechos de incidencia colectiva*¹³² vinculados con la *salud pública* en tanto lo que

132 Es preciso destacar que por medio de la Acordada N° 32, de 1 de octubre de 2014, la CSJN estableció un Registro Público de Procesos Colectivos para la inscripción de todos los litigios de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales federales del país.

Uno de sus objetivos centrales es, justamente, la publicidad de los procesos colectivos que arraigan en el art. 43, párrafo 2°, de la C.N., para preservar un valor eminente como la *seguridad jurídica* cuya jerarquía constitucional ha sido señalada enfática y reiteradamente por dicho Tribunal, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los *efectos expansivos* que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la *apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso*.

se pretendía era una apropiada prestación de determinados servicios sanitarios. La CSJN, con votación unánime, revocó el fallo cuestionado¹³³.

Básicamente, el Alto Tribunal dejó sin efecto lo resuelto considerando que:

- la acción de amparo deducida –dirigida a reconocer el *derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad*, beneficiarias de pensiones no contributivas, de acuerdo con lo preceptuado en las Leyes N^{os}. 22.431¹³⁴ y 24.901– persigue la protección de *derechos individuales homogéneos de una pluralidad relevante de sujetos*; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes de un problema directamente vinculado con el derecho a la salud, presentándose una *homogeneidad fáctica y normativa* que hacía razonable la articulación de la acción en defensa de los intereses de todos los afectados y justificaba el dictado de *un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado*. Ello, siguiendo la línea que la Corte trazara en la conocida –y ya citada a pie de página– causa “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”¹³⁵;
- aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el *incuestionable*

133 *Fallos*, 338:29. Votaron los ministros Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

134 B.O. de 20 de marzo de 1981, que estatuye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas.

135 Muy sintéticamente, ya desde el perfil de las *omisiones absolutas inconstitucionales*, en “Halabi” la CSJN *detectó la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” que a criterio del Tribunal surgían del art. 43, párrafo 2°, de la C.N. y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso temporal. Hasta el momento de escribir estas líneas, y sin perjuicio de la existencia de varios proyectos, aún no se había dictado la ley ordenada por la Corte.

El caso fue resuelto por mayoría, la que estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional, deben ser *objeto de preferente tutela* –tal como fuera anticipado en este trabajo– *por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (cfr. art. 75, inc. 23, C.N.);

- a los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un *colectivo altamente vulnerable*, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, cabe reconocer legitimación a las asociaciones que iniciaron la acción de amparo contra el INSSJP con el objeto de que *se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones* en favor de aquéllas, máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas; y
- estableció que la admisión de las *acciones colectivas* requiere, por parte de los magistrados, la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, la acción también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, *exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados*.

VIII. Sucinta aproximación crítica a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Argentina que involucra la violación de los derechos a la salud y la seguridad social

Se trata del “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”¹³⁶, en el que la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.), entre otros, de: el plazo razonable en un proceso civil por daños, y los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada,

136 Corte IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246.

incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el Tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

Pese a no verbalizarlo, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada *a los derechos a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad y a su derecho a la seguridad social*. Es que las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El Tribunal Interamericano constató el daño producido en perjuicio de éste por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que habrían podido tener un impacto positivo en su vida. Asimismo, verificó la afectación producida al núcleo familiar de S.F.

Hizo una copiosa referencia a diversos instrumentos internacionales conectados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación. Entre otros puntos, aludió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el art. 25 de la CDPD, en vigor desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con ésta. Hizo lo propio respecto del art. 23 de la CDN, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y niñas con discapacidad.

El Tribunal Interamericano evocó los siguientes principios rectores en la materia establecidos en el art. 3 de la CDPD: *i)* el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; *ii)* la no discriminación; *iii)* la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; *iv)* el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; *v)* la igualdad de oportunidades; *vi)* la accesibilidad; *vii)* la igualdad entre el

hombre y la mujer, y **viii)** el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párrafo 131).

En concreto, dispuso que el Estado debía: brindar a las víctimas que así lo solicitaran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas; conformar un grupo interdisciplinario, el que, teniendo en cuenta la opinión de S.F., determinaría las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona fuera diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, se entregara a ella o su grupo familiar una carta de derechos que resumiera en formas sintética, clara y accesible los beneficios contemplados en la normatividad argentina.

No podemos finalizar el acercamiento a este asunto sin efectuar siquiera una mínima referencia al voto concurrente de la entonces jueza Margarette May Macaulay [hoy miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³⁷]. Desde nuestra óptica planteó una cuestión de suma importancia y con la que no podemos sino coincidir, marcando una aguda línea interpretativa que la separa positivamente de la visión de la mayoría votante: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del art. 26 de la CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social* (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párrafo 1° de su voto). Finalmente, concluyó que el Estado argentino violó el art. 26 de la CADH en relación con los arts. 5 y 1.1, *ibíd.*, en perjuicio de S.F., propuesta que lamentablemente no fue seguida por la posición triunfante.

La perspectiva aportada es muy útil y adecuada a la total, directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del art. 26 de la CADH, tomando como punto de enfoque una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el “Caso Acevedo Buendía vs. Perú” (y sus citas), en punto a

137 Margarette May Macaulay fue jueza de la Corte IDH entre 2007 y 2012. El 16 de junio de 2015 fue elegida por la Asamblea General de la OEA como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por un período de cuatro “4” años que se inició el 1 de enero de 2016 y finalizará el 31 de diciembre de 2019.

que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH es *plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ésta* (párrafos 16 y 97), lo que obviamente comprende los económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad del art. 26.

En otras palabras, y como venimos sosteniendo desde hace tiempo, los DESC a que se refiere el citado art. 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus arts. 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los arts. 3 a 25, *ibíd.*, tal como el propio Tribunal Interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido “Caso Acevedo Buendía vs. Perú”¹³⁸.

IX. Observaciones finales

- Es innegable el intenso impacto que la innovación constitucional de 1994 ha provocado en el contexto de los *derechos humanos* en el escenario jurídico argentino. Esa huella puede verificarse tomando en cuenta por ejemplo: la adjudicación de *jerarquía constitucional* a un nutrido conjunto de instrumentos internacionales sobre la materia y los beneficiarios *ex post* de tal valía; la reafirmación del principio *pro persona* y sus derivados; la prefiguración de una dimensión *sustancial*, complementaria de la *formal*, en torno al *principio de igualdad*, exigiéndosele al Estado una búsqueda isonómica por medio de *acciones positivas*; la literalización en la Constitución de los *procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data* para resguardar derechos fundamentales; y la incorporación al texto constitucional de *derechos que no estaban expresamente consagrados*, además del acrecimiento de *derechos implícitos* de fuente internacional.
- Desde el plano de la *judicialización de los derechos a la salud y la seguridad social*, la República Argentina ofrece un grado de protección adecuado y sustentable. La oportuna actuación del Poder Judicial en el particular —con la Corte Suprema de Justicia a la cabeza— ha permitido precautelar aspectos básicos de tales facultades.

