

LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL

La experiencia de una década

VÍCTOR ABRAMOVICH, ALBERTO BOVINO
Y CHRISTIAN COURTIS (compiladores)



La aplicación de los tratados sobre
derechos humanos por los tribunales locales



© 1ª edición 1997 Editores del Puerto s.r.l.
© 1ª reimp. 2004 Editores del Puerto s.r.l.

Paraná 341 8° C
C1017AAG - Ciudad Autónoma
de Buenos Aires - Argentina
Telefax: (54-11) 4375-4209 4372-8969
delpuerto@editoresdelpuerto.com
www.editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRIMBAUN
Maqueta de interior: Adriana ORLANDO

Impreso en junio del 2004 en
IMPRESIONES SUD AMÉRICA
Andrés Ferreyra 3767. Buenos Aires

Tirada: 700 ejemplares

Hecho el depósito de ley 11.723
ISBN 9987-9120-14-0

Impreso en Argentina

Fecha de catalogación: 09-06-04

La aplicación de los tratados sobre derechos
humanos por los tribunales locales / Martín
Abregú...[et al]. –
1° ed. 1° reimp. – Buenos Aires : Editores del
Puerto, 2004.

672 p. ; 22x15 cm.

ISBN 987-9120-24-8

1. Derechos Humanos. I. Abregú, Martín
CDD 323

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales

Compiladores. Martín Abregú • Christian Courtis



CELS
Centro de Estudios Legales y Sociales

Índice

Agradecimientos	I
Presentación	III
Introducción	1
Martín Abregú La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción.....	3
Ariel Dulitzky La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado	33
Parte I La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho argentino	
Germán J. Bidart Campos El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.....	77
Guillermo R. Moncayo Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino	89
Jorge R. Vanossi Los tratados internacionales ante la reforma de 1994.....	105
Leopoldo Schiffrin La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino..	115
Juan A. Travieso Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas.....	127

Oscar L. Fappiano
La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales
por parte de los órganos locales 147

Parte II
Principios, deberes y prácticas para la aplicación del derecho
internacional de los derechos humanos por los tribunales locales

Capítulo 1. Principios 161

Mónica Pinto
El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas
para la regulación de los derechos humanos 163

Liliana Valiña
El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del
derecho internacional de los derechos humanos
en el ámbito interno 173

Capítulo 2. El deber de tutela judicial y de reparación 199

Agustín Gordillo
Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución
Nacional 201

Daniel A. Sabsay
El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción
en defensa de los derechos humanos 229

Susana Albanese
El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los
órganos internacionales 247

Víctor Abramovich, Christian Courtis
Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales
y culturales. Estándares internacionales y criterios de
aplicación ante los tribunales locales 283

J. Alejandro Kawabata
Reparación de las violaciones de derechos humanos en el
marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 351

Capítulo 3. Prácticas 385

Martín Abregú, Christian Courtis
Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el
derecho argentino 387

Parte III

Los estándares internacionales sobre algunos derechos en particular y su aplicación por los tribunales locales

Capítulo 4. Garantías judiciales en materia penal	405
Julio B. J. Maier	
El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?	407
Alberto Bovino	
El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos	429
Capítulo 5. Libertad de expresión e información	471
Santiago Felgueras	
El derecho a la libertad de expresión e información en la jurisprudencia internacional	473
Eduardo A. Bertoni	
La CADH y los límites a las responsabilidades ulteriores.....	491
Capítulo 6. Derecho a la verdad	515
Juan E. Méndez	
Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos.....	517
Alicia Oliveira, María José Guembe	
La verdad, derecho de la sociedad	541
Capítulo 7. Derecho a la igualdad y a la no discriminación	559
Roberto P. Saba	
Discriminación, trato igual e inclusión	561
Marcela V. Rodríguez	
Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio.....	579
Capítulo 8. Derechos del niño	621
Mary A. Beloff	
La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno.....	623
Capítulo 9. La corrupción	637
Alberto L. Zuppi	
La Convención Interamericana contra la Corrupción	639
Acerca de los autores	651

Agradecimientos

Este libro no podría haberse realizado sin el apoyo de la Fundación Ford, que desde hace dos años financia el Programa sobre Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno (Programa DIDH) del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Para ellos, nuestro agradecimiento por su confianza.

Otros partícipes necesarios de este proyecto son los autores, quienes generosamente nos brindaron su obra y su tiempo. Entre ellos, queremos agradecerle especialmente al Dr. Leopoldo Schiffrin, quien tuvo tiempo para cumplir con su colaboración entre los múltiples inconvenientes que le generó un pedido de juicio político que sólo se justifica por la misma razón que su participación en este libro: su inquebrantable compromiso con los derechos humanos.

El reconocimiento especial de los compiladores es para Andrea Pochak, quien hizo todo lo que había que hacer para que este libro alguna vez existiese. Y, finalmente, para todos los integrantes del Programa DIDH (Víctor Abramovich, Carolina Fernández Blanco, Alicia Oliveira, Patricia Valdéz, Gustavo Suriz y Andrea Galindo) y los restantes compañeros del CELS.

A todos, muchas gracias.

Presentación

Emilio F. Mignone*

No cabe duda que la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales locales constituye uno de los temas de mayor actualidad e interés en la problemática jurídica contemporánea. Ello posee, además, una importancia fundamental en los ámbitos jurídicos americanos, en virtud de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, y argentino, por la incorporación con jerarquía constitucional a nuestra ley fundamental, como consecuencia de la reforma de 1994, de nueve declaraciones, tratados y convenciones internacionales en dicha materia.

Por su novedad y singularidad estos temas recién han comenzado a incorporarse a los planes de estudio de las Facultades de Derecho de las Universidades y son bastante desconocidos por jueces y abogados.

Conciente de esta circunstancia, el Centro de Estudios Legales y Sociales viene desarrollando desde hace tiempo una constante actividad a través de cursos, publicaciones y seminarios. Tal preocupación se prolonga con la edición del presente volumen, que ha contado con la desinteresada colaboración de destacados juristas, que encaran, a lo largo de un riguroso y completo temario, los aspectos fundamentales de esta rama del derecho.

Por la calidad y oportunidad de los aportes recibidos, estamos seguros que el libro que tengo el honor de presentar en nombre de nuestra institución, contribuirá de manera eficaz a ilustrar a la comunidad jurídica y académica no sólo de Argentina sino de todo el público de habla hispana y provocará un análisis y un debate profundos, dando lugar a un avance significativo en el conocimiento de la cuestión. De esta manera influiremos también en la vigencia integral de los derechos fundamentales, no sólo civiles sino igualmente sociales, económicos y culturales, objetivo principal y tradicional de nuestra acción.

Buenos Aires, 21 de septiembre de 1997.

* Emilio Mignone es Presidente del CELS.

Introducción

La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción

Martín Abregú*

I. Introducción

A partir de la posguerra hemos presenciado un vertiginoso desarrollo de una nueva rama del derecho que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Esta materia tuvo su momento declarativo fundacional con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1948, y se ha multiplicado en numerosos tratados, declaraciones, principios y otros instrumentos internacionales, que conforman hoy este nuevo *corpus* normativo. El paralelo y también acelerado desarrollo de mecanismos internacionales de protección de derechos, completa así este cuadro con una cada vez más abundante y abarcadora jurisprudencia y práctica internacional.

Durante este proceso, esta rama del derecho internacional no sólo creció en la cantidad de instrumentos aprobados por los organismos internacionales y ratificados por los Estados, sino que también se ha extendido a una variada gama de aspectos más allá de sus orígenes¹; paralelamente, el desarrollo de esta materia también trajo aparejada una mejor y mayor protección de los derechos reconocidos en la Declaración Universal, que muchas veces fueron tutelados en instrumentos posteriores de una forma más abarcativa².

* El autor agradece a Sharifah BAILEY y Andrea POCHAK por su colaboración para este artículo.

¹ Cf. *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, IIDH, San José, Costa Rica, p. 28.

² Cf. AYALA CORAO, Carlos M., *El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)*, "El Derecho", t. 160, Buenos Aires, p. 779.

No obstante, el desarrollo del DIDH no está exclusivamente vinculado a su evolución internacional. Por el contrario, el principio de subsidiariedad que gobierna en general las prácticas tuitivas internacionales, exige como requisito para la puesta en marcha de la maquinaria internacional la falta de una respuesta interna frente a las agresiones a los derechos humanos. Requisitos tales como el previo agotamiento de los recursos internos limitan la intervención internacional sólo a aquellos casos en los que el derecho local no haya protegido debidamente los derechos y principios tutelados internacionalmente.

Esta subsidiariedad de la protección internacional nos lleva a la necesaria complementariedad entre las dos aristas del DIDH: la protección internacional de los derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno. Así, entendemos que deben explorarse paralelamente estas dos dimensiones de esta rama del derecho. En este sentido, mientras que en su dimensión internacional el DIDH se sostiene sobre los principios fundamentales del Derecho internacional público tradicional; en su dimensión local, la aplicación interna del DIDH exige una retroalimentación con el Derecho constitucional³. El continuo que se extiende entonces desde la protección internacional hasta la aplicación en el ámbito interno es el que demanda el diálogo entre ambas jurisdicciones que plantea DULITZKY⁴: ya no se trata de esferas independientes sino interdependientes⁵. En este sentido, el impacto del DIDH en el Derecho local se extiende, entre otras, a la tutela de nuevos derechos, a la necesidad de adecuar la legislación y a una nueva conceptualización de antiguos derechos reconocidos por las sistemas constitucionales, tal como, por ejemplo, destaca MAIER en relación con el derecho al recurso del condenado⁶.

³ De esta unión (interpósito-derecho, podría decirse) entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional, dicen algunos, debería surgir una rama autónoma: el Derecho de los derechos humanos que, haciendo a un lado el adjetivo "internacional", daría cuenta de su carácter también nacional. Por nuestra parte, si bien compartimos los argumentos y las razones para el reconocimiento de esta rama del derecho independiente, hemos preferido mantener su adscripción como Derecho internacional, incluyendo, a pesar de ello, su dimensión local. Por un Derecho de los derechos humanos, ver, entre otros, AYALA CORAO, Carlos M., *El derecho de los derechos humanos*, cit.; HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

⁴ Ver, en este mismo ejemplar, DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*.

⁵ ALBANESE, Susana, *Interacción entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el ámbito interno. Funciones de los órganos de control*, en "El Derecho", 17/7/95.

⁶ Ver, en este mismo ejemplar, MAIER, Julio B. J., *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*

introducción

No debe soslayarse, desde esta óptica, que “el carácter mínimo y subsidiario que reviste el derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, razón por la cual, para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única –aunque sí mínima– y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de más amplio le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados”⁷.

La aplicación en el ámbito interno, sin embargo, no ha tenido hasta el presente el mismo éxito que su contraparte internacional. Si bien presentamos actualmente una creciente preocupación por esta materia –de la que este libro no es sino otra variante–, es un diagnóstico compartido que el desarrollo de la protección internacional no ha significado por sí solo una mejora acorde en los derechos locales. En algún sentido, nos enfrentamos, entonces, a una paradoja histórica que nos muestra que si el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío de este fin de siglo es la nacionalización de los derechos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno. Si, en la ya clásica descripción de BOBBIO⁸, la universalización de los derechos fue la tercera etapa que consolidó el consenso para la protección de los derechos humanos, hoy esta tercera etapa requiere una vuelta de tuerca, que haga efectivos en los Estados nacionales esos derechos universales.

Esta nueva etapa resulta de fundamental relevancia puesto que “la jurisdicción internacional, con toda la importancia que tiene y ha sido puesta de manifiesto en sus decisiones, posee... una gravitación marginal en los asuntos que cotidianamente reclaman la atención de la Justicia”⁹. Mientras que el Derecho internacional determina las obligaciones de los Estados parte, será el Derecho local el que decidirá, en la práctica, la vigencia de un derecho. En este sentido, no debe ignorarse que sólo la efectiva protección en el ámbito interno puede asegurar la vigencia de los derechos internacionalmente reconocidos: la distancia entre los órganos internacionales de protección y el individuo cuyos derechos han sido indebidamente restringidos, la escasa cantidad de casos que llegan a la esfera

⁷ En este mismo ejemplar, BIDART CAMPOS, Germán, *El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*.

⁸ BOBBIO, Norberto, *Presente y futuro de los derechos del hombre*, en *El Problema de la Guerra y La Paz*, Ed. Gedisa, Buenos Aires, Cap. III, p. 129.

⁹ *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional*, cit., p. 28.

internacional y los valores republicanos que explican el principio de economía procesal, son sólo algunos ejemplos de la necesidad de una mayor inmediatez en la protección de los derechos.

En el caso argentino, por otra parte, la incorporación del DIDH en el ámbito local y su impacto no puede ignorar la historia reciente. Tal como demuestra el trabajo de OLIVEIRA y GUEMBE¹⁰, el desarrollo del DIDH en el Derecho argentino está estrechamente vinculado con la dictadura militar que cometió gravísimas violaciones a los derechos humanos entre 1976 y 1983. En este sentido, la aplicación del Derecho humanitario en nuestro país debe ser entendida como una herramienta adicional para asegurar el declamado Nunca Más.

Tradicionalmente, la cuestión sobre la aplicación del Derecho internacional en el ámbito interno fue objeto de un interés preponderantemente teórico. El DIDH también ha venido a revertir esta tradición, ya que la necesidad de una mejor protección, sumada al diálogo y la interacción entre ambos sistemas a los que nos referíamos más arriba, han transformado esta materia en un interrogante de neto contenido práctico. Hoy, tal como la mejor jurisprudencia nacional e internacional demuestra, la forma en la que los distintos órganos del Estado colaboran en el cumplimiento de los compromisos internacionalmente asumidos es un interrogante que debe ser contestado cotidianamente. Ya no se trata de un objeto de estudio sino de la individualización de las herramientas para cumplir una obligación omnipresente.