138 Entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor sobre el tema, ver “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167.

Ello no impide visualizar en los últimos tiempos la presencia de ciertas señales de retracción, sobre todo en algunos espacios vinculados al derecho a la salud, en supuestos de indemnizaciones laborales donde están comprometidas las obras sociales, o asuntos referidos a la concesión de prestaciones por parte de empresas de medicina prepaga y hasta de algún organismo del Estado Nacional, en los cuales –aparentemente– la Corte Suprema procura atemperar las consecuencias económicas de sus sentencias.

- Más allá de lo anterior, justo es reconocer que los fallos emitidos por la Corte en las causas “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo” y “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, proporcionan significativos elementos analíticos y exhiben orientaciones decisorias acertadas en la trama de interacción protectoria de los derechos a la salud y a la seguridad social.
- Si bien la *performance* tutelar de la Corte en las áreas aludidas –pese a los bemoles mencionados– arroja un saldo positivo, no se puede ocultar que el déficit más profundo se localiza en las dimensiones de la planificación y la apropiada ejecución de políticas sociales. Es éste el flanco más débil y complejo del problema: la *ausencia de un sistema consistente, coordinado y estructurado de políticas públicas en el campo de la salud y la seguridad social* articulado por los Poderes Ejecutivo y Legislativo y cabalmente monitoreado.

Ello, más allá de que se aprecien algunos esfuerzos de la recientemente iniciada gestión del Presidente Mauricio Macri, por ejemplo, mediante el dictado de la Ley N° 27.260 que implementa un “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, en torno al cual habrá que analizar en su momento si verdaderamente fructificó y cumplió los objetivos prefijados a favor de este castigado sector de la población.

Específicamente en el plano del derecho a la salud, debe tenerse en cuenta que conforme lo ha defendido la Organización Mundial de la Salud, el mejoramiento de ésta es un *prerrequisito del desarrollo económico y no a la inversa*, entendiendo [erróneamente]

que la salud mejorará de manera automática como resultado del crecimiento económico¹³⁹.

- El actual Presidente del Máximo Tribunal argentino, ministro Ricardo LORENZETTI, ha puntualizado acertadamente que ninguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la Corte Suprema), ninguna ley por sí sola va a solucionar los problemas de la eficacia de los derechos. Añade sobre el particular que “se necesitan políticas públicas coordinadas. Lo que hacen las sentencias de la Corte es decir cuáles son los derechos que tienen estas personas, y estos derechos han sido incorporados en estas sentencias judiciales. Por lo tanto son efectivos, tienen que implementarse, son obligatorios, son normas jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. *Pero de nada sirve si no tenemos políticas de salud, políticas sociales que implementen los demás poderes del Estado.* Esto lleva a la excesiva judicialización de los problemas de derechos humanos, el cual no es el mejor escenario. Los poderes judiciales de todo el mundo han tenido un protagonismo extraordinario en los últimos años en el campo de los derechos humanos. En este sentido nosotros hemos sido vanguardia en nuestro país en muchos aspectos. El Poder Judicial de la Argentina ha desempeñado un rol importantísimo en el campo de los derechos humanos, y creo que esto hay que decirlo para que la comunidad lo reconozca”¹⁴⁰—cursivas añadidas—.
- En el Estado Constitucional y Convencional la creciente *interrelación de derechos y políticas sociales* deviene incontrastable. En esa dirección, con ser muy apreciable la labor de *defensa* de los derechos humanos, actualmente ella se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña de una tarea *proactiva de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos* (en la franja de

139 Vid. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Document submitted by the World Health Organization*, 2002, p. 3.

140 LORENZETTI, Ricardo, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en COHEN, Hugo (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, publicación N° 65, Organización Panamericana de la Salud, 1ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 22.

la salud y la seguridad social), en orden a procurar *incidir en la formación o la corrección de tales políticas*, sustentadas en valores como la equidad y la solidaridad.

- En el marco del acatamiento de las significativas cláusulas de apertura internacional vehiculadas por la modificación constitucional de 1994, la CSJN exhibe una laudable propensión a inocular a sus pronunciamientos los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace al respeto por las cláusulas de los instrumentos internacionales (incluso algunos de *soft law*) como a la interpretación de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de los distintos sistemas protectorios en la materia: interamericano (Corte IDH) y universales (*inter alia*, Comité de DESC y Comité de los Derechos del Niño).
- Los derechos a la salud y la seguridad social originan para el *Estado obligaciones de corte positivo*, y no simples obligaciones de abstención. De hecho, las *medidas de acción positiva* que la Constitución le encomienda en el contexto del nuevo paradigma del principio de igualdad, son una buena muestra del nivel obligacional, jurídico y axiológico, que tiene el Estado en esta sensible esfera.

Lo anterior, para abastecer el postulado preambular de *promover el bienestar general* y también las demandantes consignas que obran en el art. 75, inc. 19, en punto a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*. Con finalidad convergente, debe atenderse el mandato que el art. 75, inc. 23, *ibíd.*, dirige al Congreso de la Nación en orden a legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato*, y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de *niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad*, al tiempo de prescribir el cumplimiento de la obligación de *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* en protección del *niño* en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

- El respeto y la realización de los DESC en general, y de los derechos a la salud y la seguridad social en particular, exigen operativizar los requerimientos de una *progresividad sustentable* y desactivar cualquier intento de *regresividad injustificada*, quedando en todo caso habilitado el control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad de cualquier medida que pudiera resultar *involutiva*, incluso –y sobre todo– en tiempos de emergencias y/o crisis económicas y financieras.
- Consideramos que más temprano que tarde la Corte IDH deberá discutir profundamente acerca de la viabilidad de la *justiciabilidad directa de los DESC por medio del art. 26 de la CADH* y, en particular en cuanto a lo que aquí atañe, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social por vía de dicha norma, sin acudir discursivamente al respecto a una senda indirecta como es el art. 5.1 de dicha Convención, o sea, el derecho a la integridad personal¹⁴¹.
- En un marco genérico de discusión, es imposible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tomada en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones: *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales (como el derecho a la salud y a la seguridad social). Además, y precisamente en relación con los derechos sociales, NINO enseña –*mutatis mutandis*– que “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹⁴²; además de que, siguiendo a FERRAJOLI, nunca está de más recordar que *el progreso de la democracia se mide por la expansión y la justiciabilidad de los derechos*¹⁴³.

141 BAZÁN, Víctor, “Derechos económicos, sociales y culturales: su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, Edición 2015, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 499-536.

142 NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

143 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 2002, p. 918.

**LA TUTELA DE LOS
DERECHOS HUMANOS
POR LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL
¿MITO O REALIDAD?**

Gilbert Armijo

La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional

¿Mito o realidad?