En todo caso, y más allá de menciones tangenciales, este libro no se referirá, en general, a la incorporación del DIDH en el ámbito interno sino, más específicamente, a su aplicación por los tribunales nacionales. En este sentido, se dejarán a un lado las obligaciones genéricas de legislar o la necesidad de la adecuación de los actos de la Administración al orden normativo internacional. Optaremos, en cambio, por un tratamiento más individualizado de las obligaciones que pesan sobre el Poder Judicial, como órgano encargado de asegurar la vigencia y el goce de los derechos humanos. La priorización de este poder por sobre los otros, en todo caso, no tiene otra justificación que el reconocimiento de la superlativa relevancia de la labor tutelar de los derechos que deben realizar los jueces nacionales.

II. Los lineamientos internacionales para la aplicación del DIDH en el ámbito interno

“Tradicionalmente, el Derecho internacional clásico ha reservado a las legislaciones nacionales, en general, a las normas constitucionales, la de-

¹⁰ Ver, en este mismo ejemplar, OLIVEIRA, Alicia y GUEMBE, María José, *La verdad, derecho de la sociedad*.

introducción

cisión sobre la forma de integración del Derecho internacional al orden jurídico vigente en un Estado”¹¹. En este sentido, es uniforme la doctrina respecto a reconocerles a los Estados parte la autonomía de determinar cuál será el mecanismo para la vigencia de la normativa internacional en el ámbito interno. En cualquier caso, el orden jurídico internacional ha consolidado criterios que hacen a la vigencia de sus propias normas y que acotan los márgenes de decisión de los Estados.

Así, es el Derecho interno de cada Estado el que decide, por ejemplo, entre una doctrina monista o dualista en la incorporación del Derecho internacional a su orden normativo: es el Estado el que elegirá si el Derecho internacional ingresa automáticamente al orden normativo local o si, por el contrario, resulta en todos los casos necesaria una legislación interna que recepte la normativa internacional para su aplicación local. Esta es una opción que hace el Derecho constitucional de cada Estado¹², así como también define “el rango de los tratados sobre derechos humanos, la jerarquía de los derechos humanos en definitiva; y los recursos internos para su protección”¹³.

No obstante, es preciso destacar que los tratados de derechos humanos no guardan absoluto silencio sobre la cuestión, sino que, por el contrario, han contemplado expresamente el tema de su aplicación en el ámbito interno. “Ello surge de la obligación explícita de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos en forma efectiva”¹⁴. Los tratados no deciden por sí solos cómo deben ser aplicados en el ámbito interno, pero sí regulan una serie de obligaciones para las partes contratantes que restringen algunas de sus posibles opciones.

En el caso de los tratados sobre derechos humanos, las razones para estos lineamientos está dada, una vez, más, por la particular naturaleza de los tratados sobre derechos humanos. En este sentido, no resulta redun-

¹¹ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 63. En el mismo sentido, ver, entre muchísimos otros, AYALA CORAO, Carlos M., *El derecho de los derechos humanos*, cit.; ALSTON, Philip y STEINER, Henry J., *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Nueva York, 1996, parte D, capítulo 11; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

¹² Cf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, en la *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* n° 7, IIDH, San José de Costa Rica, enero/junio de 1988, p. 27.

¹³ AYALA CORAO, Carlos M., *El derecho de los derechos humanos*, cit., p. 789.

¹⁴ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, cit., p. 71.

dante citar la ya clásica caracterización de estos tratados realizada por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva n° 2: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. *Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*” (el destacado es nuestro)¹⁵.

Ejemplos de este tipo de obligaciones son el art. 1.1¹⁶ y el art. 2¹⁷ de la CADH, el art. 2.2¹⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 2.1¹⁹ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Socia-

¹⁵ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)*, del 24 de setiembre de 1982, Serie A, n° 2, # 29.

¹⁶ El artículo 1.1 de la CADH dispone que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁷ El artículo 2 de la CADH dispone que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹⁸ El artículo 2.2 del PIDCP dispone que: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

¹⁹ El artículo 2.1 del PIDESC dispone que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas,

introducción

les y Culturales, el art. 2²⁰ de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el art. 3²¹ de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De esta mera enumeración de artículos, surge claramente que, a pesar de las diferencias existentes entre las distintas obligaciones emergentes de cada uno de estos tratados, al incorporar el DIDH a sus ordenamientos internos, si bien los Estados pueden decidir la forma en que se aplicará este derecho, los tratados ya regulan en su texto algunos de los mecanismos para su aplicación que deberán ser respetados. En este sentido, se ha sostenido reiteradamente en la doctrina y la jurisprudencia internacional que

hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

²⁰ El artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer dispone que: “Los Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a :

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

²¹ El artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en su primer párrafo que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

las obligaciones de los Estados parte son: obligación de respeto, obligación de adoptar las medidas necesarias, y la obligación de garantía²², de las que, como explica KAWABATTA²³, se derivan una serie de deberes en el ámbito interno de los Estados parte.

Entre estos deberes, hemos destacado especialmente en este volumen el de asegurar la tutela judicial de los derechos internacionalmente protegidos, por entender que constituyen el reaseguro último para la vigencia de los derechos. En palabras de MÉNDEZ al considerar los deberes de los Estados parte, “Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial, o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída ante ella... Sin embargo, 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 el 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 internacional al derecho interno”²⁴.

Y dentro de esta obligación genérica de tutelar los derechos, es importante destacar la diferenciación que realiza GORDILLO el concluir que “Todas las normas referidas son claras en distinguir la defensa en juicio en general, de la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los tratados, las constituciones o las leyes de cada país en particular: para los segundos exige, sin limitación ni recaudo alguno, un procedimiento especial, sencillo, breve, efectivo, ante los tribunales competentes”²⁵.

En síntesis, podemos concluir que el DIDH no dispone cuál debe ser la forma que utilizará un Estado parte para cumplir con sus compromisos internacionales, y quedará en manos de cada uno de ellos la determinación de si es necesaria o no una legislación interna que dé fuerza operativa a los tratados sobre derechos humanos y la jerarquía de estos tratados en el ámbito interno; no obstante, en el caso del DIDH, esta autonomía del Estado queda parcialmente limitada respecto a la forma en que deberá orga-

²² Entre muchos otros, AYALA CORAO, Carlos M., *El derecho de los derechos humanos*, cit.

²³ Ver, en este mismo ejemplar, KAWABATTA, Alejandro, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

²⁴ Ver, en este mismo ejemplar, MÉNDEZ, Juan, *El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*.

²⁵ Ver, en este mismo ejemplar, GORDILLO, Agustín, *Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*.

nizarse para cumplir con la protección de los derechos convenida internacionalmente, al exigir, entre otras obligaciones, una adecuada protección judicial, que incluye el deber de asegurar un procedimiento especial, rápido e idóneo.

III. La respuesta del Derecho constitucional argentino

1) La Constitución Nacional de 1853/60

Ya en la Constitución Nacional del 53/60 se había dado una respuesta clara en torno a la aplicación de los tratados internacionales en el ámbito interno. En este sentido, el artículo 31 de la C.N. dispone, desde los orígenes de la conformación del Estado argentino, que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

A partir de esta fórmula, tanto la doctrina como la jurisprudencia entendió que el constituyente del siglo pasado había optado por la incorporación automática de los tratados en el ordenamiento jurídico argentino y que la jerarquía de la normativa internacional era similar a las de las leyes de la Nación. De este modo, desde antaño se consolidó en nuestro país la doctrina de que los tratados debían recibir el mismo trato que las leyes, confiriendo derechos al igual que cualquier otra norma interna.

La meridiana claridad de la postura dominante se contradecía, por ese entonces, con las dudas que generaba el hecho de que una eventual ley posterior a la ratificación de un tratado pudiera generar contradicciones entre ambas normas y que, en tal caso, ni la doctrina ni la jurisprudencia dieran una respuesta frente a la posible responsabilidad internacional. Incluso, en 1963, en el caso “Martín y Cía. Ltda.”²⁶, la Corte Suprema consideró que la eventual responsabilidad internacional del Estado no debía llevar a decisiones judiciales diferentes a las que llevaba la normal aplicación de la jerarquía legal de los tratados.

Paralelamente, otra discusión ocupaba la atención de los tratadistas en torno a la aplicación de los tratados sobre derechos humanos: la exigibilidad de sus disposiciones. Aun considerando, tal como se sostenía unánimemente, que los tratados ingresaban automáticamente al ordenamiento jurídico argentino, un importante sector de la doctrina y una escasa jurisprudencia del máximo tribunal entendía que la exigibilidad ante nuestros tribunales de un derecho reconocido internacionalmente dependía de su tutela por parte de las normas locales y que, por consiguiente, el compro-

²⁶ “Martín & Cía. Ltda. c/ Nación Argentina”, Fallos, 257:199, “La Ley”, 113-458.

miso internacional era programático. Así, en el caso “E. F. E.”²⁷, la Corte entendió que el derecho de los hijos nacidos fuera del matrimonio a tener similar trato legal que los nacidos dentro de éste, tutelado en el art. 17.5 de la CADH, era una pauta programática de acuerdo con lo que supuestamente determinaba el art. 2 de la misma Convención. Esta decisión, si bien podía ser correcta en el especial derecho tutelado –que ha sido incluso considerado como un ejemplo de norma programática por parte de la propia Corte IDH²⁸– equivocaba los argumentos para la decisión, al interpretar el artículo 2 como una pauta de programaticidad.

Después de una serie de vaivenes en estas cuestiones que ya son sólo historia, la Corte decidió en 1992 el repetidamente citado caso “Ekmekdjian c/Sofovich”²⁹. En este caso, en el que se discutía la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta tutelado en el art. 14 de la CADH, la Corte sentó una serie de nuevos principios reguladores de nuestra materia que modificaron sensiblemente el estado de la discusión y establecieron nuevas pautas para la aplicación del DIDH en el ámbito interno.

En primer lugar, se reconoce explícitamente que una interpretación armoniosa de los postulados constitucionales exige otorgarle a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes federales. Con esta afirmación se concluye entonces con bizantinas discusiones en torno a una eventual derogación implícita de un tratado a través de una ley posterior.

En segundo término, se determinó que el derecho alegado era “operativo”, esto es, automáticamente exigible ante los tribunales nacionales, modificando así la jurisprudencia ya citada del caso “E. F. E.” –en lo referido a lo dispuesto en el art. 2 de la CADH–. En este sentido, se consideró que los derechos tutelados internacionalmente, al ser suscriptos por el Estado argentino, podían ser inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local³⁰.

En tercer término, y tal vez más importante aún que las dos cuestiones anteriores, se argumentó que, al momento de decidir una cuestión que involucra la aplicación de un tratado internacional, debía seguirse la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretar el instrumento

²⁷ “E. F. E.”, Fallos, 310:1081, “La Ley”, t. 1987-D-333, p. 142.

²⁸ Cf. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1 y 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 29 de agosto de 1986, Serie A, n° 7.

²⁹ “Ekmekdjian c/Sofovich”, en “La Ley”, t. 1992-C.

³⁰ *Ídem*.

introducción

internacional. Así, para el caso en debate, la Corte se remitió para su resolución a la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹.

Finalmente, en forma expresa se refirió que, en el caso de que estuviera en juego la eventual responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones libremente asumidas al momento de ratificar un tratado, los tribunales no podían ignorar el papel que deben desempeñar como garantes del accionar legítimo del Estado³².

Todas estas cuestiones nos llevan a considerar el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” como algo más que un *leading case*: es un punto de inflexión, que ha merecido innumerables reconocimientos tanto de la doctrina nacional como en la internacional³³. En este sentido, corresponde reconocer que este fallo se inscribe en la dirección correcta en lo referido a la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por parte de los tribunales nacionales e incluso avanza más allá de lo que puede verificarse en otras latitudes.

Sin embargo, también es necesario destacar que la solución del caso produjo en muchos de sus observadores una sensación ambivalente. Los hechos del caso, como se recordará, eran los siguientes: el señor Ekmekdjian, un reconocido profesor de derecho constitucional, se había sentido agraviado, en su calidad de creyente católico, por los dichos de un irreverente invitado, quien en el programa del demandado Sofovich había realizado una serie de referencias deshonrosas sobre la figura de la Virgen María. Los hechos, entonces, no nos enfrentaban solamente con la cuestión ya mencionada de la operatividad del derecho de rectificación o respuesta: también se trataba del alcance que se le daba a ese derecho y de las eventuales consecuencias ulteriores que podría traerle aparejado a un conductor de televisión las opiniones vertidas por uno de sus invitados. El reconocimiento de que la afectación emocional de un creyente por sus convicciones religiosas, en este caso las católicas, habilitaba la exigibilidad de la réplica, dejaba la sensación amarga de que los buenos argumentos habían sido utilizados para fines no tan santos.

³¹ *Ídem*.

³² *Ídem*.

³³ Cf. BUERGENTHAL, Thomas, *La jurisprudencia internacional en el derecho interno*, en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, editado y presentado por Rafael NIETO NAVIA, Corte IDH, San José de Costa Rica, 1994.