Gilbert Armijo¹

Los derechos humanos en América Latina han encontrado una nueva opción para su cumplimiento efectivo. Si bien, tradicionalmente nuestros ciudadanos tenían que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratarse de una justicia residual, y siendo la mayoría de los países latinoamericanos signatarios del Pacto de San José recientemente nos hemos comenzado a cuestionar ¿tenemos los tribunales nacionales la obligación de tutelar de manera efectiva los derechos consagrados en el Pacto? En el presente trabajo, analizaremos algunas disfuncionalidades que han imposibilitado ese acceso directo a la tutela nacional efectiva, a la vez que asistimos a una mayor toma de consciencia sobre el papel de los Tribunales y Salas Constitucionales como verdaderos y eficaces jueces de ésta jurisdicción.

Descriptores: Derechos humanos, justicia constitucional, tercera vía, derecho procesal constitucional, derecho interno, doctrina de la problemática política, derecho humano a la paz.

Introducción

¿Por qué los Estados ratifican y firman los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y luego se niegan a aplicarlos? ¿Este es un problema exclusivo de los Estados o son por el contrario sus funcionarios quienes son omisos cuando se trata de cumplir los compromisos internacionales adquiridos por sus respectivos países? En el presente trabajo, trataremos de aventurar algunas posibles explicaciones al fenómeno que, torna en invisibles determinados derechos humanos consagrados a favor de los ciudadanos de los Estados.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario de la UCR y UNA. Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” por el Colegio de Abogados, Premio “Ulises Odio Santos 1998” por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

1. Disfunciones que entorpecen la plena efectividad de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos

1.1. La diferencia entre Convenios sobre Derechos Humanos y Tratados contratos.

En primer lugar, es necesario diferenciar entre los Tratados sobre Derechos Humanos y los que denominamos Tradicionales. En segundo lugar, es apropiado recordar que el problema puede tener su origen en la deficiente formación profesional de los jerarcas de las instituciones públicas estatales; que fuimos formados bajo una concepción del derecho internacional privado y público débil, pues su cumplimiento efectivo, durante un gran período histórico, era prácticamente librado a la buena voluntad de las partes, al principio de buena fe y al *pacta sunt servanda*, pues los Tribunales Internacionales tenían escaso o ningún poder real para obligar a los Estados a cumplir las obligaciones adquiridas.

Estos Convenios Tradicionales entre Estados, podían ser bilaterales o multilaterales, pero en las décadas de los sesenta y los setenta, estos eran negociaciones entre los gobiernos, que perseguían la obtención de ventajas y beneficios. Así, si en un determinado momento era conveniente, el Estado negociaba disminuciones de impuestos a las importaciones de terceros países, en la mayoría de los casos como una graciosa concesión soberana. En síntesis, este primer grupo de Convenios y Tratados, que prevalecieron durante un prolongado período histórico en nuestro país, son conocidos por nuestra doctrina como los “Tratados-Contratos”.

A lo anterior debemos agregar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, les permite a los Estados utilizar dos criterios que denominamos llave, que potencian esta disfunción al supeditar el cumplimiento de los Convenios a las circunstancias del caso concreto.

Así, el primero de estos criterios, establece que el incumplimiento grave de un Convenio no produce mayores consecuencias jurídicas salvo la suspensión total o parcial de éste. El segundo, se resume al indicar que, el cambio de circunstancias permite a la parte afectada, dar por terminado el Convenio y le permite retirarse de su cumplimiento.

En última instancia, el Estado asume que el “contrato” es bueno o malo para sus intereses económicos, y tras considerarlo malo deja de

cumplir sus compromisos –desde luego la buena fe lo obliga agotar el procedimiento de rigor ante el otro Estado, pero lo que nos interesa ahora resaltar es que, esta situación ha calado con fuerza en subconsciente colectivo nacional–.

A diferencia de los “Tratados/Contratos”, los Tratados sobre Derechos Humanos, persiguen un fin diferente y éste es el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario al Estado, sino al individuo. En este sentido puede consultarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-1/81, “Otros Tratados”, serie A, N. 1, párrafo 24. Sobre el objeto de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, también la Corte Europea de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido, en el Caso Soering, de 7 de julio de 1989, párrafo 87.

Sobra decir, pero es necesario recalcarlo, que el objeto de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, una vez firmado y ratificado por el Estado, no es disponible para éste. Y por el contrario, su cumplimiento es obligatorio en virtud de que los nuevos derechos no le pertenecen al Estado sino a todos y a cada uno de sus ciudadanos. Desde luego, diferente situación se presenta con los Tratados Tradicionales, que por lo general regulan competencias atinentes al comercio entre éstos.

Pese a lo expuesto, cuando la Sala le da la orden a un funcionario para que respete el Pacto, es común escuchar al funcionario preguntarse con indignación ¿de verdad el Pacto de San José es una norma jurídica?

2. Deficiencias procesales para la efectiva tutela de los Derechos Humanos Problemas estructurales sobre la admisibilidad.

Este cuestionamiento sobre el valor jurídico de los Derechos Humanos, responde también a un problema estructural, que ha sido favorecido por los mecanismos procesales que se le imponen a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ciudadano común suele descubrir con sorpresa, que no sólo el Pacto de San José tutela sus derechos esenciales sino que el acceso a la “Justicia Internacional” es un camino tortuoso.

Ciertamente, existen normas que le garantizan el derecho de defensa o el acceso a un traductor en materia penal cuando no habla el idioma del país donde está siendo juzgado. Que el artículo 13 del Pacto de San José, le garantiza el ejercicio de su libertad de buscar información y difundirla, sin estar incorporado, por ejemplo, al Colegio de Periodistas del país. Máxime cuando algunos Estados exigen, desconociendo el artículo 13 del Pacto, la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista, y hacerlo sin autorización constituye el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión².

El acceso a la tutela de los Tribunales de Derechos Humanos en América, representa todo un reto a la persistencia, pues la admisibilidad, es un tema complejo. Primero: la aplicación del principio de subsidiariedad, implica que solo ante la falta de respuesta interna a las graves agresiones a los derechos humanos, pueden intervenir las instancias internacionales de protección, lo cual indudablemente son resabios de un derecho internacional débil, pues de previo a interponer la demanda hay que agotar las vías ordinarias internas³, pues la jurisdicción internacional se aplica supletoriamente, aún ante graves violaciones de los derechos humanos⁴.

- 2 Véase, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiatura obligatoria de periodistas y el artículo 13 del Pacto de San José. En igual sentido Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de las 16:18 hrs, del 9 de mayo de 1995. En la sentencia se establece que la Ley impugnada reconoce como exclusivo de los periodistas lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como una libertad para todas las personas, por lo que dicha Ley es violatoria a la libertad de expresión. En adición a ello, la Sala Constitucional destaca que en 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica, para que aquella resolviera si la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho a la libertad de expresión, de manera que el caso resuelto era una suerte de repetición de lo ya planteado en la opinión consultiva. La Sala sostiene finalmente que quién formule una solicitud de Opinión Consultiva, debe ser considerado parte y por lo tanto queda obligado a cumplir los términos de la Opinión Consultiva. Véase también, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Res: 2000-03220 a las diez horas con treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil.
- 3 A pesar de que el artículo 46 de la Convención estable como excepciones los casos en los que:
 - "a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
 - b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
 - c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos"
- 4 El problema no solo existe en América Latina, véase por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

Lo cual implica que en la práctica, para nuestro medio, los ciudadanos deben esperar un promedio de diez o más años antes de que el caso llegue a Casación, para acudir por los medios usuales ante la Comisión sobre Derechos Humanos, y con suerte esta lo admitirá. Esta situación es de fácil verificación, pues el volumen de asuntos resueltos por la Corte es relativamente reducido, frente a las demandas que se presentan y se rechazan *ad portas* por la Comisión sobre Derechos Humanos⁵. Segundo: El Derecho Internacional, les reconoce a los Estados, un amplio ámbito de autonomía para que implementen los mecanismos apropiados de vigencia de los derechos humanos al interno de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Sólo ante las omisiones graves de manera supletoria, el ordenamiento internacional le permite a la Corte Interamericana intervenir y resolver la cuestión.