2) La reforma de 1994

La reforma constitucional de 1994 introdujo varios cambios en lo referido a la protección de los derechos humanos. No nos interesa aquí detallar todas estas modificaciones, sino que nos limitaremos a las disposiciones referidas a la aplicación en el ámbito interno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Es necesario destacar que la reforma continuó en la línea de los principios jurisprudenciales sentados a partir del precedente “Ekmekdjian”, pero no se limitó a darles reconocimiento constitucional sino que avanzó aún más allá de ellos.

Con cuestionable ingeniería constitucional, el art. 75, al enumerar las atribuciones del Poder Legislativo, dispone en su inciso 22 que corresponde al Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos...; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Como surge explícitamente de este artículo, a partir de la reforma ha quedado establecida una nueva pirámide normativa. En su cima se encuentra la Constitución, a la que se le agregan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se les otorga jerarquía constitucional en el artículo citado y los que pudieran obtenerla por el mecanismo previsto en el último párrafo transcrito³⁴ –lo que conforma el denominado “bloque de constitucionalidad”–; un peldaño por debajo se encuentran los demás tratados internacionales ratificados por la Argentina y, por debajo de ellos, las leyes. Con este nuevo texto, entonces, todos los

³⁴ Con respecto a posibles diferencias entre los instrumentos internacionales a los que el constituyente otorgó jerarquía constitucional y otros que puedan obtenerlo por la vía de la aprobación extraordinaria del Congreso, ver, en este mismo ejemplar, MONCAYO, Guillermo, *Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino*.

introducción

tratados están por encima de las leyes, tal como lo estableció la Corte Suprema en el fallo “Ekmekdjian”, pero algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional.

Con estas modificaciones, nuestra Carta Magna se suma a la tendencia internacional de otorgarle un espacio *ad hoc* a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, se ha distanciado de otras fórmulas comparadas que remiten en general al Derecho internacional de los derechos humanos, optando por una enumeración taxativa de los instrumentos internacionales que alcanzan dicho carácter³⁵.

Es necesario destacar que, tal como se ha enunciado más arriba, la técnica legislativa utilizada para esta reforma no ha sido la mejor. Por el contrario, no sólo es inusual la reforma a la pirámide normativa a través de la determinación de las atribuciones del Congreso, sino que también es posible verificar una serie de oscuridades en el texto legal, que dificultan su interpretación. El apartado IV estará dedicado parcialmente a algunos de estos problemas de interpretación.

3) La remisión constitucional al Derecho de Gentes

El actual artículo 118 de la CN –anteriormente artículo 102– establece que: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, *contra el Derecho de Gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (el destacado es nuestro).

Esta referencia al Derecho de Gentes pasó en general desapercibida para la doctrina y la jurisprudencia vernáculas; sin embargo, en los últimos años está dando lugar a una iluminante jurisprudencia que consagra al *ius gentium* como una fuente normativa adicional de nuestro ordenamiento jurídico. No corresponde detenernos aquí en la consideración de esta cuestión, puesto que es preferible remitirnos al artículo que, en este mismo volumen, escribe Leopoldo SCHIFFRIN, sin duda uno de los pioneros –si no el pionero– de esta interpretación, que analizara brillantemente en su memorable voto en el caso “Schwammberger”. En todo caso, no queríamos obviar en esta introducción el hecho de que la referencia constitucional al Derecho de Gentes sin duda abre una nueva puerta para la aplica-

³⁵ Sobre este tema, ver, en este ejemplar, DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*.

ción del DIDH en el ámbito interno, en la medida en que existiría un sustento constitucional para la supremacía del Derecho de Gentes por sobre la ley nacional.

IV. Algunos nuevos y viejos interrogantes

1) El caso de conflicto entre una norma constitucional y una disposición de un tratado sobre derechos humanos

Aunque sensiblemente modificada por la nueva Constitución, la cuestión de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho local sigue siendo materia de numerosas disputas. No nos ocuparemos con detalle en esta introducción de esta discusión debido a que preferimos remitirnos a los artículos de este mismo volumen que se refieren, con distintas posturas, a este interrogante³⁶. En todo caso, nos limitaremos a mencionar que las posiciones oscilan desde la imposibilidad de una contradicción entre la parte dogmática de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos –ya sea por compartir el mismo punto de partida, como ha sostenido reiteradamente BIDART CAMPOS³⁷, o por un juicio constituyente en este sentido, tal como lo explica en su capítulo Guillermo MONCAYO³⁸–, hasta la supremacía de uno de los dos sistemas, ya sea por la vigencia del art. 27 de la CN³⁹ o por la remisión constitucional al Derecho de Gentes, de la que, como ya fuera explicado, se ocupa SCHIFFRIN⁴⁰.

³⁶ Ver, en este mismo ejemplar, BIDART CAMPOS, Germán, *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*; MONCAYO, Guillermo, *Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino*; VANOSSI, Jorge, *Los tratados internacionales ante la reforma de 1994*; SCHIFFRIN, Leopoldo, *La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino*; ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*; GORDILLO, Agustín, *Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*.

³⁷ Ver, en este mismo ejemplar, BIDART CAMPOS, Germán, *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*.

³⁸ Ver, en este mismo ejemplar, MONCAYO, Guillermo, *Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino*.

³⁹ El art. 27 de la CN dispone que: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁴⁰ Ver, en este mismo ejemplar, SCHIFFRIN, Leopoldo, *La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino*.

introducción

Una cuestión estrechamente vinculada a la supremacía de una u otra fuente se refiere a la interpretación de la infortunada sintaxis constitucional del ya citado art. 75, inc. 22, cuando decide que los tratados enumerados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Esta afirmación constitucional ha dado lugar a numerosos cuestionamientos relacionados con la innecesariedad de su contenido y a una variada interpretación del término “complementarios”.

Acerca de este interrogante, en el propio seno de la Convención Constituyente se dieron dos respuestas a este eventual conflicto: el convencional BARRA sostuvo que era necesario diferenciar entre el articulado de la Constitución referente al reconocimiento de derechos y garantías, esto es, la parte dogmática, para darle prioridad a estos artículos por sobre el texto de los tratados en caso de contradicción; en el caso del restante articulado constitucional, en cambio, debería primar, para este mismo convencional, el DIDH.

Por su parte, el convencional CAFIERO sostuvo que en todos los casos debía prevalecer la regulación más favorable a la persona; sin embargo, como se ha sostenido, esta posición es un comienzo, pero no da respuesta a casos extremadamente conflictivos, en los que no es sencillo determinar cuál es la posición que más favorece a la vigencia de un derecho en particular.

Desde el punto de vista del DIDH, no puede caber duda que la aplicación del principio *pro homine* debe ser el punto de partida –no sólo por la vigencia de este principio en el Derecho internacional sino también por su incorporación al ordenamiento jurídico interno con la constitucionalización de los tratados; volveremos más abajo sobre este punto–. No obstante, no puede desconocerse que, en algunos casos, este principio no resolverá la cuestión. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de la discusión en torno a la libertad de expresión y el derecho de rectificación o respuesta. Es sabido que algunas asociaciones de periodistas sostienen que la vigencia del derecho a la rectificación viola la libertad de expresión. Sobre esta cuestión en particular la Corte Suprema ya expresó su opinión en el citado caso “Ekmekdjian”; sin embargo, ¿podría la Corte modificar su jurisprudencia, interpretar el art. 14 de la CADH como contrario al art. 14 de la CN y entender que el art. 27 exige la supremacía de la parte dogmática de la Constitución Nacional? Entendemos que no y, en este sentido, son clarificadores los argumentos de Moncayo en relación al juicio constituyente. Sin embargo, ¿es correcta la apreciación de este mismo autor de que el juicio legislativo al darle jerarquía constitucional no tiene el mismo valor a este respecto? ¿Por qué el legislador, por vía de una mayoría especial, es asimilable al constituyente para poder otorgar jerarquía constitucional, pero su juicio sobre la compatibilidad de ambos sistemas no es asimilable al del constituyente?

En relación también con la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, pero en este caso de aquellos que, aun siendo parte del derecho argentino, no gozan de la jerarquía constitucional, la situación es, en principio, más sencilla, en tanto estos prevalecerán con respecto a la normativa interna, teniendo que ceder frente a la Constitución. Si bien en los primeros casos que revirtieron la histórica doctrina del caso “Martín” ya citado, dejaron la puerta abierta con respecto a las especulaciones que pudieran hacerse en relación a la declaración de inconstitucionalidad de un tratado y la eventual responsabilidad internacional, en los más recientes fallos “Fibraca”⁴¹ y “Cafés la Virginia”⁴², quedó claramente establecido que los tratados de rango no constitucional deben ser interpretados a la luz del art. 27 CN.

En estos dos casos, la Corte Suprema sostuvo la primacía de los tratados en discusión sobre la normativa interna, argumentando lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En este sentido, la Corte sentenció que “La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma contraria”⁴³. Como surge claramente de la referencia a la necesidad de asegurar los “principios de derecho público constitucionales”, en todo caso que se entienda que las disposiciones de un tratado que no goce de jerarquía constitucional vulneran estos principios, la norma internacional podrá ser tachada de inconstitucional⁴⁴.

2) La incorporación de nuevos principios de interpretación

Como hemos visto en el punto anterior, la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de todo un nuevo *corpus* normativo, presenta una serie de desafíos diversos que hacen a su aplicación por los tribunales. Nos referimos no ya sólo a los casos de conflicto estudiados más arriba, sino también a la forma genérica por la que se le da cabida en el orde-

⁴¹ “Fibraca Constructora, S. C. A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (F-433.XXIII-R.H.) 7/7/1993, “El Derecho”, t. 154, p. 164 y siguientes.

⁴² “Cafés la Virginia, S. A. s/apelación”, 13/10/1994, “El Derecho”, t. 160, p. 252 y siguientes.

⁴³ Caso “Fibraca”, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁴ En el sentido de declarar la inconstitucionalidad de un tratado, ver Fallos 305:2150.

namiento jurídico interno. El desafío de la compatibilización de la totalidad de las normas que hoy forman parte del ordenamiento jurídico argentino, entonces, obliga a agudizar los mecanismos de interpretación, con el fin de asegurar la vigencia armónica de toda la normativa.

Con este objeto se han sostenido una serie de posiciones que, a diferencia de las enunciadas en el punto anterior, no se contraponen sino que se complementan. Algunas de estas posiciones sostienen principios de interpretación basados sobre el derecho constitucional, mientras que otras apuntan a la aplicación de los principios del DIDH. En cualquier caso, como bien expresa BIDART CAMPOS, al estar los derechos humanos en el vértice mismo tanto del Derecho interno como del Derecho internacional, debe imponerse siempre una interpretación a favor de la vigencia de los derechos, que les dé supremacía por sobre cualquier otro valor normativo⁴⁵.

Pasando a analizar el impacto que tiene la incorporación del DIDH en el ámbito interno, corresponde entonces afirmar que la ratificación de los tratados no significa únicamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también significa la incorporación de aquellos principios que, vinculados con la irrestricta vigencia de los derechos humanos, dispone el DIDH. En este sentido, corresponde sin lugar a dudas destacar en primer término la adopción del ordenamiento jurídico argentino del principio *pro homine*, como un criterio fundacional de aplicación de los derechos tutelados. Este principio, tal como lo describe Mónica PINTO⁴⁶, exige estar siempre a la interpretación que más favorece a la vigencia de los derechos. Si bien preferimos remitirnos al artículo mencionado para un estudio meticuloso de algunas de las consecuencias de la aplicación de este principio, corresponde al menos ahora dejar sentado que no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación a cada hecho particular. En la misma línea argumental, también merece destacarse que adquieren jerarquía supralegal los demás criterios de interpretación del Derecho internacional, tales como el de interpretar de buena fe, el *pacta sunt servanda* y aquellos referidos a la finalidad y el objeto de los tratados.

⁴⁵ Ver, en este mismo ejemplar, BIDART CAMPOS, Germán, *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*.

⁴⁶ Ver, en este mismo ejemplar, PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

En relación a los nuevos principios constitucionales de interpretación que se incorporan a partir de la reforma de 1994, merece especial consideración la doctrina sostenida uniformemente por la Corte Suprema a partir del *leading case* “Girolodi”. En este caso, la Corte interpretó: “Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2 ley 23.054)”⁴⁷.

En este caso, la Corte constitucionalizó su jurisprudencia anterior en relación al carácter de guía de las decisiones internacionales que había reconocido ya en el fallo “Ekmekdjian”, e interpretó la expresión “en las condiciones de su vigencia” otorgándole un contenido adicional al que le había dado la doctrina al limitarlo al reconocimiento del efecto de las reservas al momento de la ratificación de un tratado.

Este criterio de interpretación sentado por la Corte, al remitir a las decisiones de los organismos internacionales, tiene un doble efecto: por un lado, ratifica la incorporación de los criterios de interpretación del Derecho internacional al ordenamiento jurídico argentino y, por el otro, ratifica, pero ahora como instrucción constitucional, el carácter de guía que debe dárseles a las decisiones de los organismos internacionales. En todo caso, resta por determinarse cuál es el alcance de esa guía y si, en todo caso, se trataría de decisiones vinculantes para los tribunales locales⁴⁸.

3) De la interpretación progresista a la aplicación bastarda

A pesar de los aciertos de nuestro Supremo Tribunal en el caso “Girolodi”, no todos son aplausos: dos recientes decisiones nos enfrenta con la po-

⁴⁷ “Girolodi, H. s/recurso de casación”, CS, sentencia del 7 de abril de 1995, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1995-III.

⁴⁸ Sobre este tema, ver HITTERS, Juan Carlos, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución*, “El Derecho”, 24/10/1995, ps. 1-3. Ver también, en este mismo ejemplar, ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*.

sibilidad de que los mismos instrumentos internacionales puedan ser utilizados para limitar los derechos de otro modo protegidos en el Derecho interno, en abierta contradicción al principio *pro homine* antes expuesto.