Una opción alternativa: La teoría de la “Tercera Vía”. Esta situación, ha llevado a parte de la doctrina, entre ellos a Peces-Barba y Bobbio, a desarrollar la concepción de la “Tercera Vía”. Pues conscientes, de las graves trabas que se les imponen a los ciudadanos para acceder a los Tribunales Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, establecen una verdadera lucha no solo por la universalización de los Derechos Humanos, sino por la necesidad de crear un verdadero consenso de protección de estos derechos. Sostienen, que les compete a los Tribunales Constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas, de esta manera, las Cortes Constitucionales se convierten al interno de los países en verdaderos Tribunales de Derechos Humanos, creando una verdadera retroalimentación entre los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, como una forma de introducir al ordenamiento nacional positivo los Derechos Humanos.

Desde luego, la “Tercera Vía” implica invitar a los Tribunales Constitucionales a que admitan una legitimación más amplia del ciudadano para que pueda acudir a reclamar la vulneración de sus derechos; como una manera de darle respuesta a las graves violaciones de los derechos que se reclaman, y al mismo tiempo, en nuestro caso, darle eficacia jurídica a la norma constitucional que proclama que los Tratados y Convenios Internacionales debidamente aprobados por los Estados tienen un valor superior a la ley.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

Creo que esto bastaría para justificar la legitimación de cualquier ciudadano ante su Sala o Tribunal Constitucional, pues si se trata de una ley esta debe surtir efectos jurídicos y si los jueces ordinarios se sienten incapaces de aplicar estos instrumentos, el juez natural para hacerlo es el constitucional. Así lo hemos entendido, antes incluso de que se mencionara siquiera el concepto de derechos emergentes. Efectivamente, la Sala Constitucional de Costa Rica en la década de los noventa estableció el siguiente precedente: “... *cuando las disposiciones de los tratados resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que l[as] desarrollen en el derecho interno las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado*”⁶

Desde luego, esta opción para algunos no es suficiente, y la analizan como un pobre paliativo, para negar el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues siempre sería factible indicar que los Tribunales Constitucionales internos, son los competentes en este tipo de asuntos y solo ante su omisión absoluta podría la Corte conocer del caso, con lo cual se evita que le lleguen verdaderas cascadas de demandas, tal y como ocurre en este momento con la Corte Europea de Derechos Humanos o con nuestra Sala Constitucional, que en criterio de algunos colegas europeos, prácticamente puede morir de éxito⁷.

Curiosamente, para algunos de los teóricos de los derechos humanos emergentes, este es un tema relativamente invisible. Debemos hacer la salvedad de doña Sonia Picado, Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, quién conformo el Comité Científico que debía sentar las bases de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, quién consciente del problema, sugirió que debía incorporarse una norma que permitiera una relectura actualizada de la Declaración Universal. Y por ello sugirió que resulta válido y oportuno preguntarse si ese artículo 8 no debería contener una segunda parte, que postulase, por ejemplo: “*Para la plena protección de sus derechos humanos, la persona podrá acudir*

6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Res. 282-90, de las diecisiete horas del trece de marzo de mil novecientos noventa

7 Así por ejemplo la tendencia histórica anual del número de casos entrados en la Sala Constitucional durante el período 1989-2007, se inició en 1989 con 365 asuntos y en el 2007 ingresaron 16.951. En este mismo período, el número de casos terminados fue 179 para el año 1989, y 17.109 para el año 2007 (la mayor cantidad de asuntos resueltos que ingresos responde a casos de años anteriores).

*a las instancias internacionales en los casos que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente. Los Estados se comprometen a acatar y ejecutar las resoluciones internacionales de carácter definitivo que se generen en este sentido*⁸. La posición de doña Sonia Picado y otros, dio como resultado la aprobación del Título VI, artículo 9, párrafo 7 de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, donde se establece el derecho a un sistema internacional justo que reconoce a toda persona y a toda comunidad, la posibilidad de “acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente”⁹.

3. El respeto de los Derechos Humanos por el Derecho Interno un problema global

Es cierto también que volver operativos esos derechos, en los ordenamientos internos ha sido difícil. Tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer, han potenciado una serie de seminarios y congresos con los Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales latinoamericanas para concienciar a sus miembros de la importancia de aplicar el Pacto de San José, directamente y como norma jurídica. Estas reuniones de Cortes y Salas Constitucionales patrocinadas por la Fundación Konrad- Adenauer, dieron como resultado el acuerdo de San Salvador, en el los mencionados Tribunales se comprometen a aplicar en sus sentencias el Pacto de San José. Este mismo fenómeno ha comenzado a tener una dimensión continental como lo atestigua la revista *Diálogo Jurisprudencial*¹⁰. Esto tiene importancia, porque como reiteradamente lo ha sostenido, Ex-Presidente de la Corte Interamericana la “... *jurisdicción interamericana, depositada en la Corte –que funciona en San José, Costa Rica, desde 1979- tiene carácter complementario de la jurisdicción nacional: a ésta*

8 Sonia Picado: “Apuntes acerca de los derechos emergentes y su posible relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos” en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Picado.pdf (14/09/08).

9 Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, <http://www.idhc.org/esp/documents> (14/09/08), artículo 9, párrafo 7.

10 Véase las sentencias, de múltiples tribunales latinoamericanos, como el Argentino, Costarricense, el de República Dominicana, el Salvador, solo por mencionar algunos en las ediciones de *Diálogo Jurisprudencial*. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, N. 1, México, 2006, y N. 2, de 2007.

*incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas*¹¹.

Este esfuerzo de difusión no ha sido aislado, en otros casos, UNICEF, ha tratado de divulgar la Convención sobre Derechos del Niño y el Adolescente. Parte de este programa permitió la creación de una nueva serie de leyes en América Latina sobre el tema¹². Nuestro país no fue la excepción, en 1986 se aprueba la Ley de Justicia Penal Juvenil¹³ y años después el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto fue necesario, debido a que entre la teoría y la práctica siempre ha existido una distancia importante. Aceptamos como cierto, que los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos, ratificados son normas jurídicas, existe una presunción *iure et iure* en ese sentido, la conciencia colectiva se satisface con su ratificación legislativa, tal parece que una vez que somos parte del instrumento, pensamos que ese solo hecho basta para brindar una protección absoluta a nuestros ciudadanos. Con la firma de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos se cree que se solucionan los problemas que justifican su creación, sin pensar, que esas normas “formalmente” superiores a las ordinarias son absolutamente ineficaces, mientras no se reclamen para resolver los casos concretos. No obstante, a pesar de que son invocadas en algunos supuestos, es evidente la resistencia de los jueces a implementarlos. Salvo honrosas excepciones, resulta manifiesto lo difícil que es para éstos el interiorizar que se trata de normas jurídicas vinculantes.

3.1. El caso Argentino.

Mary Bellof, hizo un estudio en Argentina, como parte de la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, organizado por el PNUD¹⁴. En las encuestas se

-
- 11 Sergio García Ramírez: “Presentación”, en Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 1, México, 2006.
 - 12 Emilio García Méndez, Mary Bellof: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Editorial Temis-Ediciones Desalma, 1999.
 - 13 Carlos Tiffer Sotomayor: *Ley de justicia penal juvenil. Comentada y concordada*, San José: Editorial Juritexto, 1996.
 - 14 Mary Bellof: “La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Publicación especial 50 años de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, PNUD, 1998.

les preguntaba a los jueces porque no aplicaban la Convención sobre Derechos del Niño en el ámbito interno. La respuesta fue que se trataba de normas programáticas, abstractas e indeterminadas que no podían ser aplicadas por el juez ordinario hasta que existiera una ley formal que así la desarrollara.

En consecuencia, Bellof se pregunta si ¿la Convención tiene fuerza normativa o si por el contrario, se trata de normas programáticas que necesitan de una reforma legislativa que las concrete? Ciertamente, en España, por ejemplo, incluso las normas constitucionales, si no han sido puntualizadas por medio de una “Ley Orgánica” no pueden ser aplicadas como normas jurídicas. Diferente ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos. En nuestro caso, las normas constitucionales son normas jurídicas como ha sostenido siempre García de Enterría.

Por ello, debemos coincidir con Bellof, de que la Convención es jurídicamente exigible, pues es difícil aceptar la tesis de que se trata de normas indeterminadas. Basta una simple lectura del artículo 37 de la Convención, que establece en el inciso a) “Ningún niño será sometido a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. El inciso d) dispone: “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica”.

Resulta difícil comprender que un juez no pueda interpretar estas normas procesales, para que pueda establecer la interdicción de la tortura, los tratos crueles y degradantes o la obligación del estado de brindarle al menor acusado la necesaria asistencia de un defensor que lo represente en las causas penales. Las normas señaladas tienen un alto contenido procesal. El problema más que de interpretación es de falta de voluntad jurídica para obedecer la normativa internacional. En especial cuando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, entra en conflicto con la ley o la ideología que existe detrás de la ley.

En el caso Argentino, el fenómeno es comprensible porque es la cuna de la teoría de la situación irregular, la cual da base a la mayoría de las leyes tutelares de América Latina, y prevalece hasta que se reconoce a la Convención como el nuevo fundamento jurídico de los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes. El nuevo planteamiento, tiene como sustento teórico práctico a la teoría de la protección integral,

que sustituye en América al diseño anterior, básicamente ya los niños no serán objeto de tutela, sino sujetos de derechos constitucionales como cualquier persona mayor de edad. Ante este cambio de paradigma, no es de extrañar, que los jueces argentinos, se sintieran desplazados por las nuevas normativas.

Posiblemente, esta experiencia hizo meditar a algunos responsables de las agencias internacionales para la protección de la niñez, como la UNICEF que desde ese instante comenzaron una fuerte campaña para que las leyes ordinarias desarrollaran el contenido de los derechos humanos para el sector que les interesaba¹⁵.

3.2. El caso Alemán.

Similar problema al tratado por Beloff, se presenta en Alemania, Roland Bank, tiene un interesante artículo¹⁶ en el que cuestiona la difícil operatividad de los Derechos Humanos en Alemania como normas constitucionales, y en especial, sobre la compleja situación para poder reclamarlos como normas jurídicas ante la Corte Constitucional.

En primer lugar, porque los instrumentos de esa índole tienen el rango de ley federal, y solo pueden invocarse ante los Tribunales Federales, en consecuencia, cuando el argumento jurídico tiene como base las presuntas violaciones a la Convención Europea, la Corte Constitucional, suele desechar la queja, y sólo de manera restrictiva y con fundamento en el artículo 25 de la Ley Básica, los admite, cuando la norma de la Convención tiene aplicación universal y no se limita a una aplicación regional.

La Corte, suele considerar a la Convención como una ley ordinaria y por ende no la cita en sus fallos, pese a que la Constitución Alemana, en el artículo 1, párrafo 2, señala: “*El pueblo alemán, por ello, reconoce los*

15 Emilio García Méndez, Elías Carranza (organizadores): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires: Editorial Galerna, 1992. Carlos Tiffer: *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada*, San José: Editorial Juritexto, 1996. Gilbert Armijo: *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, San José: litografía e imprenta LILL, 1997.

16 Roland Bank: “El Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, en *Ius et Praxis*, Talca, 2003.

derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y la justicia". Por ello, para un sector de la doctrina alemana, de conformidad con los artículos 59 y 25 de la norma fundamental, la Convención Europea podría considerarse al menos, como derecho consuetudinario y por ende aplicable por la Corte Constitucional.

3.3. El caso Español.

En el marco de la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos. La defensa de la infancia conlleva aceptar con una visión de conjunto, la simbiosis que existe entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional que regula los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten, así, en un instrumento de análisis, que nos permite replantearnos si la actividad que realiza el Estado y sus órganos, es válida y legítima, y si está en armonía con los valores en que se sustenta su respeto¹⁷.

La Convención, establece en los artículos 2 y 3, lo que podríamos señalar como el concepto operativo básico del interés superior del niño. Sin embargo, esto no basta para asegurar su plena eficacia jurídica. Así lo sostiene Human Rights Watch, en su informe de octubre de 2008, sobre el caso de Andalucía. Ciertamente, el gobierno Español ha tomado una serie de previsiones para evitar las deportaciones indiscriminadas de niños que llegan sin sus familiares a tierras andaluzas.

Estos niños son reubicados, se cuenta en sus casos con la intervención de un fiscal especial y estudios del sector social español, sin embargo, cuando se investiga más a fondo se descubre que lo que existe es una apariencia de derechos de garantía, pero vacíos de los contenidos formales mínimos. Ciertamente, el interés superior del niño, es un parámetro de interpretación transversal que debería permear el ordenamiento como un todo, para brindarle al niño el máximo de protección posible.

17 Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase, GROS ESPIELL, H., **Estudios sobre derechos humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985; **La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez** (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José, Costa Rica: ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos: Comisión Europea, 1996; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986; **Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil**. Comisión de derechos humanos del Estado de México, 1996.