Nos referimos a los casos “Bramajo”⁴⁹ y “Chocobar”⁵⁰, de septiembre y diciembre de 1996 respectivamente. En el primero de estos casos se discutía el alcance de la ley 24.390, que regula la duración máxima de la prisión preventiva (denominada comúnmente “ley del dos por uno”). Al momento de determinar, entonces, si los límites objetivos que la ley dispone para la duración de la prisión preventiva eran aplicables o no al caso pendiente ante el tribunal, la Corte resolvió, alegando para ello una antigua decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el plazo razonable al que alude el art. 7.5⁵¹ del mencionado Pacto exige dejar librada a la discrecionalidad del juzgador la determinación de la legalidad o no de una detención preventiva. De este modo, la Corte Suprema, interpretando a la luz de supuestos principios internacionales, se opone a cualquier aplicación automática de límites objetivos definidos legislativamente.

Dos importantes objeciones merece, desde el punto de vista del DIDH, esta decisión. En primer lugar, tal como ya fuera esbozado, es muy discutible que la interpretación hecha por nuestro máximo tribunal sea la más favorable para la vigencia de los derechos humanos, tal como ordena el principio *pro homine*⁵². Pero, además, el art. 29 de la CADH es muy claro al establecer que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: “... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte...”.

En este sentido, el criterio de la Convención es preciso: no puede limitarse un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno utilizando como argumento la vigencia del tratado. La regla práctica para po-

⁴⁹ CSJN, “Bramajo, Hernán”, 12/9/96, “Jurisprudencia Argentina”, n° 6012, del 20 de noviembre de 1996, p. 45 y siguientes.

⁵⁰ “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, sentencia del 27 de diciembre de 1996, “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 21 de marzo de 1997, ps. 3 y siguientes.

⁵¹ Para una crítica a este fallo desde el análisis del concepto de plazo razonable, ver, en este mismo volumen, ALBANESE, Susana, *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*.

⁵² Ver, en este mismo ejemplar, PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

ner a prueba cualquier decisión que invoque el DIDH es sencilla: si no existiera la norma del DIDH que se quiere aplicar en un caso concreto, ¿el individuo gozaría más o menos de la vigencia del derecho? Si la respuesta nos dice que la utilización de la normativa internacional restringe el derecho, entonces su aplicación es contraria a los principios del DIDH en general, y al artículo 29 de la CADH en particular. Desde este punto de vista, no cabe duda que la sentencia en “Bramajo” es contraria, por la aplicación que hace de ella la Corte Suprema, a la CADH.

Pero además de esta errónea interpretación realizada por la Corte, la sentencia en “Bramajo” cuenta también con una segunda y grave falencia. Nos referimos al hecho de que, al momento de la resolución tomada por la Corte, ya existía una nueva decisión de la Comisión Interamericana, exactamente en el sentido contrario a la de nuestro máximo tribunal. Se trata del Informe de la Comisión en el caso “Giménez”, resuelto por este órgano con fecha 1º de marzo de 1996 y publicado en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995⁵³. En esta decisión, además de modificar parcialmente su dictamen del caso citado por la Corte, la Comisión explícitamente felicita al Gobierno argentino por la sanción de la ley 24.390 y considera un acierto la determinación de límites objetivos determinados legislativamente para su aplicación automática por parte del magistrado que entiende en la causa⁵⁴.

Este segundo equívoco de la Corte nos enfrenta con una nueva complejidad del criterio interpretativo de tribunal expuesto a partir de “Girol-di”. El interrogante, entonces, se refiere a qué deben hacer los tribunales nacionales para estar seguros de que aplicarán la jurisprudencia internacional apropiada a cada caso que deban resolver. Si bien, en el caso que estamos actualmente analizando, es sencillo argumentar que la Corte Suprema está en condiciones y debe conocer, al menos, todas las decisiones de los órganos del sistema interamericano referidos directamente a la Argentina, ¿puede razonablemente sostenerse el mismo principio en relación con un juez del interior del país, quien debería estar informado de una reciente decisión del Comité de Derechos Humanos en relación al alcance de un derecho protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? Si bien lenta pero progresivamente las decisiones de organismos internacionales se van difundiendo más sistemáticamente, es necesario reconocer que el conocimiento que normalmente se tiene de la

⁵³ Informe n° 12/96, Caso 11245, en OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7, rev., 28 de febrero de 1996, ps. 33 y siguientes.

⁵⁴ Cf. *ídem*, p. 57.

jurisprudencia internacional es fragmentado y que, por lo tanto, puede dar lugar a decisiones desactualizadas por parte de los tribunales nacionales. En todo caso, no deben confundirse estas consideraciones generales con alguna forma de indulgencia respecto a la responsabilidad que le cupo en este caso puntual a nuestro máximo tribunal, al desconocer una decisión que no le podía ser ajena.

En el segundo de los casos mencionados, “Chocobar”, se debatían cuestiones atinentes a la vigencia de derechos previsionales. En este contexto, en su considerando 11, la Corte entendió: “Que, por lo demás, a los fines de una correcta interpretación de la Ley Suprema, no debe olvidarse que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales. En lo que aquí respecta, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que ‘toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...’, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado’ (art. 22). En análogo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que ‘los Estados parte se comprometen a adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación... en la medida de los recursos disponibles’ (art. 26). Tales referencias –que vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado– resultan idóneas para interpretar el alcance de la movilidad aludida en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de las disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás. De allí se desprende que la atención a los recursos ‘disponibles’ del sistema pueda constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción”⁵⁵.

Sin entrar a considerar en este apartado la compleja cuestión de la interpretación de las obligaciones internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales –para lo que preferimos remitir al meticuloso y provocador estudio que, en este mismo volumen, presenta el artículo de ABRAMOVICH y COURTIS⁵⁶–, es posible cuestionar la decisión del tribunal por

⁵⁵ “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, citado.

⁵⁶ Ver, en este mismo ejemplar, ABRAMOVICH, VÍCTOR, y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*.

su contradicción con el art. 29 de la CADH y similares. En este sentido, coincidimos con CARNOTA cuando se interroga “si resulta posible, desde el Derecho internacional de los derechos humanos, subordinar los derechos sociales a la existencia de las respectivas partidas presupuestarias. Un primer vistazo del problema parecería indicar que no sería desacertado que estos documentos contuviesen, si quiera mínimamente, algún ingrediente de disciplina fiscal. Empero, esa consideración parece ineludible para la consagración de derechos en clave de futuro, *no de aquellos que ya estaban presentes en el derecho interno*”⁵⁷ (el destacado en el original).

Desde este punto de vista, una vez más, la decisión de la Corte no pasa la prueba de la supuesta inexistencia de la disposición internacional: si la disposición internacional no hubiera existido, habría un argumento menos para la restricción del derecho y, por lo tanto, la aplicación de la normativa internacional en este caso es contraria a los principios del DIDH.

4) La operatividad y la programaticidad de los derechos tutelados internacionalmente

La cuestión debatida en la sentencia en “Chocobar”, esto es, los derechos a la seguridad social, nos llevan directamente a otra materia sumamente debatida en relación con la aplicación interna del DIDH. Nos referimos al ya enunciado problema de la operatividad y la programaticidad de las disposiciones de los tratados.

A partir del momento en que el DIDH forma parte del Derecho local, esto es, en el Derecho constitucional argentino, con la ratificación del tratado, los individuos sujetos a la jurisdicción nacional gozan automáticamente de los derechos internacionalmente tutelados. No obstante, es sabido que la tutela internacional no es igual en todos los casos y que, tal como lo ha reconocido la propia Corte IDH, la exigibilidad o no de un derecho habrá de determinarse de acuerdo con la formulación del derecho que se haga en el texto internacional⁵⁸.

Para el caso de los derechos civiles y políticos, en general, y, en particular, para los derechos reconocidos en la CADH, la disputa parece haber quedado saldada a partir de la presunción de operatividad –dándole al art. 2 de la CADH el carácter de obligación adicional de legislar cuando fuere

⁵⁷ CARNOTA, Walter F., “Chocobar”: Una muy opinable doctrina en relación con los documentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, en “Contextos”, Revista Crítica de Derecho Sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, n° 1, ps. 363 y siguientes.

⁵⁸ Opinión consultiva OC-7/86, cit., # 19 y siguientes.

necesario y no un carácter de norma programática— que les ha reconocido a los derechos allí reconocidos la Corte IDH en la ya citada Opinión Consultiva 7, y que fuera por su parte adoptada por nuestra Corte Suprema explícitamente en el caso “Ekmekdjian”.

La solución, en cambio, no parece tan sencilla en el supuesto de los derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de las obligaciones generales que, en esta materia específica, asumió la Argentina al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que resultan inmediatamente exigibles, se ha sostenido que la presunción de operatividad no se aplica en el supuesto de estos derechos, de modo tal que su ejercicio no podrá ser en todos los casos exigido automáticamente.

Si, como bien argumentan ABRAMOVICH y COURTIS, debe entenderse, al igual que para los derechos civiles y políticos, que son los órganos internacionales de verificación del cumplimiento de las obligaciones internacionales aquellos que determinarán la interpretación de las obligaciones asumidas, debemos entonces concluir que también deben servir de guía los estándares determinados por el Comité de aplicación de dicho Pacto.

En este sentido, las reglas enunciadas en la Observación General n° 3 de este Comité en relación a la obligación de adoptar medidas y el principio de no regresividad, analizadas en detalle en la citada contribución, deberían ser pautas fundacionales para la protección de estos derechos por parte de las autoridades locales. En cualquier caso, y como también destacan los mismos autores, lo que sí surge como una obligación ineludible a partir de la ratificación de estos instrumentos internacionales es la necesidad de ofrecer recursos judiciales, esto es, la de asegurar la tutela judicial de estos derechos.

No obstante, ni siquiera la mera extensión a los derechos sociales de los principios reconocidos por nuestro máximo tribunal en otras materias parece que vaya a ser fácilmente aceptada por nuestros tribunales a la luz de lo decidido en “Chocobar”.

5) La ejecución en el ámbito interno de las decisiones de organismos internacionales

Tal vez, una de las cuestiones en torno a la aplicación del DIDH en el ámbito interno que requiere de un tratamiento urgente, tanto por parte de la doctrina como la jurisprudencia, es el de la ejecución de las decisiones de organismos internacionales. Se trata de la necesidad de explorar cuáles son las posibilidades, tanto de acuerdo a la legislación vigente como en relación a eventuales modificaciones legislativas, de aplicar jurisdiccionalmente las decisiones resolutivas de los órganos encargados de la protección internacional de los derechos humanos.

Esta materia puede ser analizada desde distintas variantes. Puede estudiarse desde los mecanismos previstos en el Derecho internacional o des-

de los mecanismos previstos por el Derecho interno; o bien de acuerdo a las características del órgano internacional que toma la decisión (si se trata de un órgano político, uno cuasi-jurisdiccional o un tribunal internacional); o bien considerando si la decisión se refiere a un caso individual o a una situación general. Para paliar en alguna medida este vacío, este volumen cuenta con un artículo referido, en particular, a la ejecución de las decisiones de tribunales internacionales, a cargo de Oscar FAPPIANO, quien, durante su mandato como miembro de la Comisión Interamericana, redactó un proyecto de ley sobre la materia que acompaña su trabajo.

La pregunta, en todo caso, es sencilla: ¿puede un individuo, cuya situación ha dado lugar a una resolución de un organismo internacional que encuentra al Estado argentino responsable por la violación de sus derechos humanos, presentarse ante un tribunal nacional exigiendo el cumplimiento de lo decidido por el órgano internacional?

La respuesta puede ser distinta si consideramos las variables enunciadas más arriba. El primer elemento a considerar es si debemos hacer alguna diferenciación entre los tribunales internacionales y los demás órganos internacionales. En este sentido, entendemos que, si bien desde el punto de vista del Derecho internacional existen diferencias sensibles entre el carácter de unos y otros de estos órganos, la misma diferenciación no puede realizarse automáticamente en el Derecho interno.

Si desde el punto de vista del Derecho constitucional argentino el Estado se ha obligado para con sus súbditos a respetar los derechos humanos tal como ellos han sido reconocidos en los distintos instrumentos del DIDH, debe concluirse entonces necesariamente que, cada vez que un órgano internacional cuya competencia para controlar la vigencia de un tratado ha sido ratificada por el Estado argentino decide que el Gobierno ha violado o está violando los derechos humanos de una o más personas, esa decisión es obligatoria para los tribunales nacionales, en la medida en que ellos deben hacer efectivas las obligaciones del Estado de acuerdo a la interpretación de los órganos autorizados para ello. El razonamiento es simple: si los jueces argentinos están obligados a aplicar, por ejemplo, el art. 8 de la CADH, y en una resolución la Corte ha entendido que se ha violado este derecho, entonces los tribunales argentinos deberán intervenir dando cumplimiento a la resolución del tribunal internacional, en la medida en que, si no lo hicieran, estarían desconociendo el art. 8 de la CADH y, consecuentemente, violando la Constitución Nacional.

En este sentido, no existen razones de Derecho interno para diferenciar entre las decisiones de un órgano como el Comité de Derechos Humanos del PIDCP y la Corte IDH. Si puede, en cambio, reconocerse alguna diferencia en el caso de la Comisión IDH. Por tratarse en este último caso de un órgano cuya decisión puede ser revisada por la Corte IDH, si el Estado argentino decidiera remitir el caso a este tribunal, entonces la de-

introducción

cisión de la Comisión no podría ejecutarse hasta que la Corte se haya expresado sobre el particular. En todos los otros casos en que se tratase de interpretaciones realizadas por los órganos encargados de dicha función que no puedan ser revisadas por otra instancia internacional, la decisión debería poder ejecutarse a través de los tribunales locales.

La cuestión parece más simple, al menos teóricamente, en lo que se refiere a la diferencia entre casos individuales e informes generales. El principio sería que en cualquier caso en que un derecho del individuo haya sido violado por la acción u omisión del Estado y éste pudiera demostrar un interés legítimo en el cumplimiento de la decisión internacional, entonces cualquier afectado podría presentarse ante los tribunales nacionales, sin que debamos distinguir entonces entre casos individuales e informes generales. Este sería el caso, por ejemplo, del derecho que asiste a cada víctima de la dictadura a presentarse ante los tribunales exigiendo el cumplimiento de la recomendación del Comité de Derechos Humanos que, al considerar el informe por el art. 40 de la Argentina en marzo de 1995, recomendó la remoción de las Fuerzas Armadas de todos los agentes seriamente acusados de violar los derechos humanos durante la dictadura militar 1976–1983⁵⁹. En todo caso, para estos supuestos alguna dificultad residiría en la determinación casuística del carácter de afectado con interés legítimo.

Hasta el presente, la aplicación de las decisiones de los organismos internacionales en la Argentina ha estado dominada por la decisión política. En este sentido, si bien corresponde reconocer los méritos del Estado por haber cumplido, en general, con las recomendaciones o decisiones internacionales, entendemos que sería más adecuado establecer mecanismos de jurisdiccionalización para la aplicación de estas decisiones, de modo tal que, para el futuro, la cuestión no quede exclusivamente en las manos del Ejecutivo. Desde este punto de vista resulta urgente, de acuerdo a nuestra opinión, una modificación legislativa que amplíe el proceso de revisión previsto en materia penal, incorporando a sus supuestos el de una decisión de organismo internacional al Estado argentino responsable por la violación de los derechos humanos de la persona condenada. Al día de hoy, de existir una decisión de esta naturaleza que el Poder Ejecutivo no estuviera dispuesto a cumplir, sólo quedaría el remedio del *habeas corpus*, cuyo éxito parece difícil considerando la tradicional interpretación restrictiva que nuestros tribunales han hecho de esta acción.

⁵⁹ Cf. CCPR/C/79/Add.46, durante su reunión 1411 (53ª sesión) realizada el 5 de abril de 1995.

V. La estructura de este libro

Este volumen ha sido pensado y diseñado con el objeto de dar algunas respuestas a estos y otros interrogantes. Si bien se trata de una compilación de artículos, ellos han sido solicitados teniendo en cuenta una organización general de la materia, de la que esperamos poder dar al menos un panorama. Así, los artículos presentados deberían complementarse, ya sea tratando cuestiones que se relacionan o presentando distintas visiones de un mismo tema. Esperamos haber tenido al menos un éxito parcial en la consecución de los objetivos que originariamente nos planteamos.

El contenido se ha distribuido en tres partes, además de esta introducción y el estudio comparado a cargo de DULITZKY que la acompaña. En la primera de ellas, hemos tratado de ofrecer un panorama de las distintas cuestiones y puntos de vista existentes acerca de la relación entre el DIDH y el Derecho constitucional argentino. Para ello, contamos con los valiosos aportes de reconocidos juristas sobre la materia, que se complementan siempre y a veces se enfrentan. Las colaboraciones de BIDART CAMPOS, MONCAYO, VANOSSI, SCHIFFRIN y TRAVIESO se inscriben en esta línea; esta primera parte se completa con el ya mencionado artículo de FAPPIANO sobre la ejecución de las sentencias internacionales.

La Parte II está destinada a los principios, deberes y prácticas del DIDH que ingresan al ordenamiento jurídico argentino con la jerarquización constitucional de los tratados. La idea que justifica este apartado ya fue explicada más arriba: la ratificación de un tratado no sólo incorpora al Derecho local los nuevos derechos tutelados, sino que significa también la adopción de una serie de principios y obligaciones de medio y resultado que no pueden ser soslayadas.

En relación con los principios, nos hemos concentrado excluyentemente en el *pro homine*, por entender que se trata de la piedra angular sobre la que reposa el DIDH. El artículo de Mónica PINTO, entonces, explica el alcance y las consecuencias prácticas de su aplicación a la regulación jurídica de los derechos humanos. En el mismo capítulo, el artículo de Lilianna VALIÑA se refiere a un criterio que ha sido sistemáticamente utilizado por el sistema europeo de protección de los derechos humanos: el margen de apreciación de los Estados. Si bien no se trata técnicamente de un principio sino de una doctrina, entendimos que ella se refiere a los límites del control internacional y, en consecuencia, a los principios que deben seguir los Estados parte del sistema europeo al momento de aplicar dentro de sus jurisdicciones el mandato de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Si bien esta teoría no ha sido receptada por el sistema interamericano y, al igual que VALIÑA, deseamos que ello nunca ocurra, creemos que algunos de los principios establecidos por esta doctrina han sido recogidos

introducción

por la Comisión IDH en su reciente Informe en el caso “Marzióni”⁶⁰. Al aplicar la denominada “fórmula de la cuarta instancia”⁶¹, la Comisión está determinando qué decisiones de los tribunales locales no pueden ser revisadas internacionalmente.

En el capítulo referido a las obligaciones, en primer término analizamos la obligación de tutelar judicialmente los derechos. Para ello, hemos solicitado una serie de estudios complementarios que se inician con el trabajo de Agustín GORDILLO acerca de los mecanismos de tutela de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la CN y se completa con el análisis de Daniel SABSAY sobre la novel institución del amparo colectivo. Finalmente, Susana ALBANESE realiza un pormenorizado análisis de qué significa el plazo razonable para la terminación de un proceso estipulado en los instrumentos internacionales, como un elemento indispensable para la realización de la tutela judicial. Por su parte, ABRAMOVICH y COURTIS extienden la obligación de protección judicial a los derechos económicos, sociales y culturales.

Alejandro KAWABATTA analiza a continuación la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos. En su completo análisis sobre la materia, presenta el fundamento de la obligación y determina su alcance a partir de los estudios de los expertos que han trabajado en el tema, para concluir finalmente con una presentación de las medidas reparatorias que, hasta el presente, el Estado argentino ha dispuesto en relación con las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar.

Esta sección se cierra con una breve presentación de las posibilidades que abre la institución del *amicus curiae*, como práctica establecida en el DIDH y que pudiera tener ventajosos aportes para su aplicación por los tribunales locales. No debe ignorarse, por ejemplo, que esta institución puede significar una valiosa herramienta para reducir los riesgos de la falta de información a la que hicimos referencia más arriba respecto del estado actual de la jurisprudencia internacional.

La tercera parte está dedicada al tratamiento de algunos derechos en particular. El objeto de esta sección es doble: por un lado, informar sobre los estándares internacionales sobre algunas materias específicas y, por el otro, que estos ejemplos sirvan de guía para una aplicación práctica de los principios explicados en las dos primeras partes.

⁶⁰ Informe n° 39/96, Caso 11.673, en OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997, p. 79 y siguientes.

⁶¹ Sobre este tema, ver ALBANESE, Susana, *La fórmula de la cuarta instancia*, en “Jurisprudencia Argentina”, 11/6/97, n° 6041, ps. 1 y siguientes.

El tratamiento particularizado se inicia con las modificaciones que MAIER describe en el derecho del condenado a recurrir la sentencia a partir de la ratificación de la CADH y el PIDCP, como un ejemplo paradigmático de las reformas legislativas que puede significar la incorporación del DIDH al ámbito interno. Por su parte, BOVINO explica los lineamientos sobre encarcelamiento preventivo que están receptados en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Seguidamente, FELGUERAS y BERTONI analizan el alcance del derecho a la libertad de expresión e información; el primero dedicándose a presentar el alcance de este derecho desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, y el segundo tratando de sentar algunos principios desde los derechos humanos sobre las eventuales responsabilidades ulteriores por la libre expresión. Juan MÉNDEZ inicia el tratamiento del denominado derecho a la verdad, uno de esos derechos implícitos que son a la vez un elemento fundamental para la consecución del objeto y fin del DIDH. Seguidamente, OLIVEIRA y GUEMBE exploran los orígenes de este derecho y su reciente recepción jurisprudencial. En el capítulo siguiente, SABA intenta ir más allá de las concepciones tradicionales del derecho a la igualdad, planteando la necesidad de incluir la integración como una finalidad central de este derecho; por su parte, RODRÍGUEZ, en la que representa tal vez la posición más crítica respecto al DIDH de las expuestas en este volumen, plantea la necesidad de reformular el sistema de protección de los derechos de las mujeres. BELOFF, por su parte, se dedica a analizar la Convención sobre los Derechos del Niño y la falta de adecuación interna a los estándares internacionales. Finalmente, el círculo se cierra con el estudio que realiza Alberto ZUPPI de la reciente Convención contra la Corrupción, reflexión que abre la puerta sobre la redacción de futuras convenciones y demuestra que la protección de los derechos humanos requiere a veces de nuevas fórmulas para abordar viejos problemas, como es, en este caso, la impunidad. De cualquier forma, como el mismo ZUPPI plantea, queda todavía por determinar si la multiplicación de los instrumentos internacionales es una estrategia útil en este sentido.

VI. Consideraciones finales

Es indudable que el DIDH tiene actualmente un gran impacto en el ordenamiento jurídico argentino. La reforma constitucional de 1994 y las decisiones judiciales citadas, en uno y otro sentido, son una muestra de la relevancia de esta rama del Derecho para nuestros tribunales. El reconocimiento de este impacto, no debe llevar, en cualquier caso, a obviar las críticas de BELOFF⁶² en relación a la escasa adaptación de la legislación lo-

⁶² Ver, en este mismo ejemplar, BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno*.

cal a los estándares internacionales, ni el cambio radical que reclama RODRÍGUEZ⁶³ para que el DIDH sea una herramienta útil para asegurar los derechos de las mujeres. Por el contrario, sólo asumir estos desafíos podrá garantizarnos avanzar en la dirección correcta, de modo tal de revertir la situación actual de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos que son cotidianamente soslayadas por los tribunales.

Una explicación para la trascendencia del DIDH en el ámbito local puede estar vinculada a la tradicional –y en algún momento histórico perversa– importancia que la Argentina le ha dado a su imagen internacional. Esta preocupación ha llevado al Estado argentino a ser especialmente proclive a conformarse a los estándares internacionales –incluyendo en este punto el alto acatamiento a las decisiones de los órganos internacionales–.

Por otro lado, un efecto no buscado de la enumeración taxativa de instrumentos internacionales que realiza el art. 75, inc. 22, fue que las ediciones de la Constitución Nacional a partir del 94 se componen del texto de dichos instrumentos, generalizando así un conocimiento que antes sólo tenían algunos. La remisión genérica al DIDH, por el contrario, si bien hubiera sido técnicamente más adecuada, hubiera sido sin duda menos pedagógica. En este sentido, puede decirse que causas y azares se acumulan favoreciendo el auge de la aplicación judicial de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En todo caso, es obvio que nos encontramos en el caso del derecho argentino frente a la complementariedad alegada en el comienzo de este introducción; en esa intersección por la que, al decir de BIDART CAMPOS, es en el ámbito del Derecho interno donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el Derecho internacional el que traza, imperativamente, los parámetros dentro de los cuales el Derecho interno tiene que resolver la vigencia de los derechos tutelados.

No obstante, la aplicación del DIDH, tal como se ha demostrado, ha dado lugar, también, a decisiones por lo menos discutibles, de forma tal que no puede asegurarse que la incorporación del DIDH por un Poder Judicial de cuyo compromiso democrático se dude pueda llegar a ser *per se* una herramienta de mejora.

En todo caso, si, como se ha sostenido, a partir del momento en que los derechos migran hacia otras latitudes van adquiriendo algunas de las formas del lugar al que arriban⁶⁴, habrá que estar bien atento para que esta dimensión nacional del DIDH no asuma algunas de las formas vernáculas del autoritarismo.

⁶³ Ver, en este mismo ejemplar, RODRÍGUEZ, Marcela, *Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*.

⁶⁴ Cf. ALSTON, Philip, y STEINER Henry J., *International Human Rights in Context*, citado.

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado

Ariel E. Dulitzky

I. Introducción

La Argentina, desde sus orígenes constitucionales, ha mostrado una cierta apertura a los tratados internacionales. Hace más de 140 años Juan Bautista ALBERDI, el ideólogo de la Constitución argentina sustancialmente vigente hoy en día¹, creía que: “Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si ésta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra”.

Claro que esta actitud no necesariamente se reflejó en la práctica jurisprudencial y lamentablemente mucho menos en la vigencia real de los derechos humanos. Mucha agua, y también mucha sangre, ha corrido desde que ALBERDI señalara la importancia de los tratados internacionales. Sin embargo, en la Argentina de 1997 es posible intentar algunas reflexiones en torno a los tratados de derechos humanos.

El objetivo de nuestro trabajo es situar en el contexto latinoamericano, o interamericano si se prefiere, dos aspectos esenciales de la incidencia de los tratados internacionales de derechos humanos en Argentina. Por un lado, el proceso que se vive en el constitucionalismo latinoamericano en el que se inscribe la Constitución argentina, de recepcionar expresamente a la normativa internacional de derechos humanos. Por el otro, llamar la atención sobre las comunicaciones que existen entre los ór-

¹ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1991, p. 255.

ganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y algunos tribunales latinoamericanos, entre ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El marco de referencia para nuestro trabajo será la premisa de que en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, se ha mostrado una evolución más vigorosa de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional, permitiendo a un sector de la doctrina hablar del Derecho Constitucional Internacional, entendiéndolo como aquella rama del derecho que verifica la fusión e interacción entre ambas esferas jurídicas².