Sin embargo, en el “Estudio del caso: Andalucía”, lo que se acredita es lo difuso del criterio de interpretación. Human Rights Watch, en este informe denuncia que los niños que llegan a España, producto de la migración ilegal, son invitados a regresar a su país de origen, invocando que esto es lo adecuado de acuerdo al interés superior de los muchachos, sin tomar las mínimas precauciones para asegurar la efectividad de lo que formalmente se predica. Pues es escasa la comunicación con las autoridades del país de origen, y tampoco existe mayor preocupación por asegurarse que efectivamente, los muchachos realmente regresan a su familia.

Esta organización, sostiene que lo que menos priva en las deportaciones de niños es su interés superior, sino facilitar el retorno de los muchachos a cualquier precio.

Ciertamente, el argumento de que el regreso a su país es lo apropiado de acuerdo al interés superior del niño es un argumento sofisticado, que fácilmente puede ser utilizado a *contrario sensu*, en cuyo caso se sostendría que la repatriación atenta contra el interés superior del muchacho, precisamente, por el riesgo que implican las deportaciones a un destino incierto, para este caso, en Marruecos.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ha sostenido en su jurisprudencia, que no basta que el Estado receptor del muchacho haya ratificado la Convención, para eximir al Estado emisor de proteger por todos los medios a los niños que se encuentran en su territorio, lo cual implica que si va a ordenar su deportación debe asegurarse de que se les proteja de cualquier forma posible de maltrato¹⁸.

Este criterio ya había sido externado en el caso Mubilanzila Mayeka vs Bélgica, donde se condena a Bélgica por la expulsión de su territorio de la niña Mayeka, sin verificar que tipo de trato humanitario iba a recibir en su país de origen, lo que conllevo que se trasgrediera la obligación de respetar el interés superior de la niña y desde la óptica del Tribunal implicó un trato inhumano y degradante, precisamente, por la falta de recursos apropiados de acogida por el Estado natal¹⁹.

18 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Saadi vs Italia, sentencia de 28 de febrero de 2008.

19 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mubilanzila Mayeka vs Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006.

Sobre este tema a nivel internacional, el ACNUR, ha establecido una serie de directrices, para darle un contenido mínimo formal al interés superior del niño²⁰.

Los criterios expuestos, parecen indicar que la decisión sobre el contenido de garantía de este principio, emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretendían indirectamente, corregir, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006, sobre las políticas de migración y el derecho de reagrupación familiar y el interés superior del niño. En este caso, el Parlamento Europeo, cuestiona y pide la anulación del artículo 4, apartado 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar²¹. Aduce que la medida es discriminatoria en perjuicio de los niños extranjeros.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso contra la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, pues afirma que la Directiva, no afecta la obligación de respetar el interés superior del niño, y priva la posibilidad de que los Estados introduzcan condiciones, que impidan la reagrupación cuando se está en presencia de niños menores de 12 años²². Sostienen, que dichas normas “únicamente exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés superior del niño, pero no establecen ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar”²³. En síntesis, el interés superior del niño “no confiere [] a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no puede interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar”²⁴.

20 ACNUR “Observación general #6 del Comité de los Derechos del Niño”.

21 Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p.12).

22 Pese a que el artículo 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, cuyo apartado 2 establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el **interés superior del niño** constituirá una consideración primordial” y su apartado 3, que “todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, **salvo si ello es contrario a sus intereses**” (la negrita no es del original).

23 STJCE (Gran Sala) 27 de junio de 2006, párrafo 33.

24 STJCE (Gran Sala) 27 de junio de 2006, párrafo 59.

4. Eficacia de los derechos humanos en Costa Rica

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en nuestro medio, se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala Constitucional, algunos casos que versan sobre esta materia. Debemos reconocer, que acudimos a esta fuente, porque en ciertos temas nuestras leyes o nuestra Constitución no brindan una solución satisfactoria o simplemente son omisos al tratar el tema. Debemos recordar, que desde los inicios de la Sala Constitucional, se potencio el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

4.1. El camino recorrido.

Sobre éste extremo y solo como acotación podemos decir, que recorrimos desde mil novecientos noventa, 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 fomento que, en el tanto y el cuanto, la normativa internacional le concediera al ciudadano mayores derechos que los que otorgaba la Constitución, estos primaban sobre ésta. 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 mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido.

Todo marchaba sin mayores complicaciones, hasta que una mujer costarricense casada con un extranjero pretendió que se le concediera a

su pareja el mismo derecho constitucional; los funcionarios del Registro Público se negaron aduciendo, que la interpretación literal de la norma era clara, solo señalaba al hombre y no a la mujer. Ante esta situación, la señora presenta un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelan, pues no hacen referencia a género sino a la persona humana.

La Sala luego de escuchar a las partes, se pronuncia dándole la razón a la recurrente y ordena que en todos aquellos casos, donde se señale en la Constitución el concepto “*hombre*” debe interpretarse “*persona humana*”, conforme lo señalan los instrumentos internacionales sobre el tema (Voto 3435-1992)²⁵. Lo anterior, tuvo como consecuencia que el artículo 14 inciso 5 de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada. Conforme se desprende en nuestro caso, la discusión sobre monismo o dualismo carece de interés, pues solemos utilizar la mayoría de los instrumentos internacionales como normas jurídicas directamente aplicables por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional.

Lo anterior nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos donde se analiza la discriminación por razones de pertenencia a un grupo etario (niños-ancianos) hasta asuntos de discriminación por razones de género. Por ejemplo, se han conocido casos donde se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular a las mujeres se les discrimina en abierta violación de la Convención de Belem Do Para, pues si bien se someten sus nombres al electorado, esto suele hacerse en puestos que de antemano se sabe que no serán electas. La Sala Constitucional, ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, obligándolos a incluirlas en sitios de elección real, de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor.

Lo anterior, ha traído como consecuencia que en la actualidad prácticamente la mitad de la Asamblea Legislativa está conformada por

25 Nuestra jurisprudencia, sostiene desde la década de los noventa que los instrumentos sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

diputadas, igual situación se presenta en la Corte Suprema de Justicia, donde cada vez son más las Magistradas que integran este cuerpo colegiado.

4.2. Nuestros errores: El caso de Mauricio Herrera.

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 las consecuencias de nuestra miopía.

Así por ejemplo, en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, la Corte Interamericana nos condenó, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurre 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 apelación contra la sentencias dictadas en última instancia.

Desde luego, la Corte Interamericana, potencio 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, a 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 Latinoamérica, pocos derechos de los consagrados en el Pacto de San José, ha sido de tan difícil desarrollo, como el derecho de acceso a la información. Es un derecho oficialmente reconocido, pero en la práctica siempre restringido, por la administración y por el propio Estado. En efecto, el Estado ha sabido crear su propia esfera de inmunidad para no revelar lo que no le conviene, en unos casos, justificado por la doctrina del “secreto de Estado” y en otros bajo una órbita más amplia de los actos discrecionales del Poder Ejecutivo. En última instancia, la lucha por la libertad de información, podría conceptualizarse en nuestro continente, parodiando a García de Enterría, como la lucha contra las inmunidades del poder, y sostenemos que el “secreto oficial” es su creación más fructífera.