En materia de derechos humanos, ya superada la clásica distinción entre derecho internacional y derecho interno, ambos interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales. Los derechos humanos, hoy en día, son una materia común al derecho internacional y al derecho interno. En el ámbito nacional, el derecho constitucional, por su propia naturaleza, es quien se ocupa primordialmente de los derechos humanos. En especial, aunque no exclusivamente, las Constituciones contienen un catálogo de derechos, de garantías y mecanismos de control y protección. A este hecho, debe agregarse la circunstancia de que son las Constituciones quienes regulan la jerarquía que los tratados de derechos humanos ocuparán en el orden interno³.

Las Constituciones contemporáneas reflejan esta realidad tomando como fuente de inspiración a las normas internacionales⁴, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos, o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente reconocidos.

Paralelamente a este proceso, es posible observar que los órganos de fiscalización internacional de los derechos humanos han entrado en un proceso de comunicación con los tribunales nacionales. Las alternativas de este diálogo son múltiples y con diferentes grados de interacción pero

² PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, Río de Janeiro, 1996, p. 45.

³ AYALA CORAO, Carlos M., *El Derecho de los Derechos Humanos (La Convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)*, "El Derecho", ps. 160-760.

⁴ En múltiples Constituciones pueden encontrarse artículos que son prácticamente copia textual de normas de derecho internacional. Por ejemplo el artículo 68 de la Constitución de Honduras relativo a la integridad personal es una réplica exacta del artículo 5, incisos 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

con el denominador común de que tampoco en este aspecto hay dos compartimentos estancos. Ambos, órganos internacionales y tribunales nacionales, se observan e influyen recíprocamente.

El objetivo principal del trabajo será exponer cómo, en materia de derechos humanos, las nuevas Constituciones de América Latina no siguen necesariamente los mismos principios que adoptan en el resto de los ámbitos abarcados por el derecho internacional, con la intención de contextualizar las reformas constitucionales en la Argentina. A la par, analizaremos las comunicaciones entre los órganos del sistema interamericano y los tribunales, deteniéndonos en tres tribunales específicos (de Argentina, Costa Rica y Colombia) como ejemplos del diálogo y contexto que mencionábamos.

II. Las particularidades de los tratados referentes a los derechos humanos

Los tratados de derechos humanos poseen particularidades que los distinguen de los tradicionales, por lo que resulta útil destacar algunas de tales especificidades. En los tratados tradicionales, sean multilaterales o bilaterales, los Estados partes persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, especialmente en aquellos conocidos en la doctrina como tratados-contratos⁵. En este sentido, los Estados, al redactar un tratado, buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, teniendo en cuenta este necesario equilibrio entre las partes de un tratado, permite que el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de ellas sirva de base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos (art. 60). El derecho de los tratados también recepta la cláusula *rebus sic stantibus*⁶ y, dentro de determinadas condiciones, permite que un cambio fundamental de circunstancias sobrevenido después de la celebración de un tratado, constituya causa legítima para que la parte afec-

⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, p. 108.

⁶ Esta cláusula refleja todavía lo que se ha denominado la preservación de cierto *flavor* del derecho romano, en el campo del derecho de los tratados, adquirido durante el período de dominio académico de los teóricos de Europa continental. Ver STEINER, Henry, y ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context*, Clarendon Press Oxford, 1996, p. 31.

tada lo dé por terminado o se retire de él⁷. Estos ejemplos demuestran que el equilibrio entre los intereses de las partes representa una característica típica de los tratados en general.

La situación es totalmente diferente en las convenciones relativas a los derechos humanos. No puede considerarse que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos sea equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados⁸. Los tratados de derechos humanos, por el contrario, persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario a los Estados, sino los individuos⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“... los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”¹⁰.

Diversos organismos internacionales han hecho referencia a tal circunstancia. La Corte Internacional de Justicia fue la primera en subrayar las peculiaridades de estas convenciones cuando, respecto de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, señaló:

“En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas

⁷ Artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Véase Corte Internacional de Justicia, asunto de la jurisdicción de pesca (resolución sobre jurisdicción de la Corte), ICJ, Reports, 1973, ps. 18-19.

⁸ CASSESE, por tal motivo, ha criticado a las Constituciones que contienen previsiones sobre la reciprocidad en materia de tratados sin hacer las especificaciones correspondientes, entre ellas las relativas a los tratados de derechos humanos. CASSESE, Antonio, *Modern Constitutions and International Law*, 195 Recueil des Cours 331, 1985, p. 406.

⁹ NIKKEN, *La protección*, op. cit., p. 90. Véanse los diversos votos disidentes o razonados del Juez CANÇADO TRINDADE en los que llega a múltiples y protectoras conclusiones en virtud del carácter objetivo de las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos: caso “Caballero Delgado y Santana”, Reparaciones, Sentencia de 29 de enero de 1997, voto disidente del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 13 y ss.; caso “Blake”, Excepciones Preliminares, sentencia de 2 de julio de 1996, voto razonado del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 14 y ss.; caso “El Amparo”, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de abril de 1997, voto disidente del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 17 y siguientes.

¹⁰ Corte Interamericana de Derchos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/81, “Otros tratados”, Serie A, n° 1, párr. 24.

individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones”¹¹.

La Corte Europea de Derechos Humanos varias veces ha señalado que el objetivo del Convenio Europeo es el establecimiento de un orden público para la protección de los seres humanos. En el caso “Soering” destacó que:

“al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta su carácter específico de tratado que instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales”¹².

En nuestro continente, la Corte Interamericana ha enfatizado que dichos instrumentos:

“no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”¹³.

Estas peculiaridades determinan, entre otras cuestiones, que en materia de tratados de derechos humanos, sea inadecuado aplicar la *exceptio non adimplenti contractus*. Por eso, la terminación o suspensión de un tratado por una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra –uno de los efectos típicos de la reciprocidad– no es aplicable a estos tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, excluye específicamente en este punto “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda for-

¹¹ Reservas a la Convención sobre el Genocidio, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil 1951, p. 23.

¹² Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Soering”, 7 de julio de 1989, párrafo 87.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de setiembre de 1982, párr. 47.

ma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados” (art. 60.5).

Tampoco todo el sistema de reservas puede aplicarse directamente a los tratados de derechos humanos tal como se aplica en el tradicional derecho de los tratados. Específicamente no puede sostenerse que una norma determinada a la que algún Estado le formuló una reserva al momento de ratificar la respectiva Convención no sea obligatoria para el resto de los Estados en virtud de dicha reserva¹⁴.

Como un ejemplo adicional de la inaplicabilidad del principio de reciprocidad, muchos de los tratados de derechos humanos, ante su incumplimiento por un Estado —es decir por violación de alguno de los derechos reconocidos—, en lugar de permitir la terminación o suspensión del mismo, prevén que los demás Estados presenten denuncias ante los órganos de protección, alegando la violación del tratado¹⁵.

En síntesis, en este tipo de tratados se atenúa, sin que esto implique que desaparezca, la dimensión contractualista de los tratados. Todo ello en la medida en que el marco convencional de los derechos humanos¹⁶ no persigue la reciprocidad entre derechos y deberes de los Estados, sino que busca crear “obligaciones colectivas que disfrutan... de una garantía colectiva”¹⁷.

La naturaleza particular de este tipo de convenios, justifica el tratamiento especial que diversas Constituciones latinoamericanas le dispensan a los derechos internacionalmente protegidos por tratados. Es obvio que no será lo mismo el efecto interno e internacional que produzca la ratificación de un tratado internacional general que la de un tratado de protección de derechos humanos. Esta es una de las justificaciones a las que los constituyentes se preocupan por darle un especial tratamiento a las convenciones internacionales de derechos humanos¹⁸.

¹⁴ BUERGENTHAL, Thomas, *The Advisory Practice of The Inter-American Human Rights Court*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, IIDH, San José, 1985, ps. 41-44.

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 45, que requiere una declaración especial de los Estados), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 11 y ss.), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 41 y ss.), etcétera.

¹⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, ps. 66/67.

¹⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, caso Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña, Sentencia de 18 de enero de 1979, párr. 239.

¹⁸ Para la justificación del tratamiento diferenciado en las Constituciones basado sobre las características peculiares de los tratados, ver para Chile, MEDINA, Cecilia, *Consti-*

La jerarquía normativa que se asigna a una norma, en este caso los tratados de derechos humanos, es siempre el fruto de opciones políticas que elevan una materia en vez de otra. No son otra cosa que decisiones políticas que traducen en valores acuerdos entre distintos intereses¹⁹.

No hay nada en la naturaleza de un tratado, una Constitución, una ley, un reglamento, o una disposición, que la haga superior o inferior a las demás. Lo único diferencial es que los constituyentes optan por otorgar determinada ubicación supraordenada a algunas y colocar a las demás en una escala descendente.

Esto representa una valoración especial de determinadas materias –entre ellas los derechos humanos– que conduce a quienes elaboran las Constituciones a colocarla entre los peldaños superiores del ordenamiento jurídico, a fin de reafirmar su valor trascendente.

III. El constitucionalismo latinoamericano frente al derecho internacional de los derechos humanos: una apertura al diálogo

Desde la segunda mitad de la década del 70, diversas Constituciones latinoamericanas reflejaron la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Esta situación, sin embargo, no es particular del constitucionalismo latinoamericano, pues existen diversas Constituciones, en especial de Asia y África y más recientemente de Europa del Este, que también hacen expresa mención a normas del derecho internacional de los derechos humanos, generalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰.

tución, Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1992, p. 49; para Brasil, ver PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, Rio de Janeiro, 1996, ps. 94 y 98; para Guatemala y España, HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1991, t. I, p. 185.

¹⁹ PREDIERI, Alberto, *El sistema de fuentes del Derecho*, en *La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático*, dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 192.

²⁰ Por ejemplo, la Constitución de la República Popular Democrática de Yemen de 1970, art. 13 párrafo 1; Constitución de Somalia de 1979, art. 19. Ver CASSESE, Antonio, *Modern Constitutions*, *op. cit.* En el mismo sentido, la Constitución de Malawi (art. 2.1.iii) hace referencia a la obligación del Gobierno de asegurar los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con base en esta disposición, el Tribunal Supremo de Malawi declaró inconstitucional una norma que impedía al abogado reunirse de manera privada con su cliente detenido. Caso “Mhone vs. Attorney General”, citado en *Commonwealth Human Rights Law Digest*, “Interights”, t. 1996-1, p. 106.

América Latina no ha permanecido ajena a la tendencia de otorgar un tratamiento diferenciado o especial a los tratados de derechos humanos²¹. Por el contrario, sus más recientes Constituciones se hacen eco de este nuevo enfoque al clásico dilema de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden jurídico interno²².

Las técnicas que los constituyentes latinoamericanos han utilizado para incluir estos tratados, son muy diversas, pero todas reflejan una identidad y objetivo común. Los derechos humanos, como materia que recibe la atención de la comunidad internacional, preocupan también a los redactores de los textos constitucionales, que entienden que deben darles un tratamiento especial.

Debido a esta diversidad de técnicas, hemos agrupado las referencias constitucionales explícitas a las normas internacionales relativas a derechos humanos en algunas categorías. Como cualquier clasificación, tiene un carácter convencional y hasta, en cierta medida, arbitrario. El único objetivo que persigue el agrupamiento es clarificar y procurar sistematizar el modelo constitucional latinoamericano, si se nos otorga la licencia de hablar de la existencia de tal modelo. Esto, en modo alguno, significa compartimentar de tal manera las Constituciones, que impida ver la identidad común entre ellas, o que distribuir sus preceptos entre los distintos puntos de la clasificación haga olvidar que cada una es un texto único que debe ser analizado integralmente²³.

²¹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, p. 72.

²² Ver DULITZKY, Ariel, *Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo latinoamericano*, en *Estudios especializados de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1996, ps. 129 y ss.; PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos, op. cit.*, ps. 101/103.

²³ Diversos tribunales siguen la pauta de una interpretación orgánica de las Constituciones de sus respectivos países, es decir como un todo, donde cada una de las disposiciones del texto es interpretada en conexión con las demás. Un ejemplo de ello, es la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que: "La Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás" (Fallos 167:121). SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, t. II, y CONRAD, Hess, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. En un sistema legal totalmente diferente, la Corte Suprema de Sud-África ha señalado que "considerar esta o cualquier otra sección aisladamente es contraria a las reglas de interpretación para otorgar efecto al espíritu y propósito de la Constitución", caso "Martinkinca vs. Council of State", del 13 de enero de 1994 (traducción del autor).

La clasificación propuesta de las cláusulas constitucionales latinoamericanas con menciones expresas relativas a los derechos humanos internacionalmente protegidos es la siguiente:

- I. Cláusulas interpretativas.
- II. Cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados.
- III. Cláusulas reguladoras de procedimientos especiales.
- IV. Cláusulas declarativas.
 - a) Preámbulos.
 - b) Pautas relativas a la política exterior del Estado.
 - c) Pautas de actuación para órganos estatales.
 - d) Relativas a procesos de integración.
- V. Cláusulas jerárquicas.
 - a) Constitucional.
 - 1. Tratados y declaraciones.
 - 2. Derechos consagrados en tratados.
 - 3. Protección constitucional.
 - 4. Derechos en particular.
 - b) Sobre el derecho interno.

I. Cláusulas interpretativas

La primera clasificación incluye aquellas Constituciones que han optado por otorgarle a los operadores jurídicos pautas concretas acerca de cómo deben interpretarse las normas relativas a los derechos humanos²⁴ y en ellas han incluido referencias expresas al derecho internacional²⁵.

²⁴ BIDART CAMPOS ha sostenido que las Constituciones que no poseen tales pautas de manera explícita merecen interpretarse como si las contuvieran implícitamente, si es que verdaderamente responden a la tipología democrática. Ello porque toda Constitución democrática se apoya en un plexo de derechos que se inspira en una filosofía similar a la del derecho internacional de los derechos humanos, es decir el personalismo humanista. En segundo término, porque al ingresar a un sistema universal o regional de derechos humanos componen de manera unitaria su sistema de derechos con dos fuentes afines: la Constitución y el derecho internacional. BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, en "Revista del IIDH", n° 19, enero/junio 1994, p. 28. VANOSSI, en cambio, sostiene que esta cláusula interpretativa debería figurar expresamente en la Constitución, siendo, por lo tanto, una tarea de los constituyentes incluir un mandato hermenéutico de tal tipo. Sería, en definitiva, un problema de técnica constitucional. VANOSSI, Jorge Reinaldo, *La operatividad de las normas internacionales. Cuestiones de orden constitucional*, "Jurisprudencia Argentina", 15 de septiembre de 1993, ps. 6-7.

²⁵ Puede considerarse que esta tendencia fue inaugurada por la Constitución portuguesa de 1976, con su conocido artículo 16: "Los preceptos constitucionales y legales

II. Cláusulas que reconocen derechos implícitos o no enumerados

Dentro de las técnicas constitucionales es común hallar una cláusula que se denomina “derechos implícitos”. En ella se suele establecer que los derechos expresamente declarados no implican la negación de otros que surgen de la naturaleza humana, que son inherentes al hombre, a la soberanía popular, etcétera²⁶. Algunas Constituciones hacen referencia, al hablar del catálogo de derechos o a los derechos no enumerados, no solamente al que ellas mismas contienen sino que expresamente mencionan a las normas de origen internacional relativas a derechos humanos.

Esta referencia ilustra sobre la concepción de los constituyentes acerca de la integralidad del sistema de derechos. Ya no consideran que los únicos derechos garantizados son los de la propia Constitución, sino que también se encuentran los que tienen su fuente normativa en el derecho internacional. Pero aun a falta de ellos puede haber todavía derechos implícitos o no enumerados.

En materia de derechos implícitos hay dos vertientes diferenciadas en el constitucionalismo latinoamericano. Por un lado, están aquellas Constituciones que establecen que los derechos reconocidos constitucional-

relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos” (art. 16.2). Dos años después, la Constitución española, receptaría en su art. 10.2 una declaración similar a la del art. 16.2 de la Constitución portuguesa, pero no se limitó sólo a la Declaración Universal sino que incluyó también a “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En América Latina, la Constitución peruana de 1993, siguiendo casi al pie de la letra la redacción de su par española, entre sus disposiciones finales y transitorias incluye que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Disposición Cuarta). La Constitución Política de Colombia de 1991, tomando también en este punto como modelo a la Constitución de España, en su artículo 93, luego de determinar que los tratados de derechos humanos ratificados prevalecen en el orden interno, estableció que los derechos constitucionalmente consagrados serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

²⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Los derechos no enumerados en la constitución nacional*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XIV-1985, Buenos Aires, 1986, p. 103.

mente no excluyen otros incluidos en normas internacionales²⁷. La otra vertiente la integran las Constituciones que señalan que el catálogo de derechos que figura en ellas y en los tratados no niegan a otros que son inherentes a la persona humana²⁸.

III. Cláusulas reguladoras de procedimientos especiales

Una técnica que algunas Constituciones utilizan es prever mecanismos especiales para la aprobación²⁹ o denuncia³⁰ de tratados de derechos hu-

²⁷ Un ejemplo del primer grupo lo constituye la norma constitucional brasileña de 1988 que estipula que los derechos y garantías en ella reconocidos no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o en los tratados en que Brasil sea parte (art. 5.2).

En virtud de esta disposición, y a diferencia del resto de los tratados, los referidos a la protección internacional de los derechos humanos, integran y complementan el catálogo de derechos constitucionales y son directa e inmediatamente exigibles en el plano interno. Así, los derechos internacionales constitucionalmente protegidos, deben gozar del mismo régimen constitucional que el resto de los derechos y garantías fundamentales.

²⁸ En el segundo grupo podemos incluir a la Constitución colombiana que establece que la “enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben interpretarse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (art. 94).

²⁹ El artículo 164 de la Constitución Política de Colombia, por ejemplo, establece que “el Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados de derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno”. En esta categoría también se incluye la Constitución argentina. Los tratados y convenciones sobre derechos humanos que no tienen jerarquía constitucional en Argentina, 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 (art. 75, inc. 22). El texto constitucional argentino ha diseñado, en realidad, un mecanismo doble de mayorías calificadas, no para aprobar un tratado, sino para incorporarlo con rango constitucional.

Una pauta concreta en materia de celebración o ratificación de tratados, o para el otorgamiento de concesiones mediante contratos con Gobiernos o empresas internacionales, se encuentra en el artículo 146 de la Constitución salvadoreña, en virtud de tal disposición, ninguna autoridad puede concluir tratados ni otorgar concesiones que, entre otras cosas, lesionen o menoscaben los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

³⁰ En el artículo 142, la Constitución paraguaya equiparó a su propia jerarquía, al menos en cuanto a estabilidad se refiere, los tratados relativos a derechos humanos ya

manos. Las Constituciones optan por dejar de lado el procedimiento regular y, por lo general, exigen mayorías particulares cualificadas para habilitar a un órgano a producir determinado acto –en nuestro caso aprobar o denunciar tratados de derechos humanos–³¹, distintas de lo que sucede con las normas de similares características –tratados en general–.

Esta metodología no es trivial, sino que implica una opción política y una revalorización de la protección de la persona humana, al estipular que para aprobar o denunciar tratados de derechos humanos no son suficientes mayorías simples sino que se requiere un amplio consenso entre los distintos grupos parlamentarios.

IV. Cláusulas declarativas

Dentro de las técnicas constitucionales utilizadas, encontramos aquellas que recurren a normas-principios, es decir mandatos que pueden realizarse en diferente medida, que no están precisamente determinados sino que aparecen como antecedentes abiertos en alcance e intensidad³².

En este sentido, los tratados de derechos humanos como normas-principios contenidos en cláusulas declarativas, a diferencia del criterio interpretativo deben utilizarse como método de concretización. La función de concretización conlleva la complementación, el llenado de algo fijado únicamente en la dirección o principio, que se mantiene abierto y que requiere de esta actividad ulterior para ser plenamente realizable³³; mientras que la interpretación implica indagación del contenido y del sentido de algo precedente que de este modo se completa y se diferencia en tanto se ve enriquecido su contenido³⁴.

que éstos “no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda” de la Constitución. En Argentina los tratados sólo pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso de la Nación.

³¹ PREDIERI, Alberto, *El Sistema*, op. cit., ps. 184/186.

³² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 126.

³³ BÖCKENFÖRDE, *Escritos*, op. cit., p. 127.

³⁴ Obviamente esta descripción de la función interpretativa puede considerarse muy limitada y conservadora. La hemos utilizado con el único objetivo de contraponerla a la función de concretización. Para una visión integral de lo que debe ser la interpretación de los derechos humanos puede consultarse BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación*, op. cit.

Desde esta perspectiva, las cláusulas declarativas son mandatos con validez universal que trascienden la relación tradicional Estado-ciudadano transformándose en principios y garantías superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto.

a) Preámbulos

Hay Constituciones que, sin llegar a establecer un tratamiento especial, de alguna forma también receptan esta nueva tendencia, incluyendo en sus preámbulos una declaración expresa relativa a la vertiente internacional de la protección de los derechos de la persona humana³⁵.

El valor de una declaración de este tipo en el Preámbulo, no puede ser limitada a un simple decorativo introductorio, sino que debe tener contenido y valor normativo. Al establecer fines y objetivos del Estado, así como el techo ideológico de la Constitución, al menos, debe ser una pauta interpretativa de todo el texto constitucional al que precede³⁶.

b) Pautas relativas a la política exterior del Estado

Diferentes Constituciones han optado por incluir principios relativos a la conducción de la política exterior y, entre ellos, referencias expresas a los derechos humanos³⁷. Muchos de los principios que reconocen constituyen normas imperativas del derecho internacional que rigen sin necesidad que el Estado las acepte expresamente. Su recepción en la Constitución implica, al menos, hacerlos exigibles de manera directa internamente.

³⁵ Por ejemplo, la Constitución venezolana en su Preámbulo establece entre los propósitos de la República “el de cooperar con las demás naciones... en los fines de la comunidad internacional sobre la base de... la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana...”.

³⁶ Véase VANOSI, Jorge Reinaldo, *Preámbulo de las Constituciones*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. XXII, p. 729.

³⁷ La Constitución guatemalteca establece que, en materia de política exterior, Guatemala normará sus relaciones con otros Estados “de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir... al respeto y defensa de los derechos humanos” (art. 149). En un sentido similar, la Constitución brasileña de 1988 proclama que Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (art. 4.II). La misma tendencia sigue la reciente Constitución del Paraguay, que advierte que la “República admite los principios del derecho internacional... y proclama el respeto de los derechos humanos”. Esta pauta de relacionamiento internacional se encuentra reforzada por el artículo 145 que establece que la República de Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos.

Dichas declaraciones no son meras enunciaciones, representan directrices de política, decisiones fundamentales que deben determinar el actuar del Estado en sus relaciones internacionales³⁸.

c) Pautas de actuación para órganos estatales

Siguiendo con las Constituciones que contienen cláusulas declarativas, se deben incluir a aquellas que establecen deberes especiales en materia de derechos humanos para todos los órganos del Estado o para alguno determinado³⁹.

Estas cláusulas contienen verdaderos mandatos constitucionales de actuación para los órganos estatales. Prevén deberes jurídicos-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales tanto en el ámbito de la legislación, como en el de la administración⁴⁰. Cláusulas de este tipo no dejan espacio para no hacer nada, o para hacerlo de cualquier manera, o para dilatar los tiempos de su concretización con absoluta discrecionalidad. No implican simples consejos, sino que proyectan un plan o programa de cumplimiento obligatorio aun cuando dejan el margen de apreciación a los órganos a quienes se dirige para la opción de las políticas coyunturales concretas⁴¹.

³⁸ MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *Bases Constitucionales de la Política Exterior*, en *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 1994, ps. 259 y 262/263.

³⁹ Las modificaciones introducidas a la Constitución chilena en 1989 al artículo 5 (II) disponen que: "... es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". El artículo 75, inciso 24, de la Constitución Argentina establece una obligación adicional para el Congreso ya que debe 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 Colombia, en los estados de excepción, no podrán suspenderse los derechos humanos, ni las libertades fundamentales (art. 214.2). Este artículo debe leerse en conjunto con el artículo 93 que establece que los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento interno. Adicionalmente, el mismo artículo 214.2 estipula que durante los estados de excepción se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

⁴⁰ BÖCKENFÖRDE, *Escritos*, op. cit., p.81.

⁴¹ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 164.

d) Relativas a procesos de integración

Los procesos de integración y la transferencia de competencia en órganos transnacionales⁴², también ha tenido impacto en el derecho constitucional. El problema del respeto de los derechos humanos en tales procesos es un tema vastamente discutido en Europa⁴³.

Indudablemente, la consolidación de los procesos de integración en América Latina y la práctica europea han sido tenidos en cuenta por los constituyentes que, en los desarrollos recientes, hacen referencias específicas a los límites y relaciones entre integración y derechos humanos⁴⁴.

V. Cláusulas jerárquicas

Ante la pluralidad de fuentes normativas existentes, los ordenamientos jurídicos deben establecer alguna jerarquía entre ellas. Por lo general, el principio jerárquico prescinde del contenido de la fuente para otorgarle alguna ubicación en la escala normativa. Esta situación paulatinamente se ve modificada en algunos campos, entre ellos en el de la protección de la persona humana.

Las formas en que tal operación se realiza son variadas, aun cuando todas coinciden en el objetivo de darle un lugar preeminente al derecho internacional de los derechos humanos o a un sector del mismo.

⁴² CASESSE, *Modern Constitutions*, op. cit., p. 413.

⁴³ La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado, desde hace tiempo, las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos humanos. En 1969, ya indicaba que este proceso de integración no podía amenazar los derechos fundamentales de la persona que se encuentran recogidos en los principios generales del derecho comunitario (caso "Stauder vs. Ciudad de Ulm", del 9 de noviembre de 1969). Véase, HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional*, op. cit., ps. 39 y 259. Posteriormente el Tribunal comunitario europeo avanzaría aún más al sentar que el aseguramiento de tales derechos debía basarse sobre las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en "las convenciones internacionales para la protección de los derechos del hombre" (caso 4/73 Nold c. Comisión, del 14 de mayo de 1974). Un año después, en el Caso 36/75 "Rutili", mencionaría por primera vez al Convenio Europeo. Véase VAN DUK y VAN HOOFF, *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*, donde se analizan las futuras relaciones entre el Convenio Europeo y las Comunidades, ps. 479/486.