El secreto de Estado, siempre ha sido un límite dudoso, que en nuestro continente latinoamericano suele amparar la arbitrariedad o la corrupción. Hoy día se acepta sin mayor reparo que el acceso a la información, fomenta dos valores universalmente aceptados: la necesaria transparencia de la administración y la rendición de cuentas. Los norteamericanos, por lo menos antes del once de septiembre del dos mil uno, desarrollaron el principio de “*follow the Money*” (sigue al dinero), principio que opera desde la premisa, de que los Gobiernos al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes pueden y deben controlar como se gasta su dinero.

Sin embargo, Herb Strentz profesor de la Universidad de Drake, nos viene alertando que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del once de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar, como por ejemplo, como se gastan los impuestos y otra muy diferente la relativa a la toma de decisiones del Gobierno en temas sensibles.

5. La doctrina de la problemática política

¿Hasta dónde hemos llegado en el desarrollo y aplicación en nuestro ordenamiento del valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos? En la doctrina, suele afirmarse que la tesis se

prueba frente a casos extremos, y la doctrina de la problemática política ha sido un eterno valladar al control judicial.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha sostenido de manera reiterada que este tema escapa al control judicial. Así lo sostuvo en el caso *Obrien vs Brown* (409 US 1, 1973) sobre las competencias de los partidos políticos; en *United States vs Nixon* (418 US 683, 1974) sobre la inmunidad del ejecutivo o en los llamados “Vietnam cases”, del cual es representativo *Massachusetts vs Laird*, donde el Tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues se dijo que la alegada inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam por falta de autorización del Senado era una cuestión política, que giraba en torno al ámbito discrecional del Presidente en materia de política exterior.

Se sostuvo que el congreso es un poder que no necesita su protección y puede valerse por sí mismo. En todos estos asuntos, se parte de la premisa esencial de que los presupuestos del control constitucional o judicial no alcanzan lo político ¿será eso cierto en el siglo XXI? Admitirlo sin reservas implica desde luego reconocer que existen poderes que están sobre la Constitución y sobre los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Quizá por ello, sea apropiado recordar un reducto que casi siempre por sensible es invisible a la doctrina y al control de los jueces: los “**secretos de estado en la lucha contra el terrorismo y afines**”.

A finales del siglo XX **en España**, un caso rompe el paradigma, es la sentencia sobre el CESID, por primera vez, en el ordenamiento español una sentencia cuestiona los actos políticos del Gobierno. Estos son los que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, y que se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho, y que son determinados por razones de oportunidad, por ello, en doctrina suele hablarse que existen bajo un régimen especial.

En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de secretos oficiales 62, 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevan a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra ETA. Un ciudadano aduce haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando van a ejecutarlo se percatan de que existe un error

de identidad y deciden dejarlo en libertad, éste denuncia el hecho y años después un juez de instrucción inicia una investigación.

Cuando le solicita la información respectiva al Ministerio, se le niega bajo el concepto de que está cubierta por el “Secreto de Estado”; el Tribunal Supremo Español, ordena desclasificar la información como secreta y entregarla al juez. El acto, suscita toda clase de críticas, para algunos el control judicial de los actos políticos representa para parte de la doctrina su desaparición, y es una verdadera antinomia que un tribunal de legalidad controle actos políticos, que conllevan un alto valor discrecional, pues decidir que documentos son secretos, son puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales.

La discusión concluye, con la sentencia condenatoria, para los altos cargos del Gobierno Español que participaron en la operación y dio como resultado la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, que vino a regular dichos actos y a sujetarlos al control de un Magistrado del Tribunal Supremo.

En Inglaterra, si bien es cierto los servicios de inteligencia británicos, están bajo la responsabilidad política del Gobierno (el MI5 responde directamente al Ministro y éste a su vez ante el Parlamento), y tienen un amplio margen de libertad para realizar las investigaciones de contraespionaje, ello no implica que estén exentos del control de los jueces como ocurría en España. Cualquier ciudadano que se sienta afectado por la labor de esta unidad especial, puede llevar su caso ante un tribunal especialmente constituido para fiscalizar la labor que realiza el MI5; la jurisdicción está integrada por tres a cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y pueden ser reelectos. Entre sus competencias, está analizar las quejas contra la unidad de inteligencia y desde luego decidir si la intervención tenía o no un “fundamento razonable”. Cuando la respuesta es negativa, los jueces tienen las potestades suficientes para cerrar el caso y proceder a ordenar la destrucción de cualquier dato obtenido. También está contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar, es que aun tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que al igual que ocurre en materia procesal penal, al investigarse cualquier hecho delictivo, por grave que sea, el proceso debe ser supervisado y controlado por un juez, así se trate de asuntos que atañan a la seguridad nacional.

6. El derecho humano a la paz como norma jurídica

6.1. El caso del estudiante de derecho vs el Presidente Abel Pacheco

En un segundo grado de dificultad, se encuentran “*el control de los actos de gobierno*”. Estos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional, por ello es razonable cuestionarse si un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde se compromete el Presidente a darle su apoyo al Gobierno de los Estados Unidos en la alianza armada contra Irak, es un acto susceptible de ser fiscalizado por el contralor de constitucionalidad. En nuestro caso, todo funcionario suele jurar al aceptar el cargo que cumplirá y respetará nuestra Constitución, el juramento conlleva que aún el Presidente le debe obediencia. El recurrente, sostiene que el acto es inconstitucional, porque en el comunicado consta expresamente que ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz no somos neutrales, y por ello, que apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra, se requiere en nuestro país, la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso, el Poder Ejecutivo se comprometió con el Gobierno Norteamericano, sin que previamente el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

En nuestro medio, la paz, es un elemento esencial de nuestra política nacional. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida, cobro una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un “acto unilateral”²⁶ ante Naciones Unidas, depositamos la “Proclama de Neutralidad Perpetua y no Armada”, en las que nos obligamos a “practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados”.

Además hemos suscrito, la Carta de la Organización de Naciones Unidas; la Carta de la Organización de Estados Americanos; la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz (Resolución N°.

26 En el derecho internacional público, los actos o promesas unilaterales, requieren determinados supuestos: a). Un manifestación de voluntad inequívoca del Estado de obligarse; b) No es necesario requerir la aceptación de otros Estados; c) La validez no está subordinada a otro acto jurídico.

39/11 Asamblea General de Naciones Unidas); la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (Asamblea General de Naciones Unidas N°. 2131, de 21 de diciembre de 1975), entre otros.

En estos instrumentos el valor paz se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero que a la vez, se convierten en instrumentos operativos que nos permiten realizar un juicio de valor en cuanto a lo actuado por el Presidente.

En esta sentencia, por primera vez desarrollamos el concepto de “Constitución viva” y la paz como valor que sustenta las bases del sistema democrático, útil como parámetro constitucional para contrastar, si la actuación del Presidente es compatible con el sistema de Naciones Unidas para la resolución de conflictos entre las naciones, y desde luego la incitativa destinada a hacer justicia por propia mano y al margen de los criterios internacionales es ilícita.

Debemos agregar, que derivamos de los artículos 12 y 50 de la Constitución la obligación de renunciar al uso de la fuerza para la solución de los conflictos, y nuestra norma suprema señala con claridad, que nuestra seguridad debe encontrarse en el derecho internacional, para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad, y el uso de la fuerza siempre será la *última ratio*, situación que no se presentaba en el caso bajo estudio.

Por el contrario, de los argumentos del Poder Ejecutivo, se desprendería una voluntad univoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que emprenden contra Irak. Éste último aspecto, es concluyente para darle la razón al estudiante de derecho que presenta la acción de inconstitucionalidad.

En consecuencia, la Sala Constitucional declara con lugar la acción y le ordena al Presidente que anule el acto y concomitantemente que se lleven a cabo las gestiones pertinentes, mediante el Ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluya de la coalición. A favor del Ejecutivo, debemos resaltar que al día siguiente que se le notifica la sentencia, ordena proceder conforme se le ordena.

6.2. El derecho humano a la paz vs la industria de la guerra

Varios años, después el mismo estudiante de derecho vuelve a interponer una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la Ministra de Salud y del Presidente de la administración sucesiva.

En esta ocasión solicita que se declare la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el Decreto Ejecutivo N.33240-S, que permiten al Ministerio de Salud otorgar el permiso sanitario respectivo para que puedan fabricarse, en el país, armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas), accesoriamente también se permite la actividad comercial pertinente para poder extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear.

La Contraloría General de la República, se opone a la pretensión y ciertamente en nuestro medio, no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero si se les reconoce a nuestros ciudadanos una amplia legitimación para accionar cuando se invoque vulnerado el derecho a la paz.

En este sentido, y en relación con la defensa del derecho a la paz, la Sala en la sentencia No. 2004-9992 de fecha 8 de septiembre de 2004, manifestó que el derecho a la paz es un derecho de tercera generación y constituye un valor “fundante” de la Nación de Costa Rica, que “legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de juicio previo” y que puede ser considerado como “un interés que atañe a la colectividad en su conjunto”. En consecuencia, la acción se admite para su estudio.

La Sala sopesa los argumentos a favor de la actividad comercial, que en criterio de la Procuraduría es lícita y por otro analiza los alcances del valor paz, como parámetro de constitucionalidad. Sostiene la sentencia que el “derecho a la paz tiene en el sistema costarricense un reconocimiento normativo que se deriva, no solo del texto de la Constitución Política, sino de los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, un reconocimiento jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional; y sobre todo un reconocimiento social, conforme al sentir y el actuar de los propios costarricenses”²⁷.

27 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2008-14193. San José, a las diez horas con tres minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil ocho.

Este último aspecto, está íntimamente ligado al concepto de “Constitución viva”, comentado previamente, del cual se derivan obligaciones concretas para el Estado y en especial para el Poder Ejecutivo, pues sobre éste recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un “pacifismo incondicional o activo”, por consiguiente, sostenemos que “... un Estado que acepte la paz como un valor constitucional fundamental no podrá conformarse con la noción limitada de que paz es ausencia de guerra, sino que deberá ir más allá, previniendo y rechazando continuamente toda decisión y actuación que pueda propiciar y desembocar tal circunstancia.

Ciertamente entre las actividades que puede considerarse opuestas al espíritu pacifista de una nación o país, está la fabricación de armas y la producción de determinados minerales o sustancias químicas. Ellas están directamente ligadas a situaciones de violencia, aun en circunstancias de legítima defensa... Por consiguiente, un Estado que aspire a propiciar la paz, tanto a nivel interno como internacional deberá poner especial cuidado al autorizar la fabricación y/o importación de armas y sustancias químicas en su territorio, rechazando rotundamente aquellas que por su naturaleza han sido pensadas y creadas para favorecer el antivalor de la guerra”²⁸. Como consecuencia, se declara con lugar la acción y se anula el Decreto Ejecutivo cuestionado.

7. Conclusión

Los derechos humanos, son hoy por hoy, el último reducto de las clases más desprotegidas de América Latina, el acceso a la justicia, es un aspecto que los tribunales y Salas Constitucionales deberían de fomentar para garantizar un recurso efectivo, en los términos de los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No basta, que exista el derecho y menos aún es suficiente con que exista “formalmente” un recurso que le garantice la tutela judicial efectiva, si estos por razones de pobreza, no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere²⁹.

28 Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2008-14193. San José, a las diez horas con tres minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil ocho.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

No debemos olvidar, que los Jueces Constitucionales tenemos la obligación de abrir nuevas fronteras en protección de los más necesitados, aunque en doctrina, se censure esta posición etiquetándola bajo un supuesto activismo judicial. Debemos recordar, que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran regulados en los artículos 26 y 30 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1 y 5 del Protocolo de San Salvador). Dichas normas nos obligan a potenciar el respeto de los derechos humanos, desde este punto de vista, nuestra labor es no solo admitir que estamos frente a normas jurídicas, sino que éstas, son, en efecto vinculantes para el Estado, y en aquellos casos donde el “poder” transgrede cualquiera de las normas de la Convención, estamos en la obligación de declararlo así y ordenar la restitución del derecho vulnerado.

Ciertamente, todo juez constitucional, ha visto la resistencia que existe, en nuestros respectivos ordenamientos para que las cláusulas convencionales se respeten de manera efectiva, las razones, como han quedado expuestas son múltiples, algunas tienen su fundamento en la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, que siempre suele verse como una forma de imposición extraña a nuestro buen derecho nacional. En otros, las razones son más sociológicas que jurídicas, pero siempre el resultado es el mismo, firmamos y ratificamos instrumentos sobre derechos humanos que nos negamos a aplicar en el derecho interno.

Debemos, recordar, que esas omisiones hacen referencia, en algunos casos, a los derechos mínimos dentro del proceso penal, como el derecho de intimación, de defensa, de legitimidad de la prueba, por mencionar algunos básicos. Otros tutelan a actores muy diversos como el acceso a la información (artículo 13) que tanto les interesa a los periodistas, pero quién de nosotros no desea ser tratado con dignidad, que se le garantice el derecho a la igualdad o el derecho a la vida.

En nuestro caso, y solo como experiencia de derecho comparado, podemos decir, que todavía nos falta mucho por andar, aunque, admitimos y utilizamos en nuestras sentencias, cada vez más la Convención, como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan, todavía existen enormes espacios que no hemos abordado, esperamos que cada vez sean menos y más los derechos humanos que efectivamente disfruten en nuestra Latinoamérica nuestros ciudadanos.

La presente edición se terminó
de imprimir el mes de diciembre de 2016
en Talleres Gráficos “KIPUS”
c. Hamiraya 127 • Telf./Fax.: 591- 4- 4582716 / 4237448



DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA

ISBN: 978-99974-67-26-3



9 789997 467263