⁴⁴ Así, Paraguay admite la existencia de un orden jurídico supranacional siempre y cuando, entre otras condiciones, se garantice la vigencia de los derechos humanos (art. 143). Los tratados de integración que suscriba Argentina y que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales deben respetar el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inciso 24). El Salvador propicia la reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica con plena garantía del respeto de los derechos individuales y sociales de sus habitantes (artículo 89, 2º párrafo).

a) Constitucional

En esta categoría incluimos sólo aquellas Constituciones que de manera expresa y explícita le otorgan jerarquía constitucional a las normas de derechos humanos de origen internacional. Por ende, quedan excluidas aquellas que por vía de interpretación puede considerarse que otorgan tal jerarquía⁴⁵.

1. *Tratados y Declaraciones*

La primera categoría está constituida por aquellas Constituciones que equiparan a su propio rango a los tratados de derechos humanos⁴⁶. La redacción que tales Constituciones utilizan permite sostener que dichos instrumentos internacionales no forman parte del texto constitucional. Se encuentran incorporados al derecho interno de cada país con la misma jerarquía que la Constitución pero sin integrarla. Constituyen el bloque de constitucionalidad, es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango⁴⁷.

2. *Derechos consagrados en tratados*

Una técnica parcialmente distinta de la anterior consiste en otorgarle jerarquía constitucional, no ya a la totalidad del texto de los tratados de

⁴⁵ Así quedan fuera, por ejemplo, el artículo 5 de la Constitución de Brasil o el también artículo 5 de la Constitución de Chile.

⁴⁶ Las Constituciones que elevan a la jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos pueden ser agrupadas entre aquellas que elevan a tal jerarquía a todos los tratados relativos a tal materia y aquellas que sólo lo hacen con algunos tratados en particular.

Dentro del primer supuesto puede ubicarse a la Constitución peruana de 1978, que en su artículo 105 determinaba que los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento previsto para la reforma constitucional. La Constitución ecuatoriana estipula que el Estado garantiza “el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”.

En el segundo grupo, se encuentra la nueva Constitución argentina reformada en 1994 que no ha permanecido ajena a este proceso. En el artículo 75, inciso 22, estipula que diversos instrumentos internacionales que enumera, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional. Otros tratados fuera de los mencionados pueden adquirir jerarquía constitucional siguiendo un trámite especial (art. 75, inc. 22). La Constitución agrega que tales tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos o garantías por ella reconocidos.

⁴⁷ BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental*, op. cit., t. VI, ps. 233, 249 y 555.

derechos humanos, sino al catálogo de derechos que los mismos contienen⁴⁸.

3. Protección constitucional

Las Constituciones suelen contener medios de protección para los derechos que ellas consagran⁴⁹. En América Latina predominan dos instituciones: el *habeas corpus* para tutelar la libertad física y el amparo para el resto de los derechos. Algunas Constituciones reformadas han avanzado aún más, al disponer la procedencia del amparo para la tutela de los derechos reconocidos en tratados internacionales. Asignar el mismo medio de garantía –el amparo– a los derechos constitucionales y a los reconocidos en normas internacionales, implica equipararlos jerárquicamente de manera implícita.

4. Derechos y grupos en particular

Una alternativa interesante la constituyen aquellas Constituciones que, al regular algún derecho o grupo en particular, se refieren a las normas internacionales. De este modo, y para ese derecho específico, la fuente internacional adquiere jerarquía constitucional⁵⁰.

⁴⁸ La Constitución de Nicaragua de 1987 en su artículo 46 integra, para fines de su protección, en la enumeración constitucional de derechos los consagrados en la “Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en los dos Pactos de Naciones Unidas (de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. La solución nicaragüense, en lugar de otorgar una jerarquía normativa especial a los tratados de derechos humanos ratificados, lo que hace es asignar jerarquía constitucional a los derechos consagrados en los instrumentos que enumera.

⁴⁹ En Costa Rica, en la reforma introducida a su Constitución en 1989, se reconoce el derecho de toda persona al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los “derechos... de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República” (art. 48). La Constitución argentina, además de las importantes disposiciones sobre jerarquía constitucional, contiene algunas adicionales que también tienen relación directa con los tratados internacionales de derechos humanos. Siguiendo el modelo costarricense, la Constitución garantiza la acción de amparo para la tutela de derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratados y leyes (art. 43).

⁵⁰ Por ejemplo, en materia de asilo y refugio las referencias a la normativa internacional son innumerables. La Constitución ecuatoriana garantiza el derecho de asilo para nacionales (art. 43) y extranjeros (art. 17) de conformidad con la ley y “los convenios internacionales”. Esto implica que la garantía constitucional a este derecho se ha-

b) Sobre el derecho interno

En este grupo se ubican las disposiciones constitucionales que colocan a las normas internacionales por sobre el resto del ordenamiento jurídico

lla sujeta a las condiciones fijadas por normas internacionales. También El Salvador concede el derecho de asilo a extranjeros con excepción de los casos previstos por las leyes y el derecho internacional (art. 28). En el mismo sentido, Guatemala reconoce el derecho de asilo y lo otorga de acuerdo con las prácticas internacionales (art. 27). La Constitución nicaragüense, después de la reforma de 1995, dispone que en Nicaragua se reconoce y garantiza el derecho de refugio y de asilo que amparan únicamente a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. La determinación de la condición de asilado o refugiado político, será de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Nicaragua (art. 42).

Con relación a los derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo, el artículo 102 de la Constitución guatemalteca dispone que “El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala” (inciso t). La interrelación entre el derecho interno y el internacional en el ámbito de los derechos laborales, es reafirmado en el artículo 106 de la Constitución guatemalteca cuando establece en su segundo párrafo que “Serán nulas *ipso jure* y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en... los tratados internacionales ratificados por Guatemala...”. La Constitución de Colombia sigue la misma línea que la Constitución guatemalteca en relación a los derechos laborales y en su artículo 53 señala que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Si bien es cierto que no todos los tratados celebrados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pueden ser considerados como de derechos humanos, gran parte de ellos, en cuanto desarrollan el contenido específico de diversos derechos económicos, sociales o culturales sí hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos y por eso incluimos esta norma. Nuestra opción por considerar a la Constitución de Colombia en esta sección se debe a que su artículo 53 se refiere a una categoría específica de derechos, los relativos al trabajo, y no porque los eleve a una jerarquía especial.

También la niñez ha recibido un tratamiento específico. Así, la Constitución hondureña establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (artículo 119, 2º párrafo). Nicaragua, en la reforma de su Constitución de 1995, ha seguido a Honduras en relación a la niñez y, de manera expresa, en el segundo párrafo de su artículo 71 determina que la niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

interno, no habiendo acuerdo si se encuentran por encima, en igual nivel o por debajo de la Constitución⁵¹.

IV. Tribunales latinoamericanos y órganos de supervisión interamericanos: ¿el nacimiento de un diálogo?

El papel que asumen los órganos estatales en la implementación del derecho internacional es fundamental. Muchas de sus disposiciones sólo son operativas si los Estados integrantes de la comunidad internacional ponen en funcionamiento su sistema legal interno para darles eficacia⁵². Esta es quizá una de las áreas vulnerables o débiles del derecho internacional, ya que deja el cumplimiento de sus obligaciones, en última instancia, a los órganos domésticos⁵³.

Esta característica del derecho internacional crea una relación dialéctica con el derecho interno. Este último debe aplicar los compromisos internacionales adquiridos a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole⁵⁴ que sean necesarias y eficaces para garantizar su cumplimiento. Mientras que el derecho internacional, a través de distintas técnicas, fiscaliza el accionar estatal en relación a las obligaciones internacionales.

⁵¹ En 1985, la Constitución guatemalteca estableció en su artículo 46 que los tratados de derechos humanos ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Debido a que los tratados están sometidos a control de constitucionalidad, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de este artículo ha sostenido que no se encuentran por encima de la Constitución, pero sí tienen jerarquía superior a las leyes y al resto del ordenamiento. La Constitución Política de Colombia de 1991 tomó en este punto como modelo a la de Guatemala (art. 46) y en su artículo 93, y de manera casi idéntica, determina que los tratados de derechos humanos ratificados prevalecen en el orden interno.

A pesar de una redacción similar, la interpretación de este artículo, es totalmente divergente del caso guatemalteco. En Colombia se sostiene que en virtud del artículo 93, los instrumentos internacionales adquieren rango constitucional, creándose la nueva categoría de leyes constitucionales aprobatorias de tratados de derechos humanos.

⁵² CASSESE, Antonio, *Modern Constitutions*, op. cit., p. 341.

⁵³ TITUS, Damfred James, *The applicability of The International Human Rights Norms to The South African Legal System*, T. M. C. Asser Instituut, La Haya, 1993, ps. 9, 91 y 94.

⁵⁴ Según la terminología del artículo 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Esta fraseología se utiliza en la gran mayoría de las Convenciones, por ejemplo en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etcétera.

Si esto es cierto con el derecho internacional en general, lo es especialmente en materia de protección de los derechos humanos, donde los tratados no sólo significan ampliar el catálogo interno de derechos y garantías. Implica para el Estado obligaciones concretas acerca del modo en que se ejercen todas las atribuciones del poder.

A la vez, y desde el ámbito internacional, se crean mecanismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Desde informes periódicos⁵⁵, procedimientos confidenciales⁵⁶, hasta verdaderos procesos judiciales o cuasijudiciales⁵⁷.

Estos dos aspectos, aplicación y fiscalización, crean un diálogo o –al menos deberían crearlo– entre los actores involucrados⁵⁸, que presenta diferentes grados de comunicación. Desde simples monólogos hasta complejas formas de interacción. En los próximos capítulos mostraremos algunos de estos supuestos.

El proceso de apertura constitucional⁵⁹, con el especial tratamiento dispensado a las convenciones de derechos humanos que hemos procurado sumarizar, debe influir en el resto del ordenamiento jurídico y no quedar como un simple enunciado normativo, vacío de todo contenido en la realidad.

La incorporación de las normas internacionales de derechos humanos al derecho interno no está destinada solamente a la existencia formal de legislación, sino que necesariamente debe condicionar la forma de ejercicio de todo el poder público⁶⁰. La Corte Interamericana de Derechos Hu-

⁵⁵ Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 16; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 18; Convención Internacional de Derechos del Niño, art. 44, etcétera.

⁵⁶ Como los instaurados por las resoluciones 1503 y 1235.

⁵⁷ Especialmente los creados por las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos.

⁵⁸ PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 126-128.

⁵⁹ AYALA, Carlos, *El Derecho Internacional Público en el Constitucionalismo Moderno. Primacía de los Tratados de Derechos Humanos*, en *Coloquio Internacional sobre Bases Comparativas para una Reforma Constitucional*, Asunción, Paraguay, 1992, p. 131.

⁶⁰ Este es un tema que en el continente europeo es uniformemente aceptado. Puede verse el trabajo de POLAKIEWICZ, Jörg, y JACOB-FOLTZER, Valérie *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, "12 Human Rights Law Journal", 65 y 125.

manos ha sido clara al establecer que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en una convención internacional,

“implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁶¹.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Observación General 3, acertadamente señaló que:

“el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser insuficientes”⁶².

Por ello, la gran mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos crean deberes especiales por parte de los Estados Partes en relación con la aplicación y garantía de los derechos reconocidos, en la jurisdicción doméstica⁶³. Esto es un reflejo del principio de que la implementación de los derechos humanos bajo el derecho internacional es primariamente un asunto doméstico. La implementación internacional está esencialmente limitada a la supervisión de las medidas internas adoptadas⁶⁴.

⁶¹ Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia de fondo 29 de julio de 1988, cit., párrafo 166. El énfasis nos pertenece.

⁶² Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General 3, adoptada en su 13º período de sesiones, 1981, en Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de Derechos Humanos creados en virtud de tratados, Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.1, 29 de julio de 1994, p. 5. En el mismo sentido, aunque limitándose a la legislación, la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos instó “... a los gobiernos a que incorporen en su legislación nacional las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos...”. Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. ILE.83, UN Doc. A/CONF.157/23. CAÑADO TRINDADE, Antonio, *Balance de los Resultados de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993)*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos III*, IIDH, San José, 1995, ps. 17-45, especialmente p. 30.

⁶³ Artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 de la Convención Europea, art. 2.1 y 4 de la Convención de Derechos del Niño, art. 2.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, etcétera.

⁶⁴ NOWAK, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, N. P. Engel, Publisher, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1993, p. 27.

Es en esta perspectiva que se pueden analizar las comunicaciones entre los órganos de supervisión internacional y los poderes judiciales locales. Los tribunales nacionales adquieren una dimensión especial por el papel que tienen como garantes de los derechos protegidos en las convenciones de derechos humanos. En los casos de los tratados que crean mecanismos de supervisión y control, estos procedimientos suelen exigir como requisito previo a su puesta en funcionamiento, el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna⁶⁵. De modo que, prácticamente en todos los casos de denuncias internacionales por violación a los tratados de derechos humanos, existirá implicado algún tribunal nacional que ha fallado en la obligación de garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos.

A ello se aúna el hecho de que diversos tratados de derechos humanos garantizan a toda persona el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales⁶⁶. Con lo cual, la función fundamental que los tribunales nacionales tienen en la aplicación de los tratados de derechos humanos, queda plenamente comprobada⁶⁷.

⁶⁵ Art. 46.1.a. de la Convención Americana, art. 41.1.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.1.b. de su Protocolo Adicional, etcétera.

⁶⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25; Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 2.c; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, etcétera.

Este derecho a un recurso judicial requiere de los Estados, proveer un remedio judicial “idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Implica “la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-9/87, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”, párrafos 24 y 23 respectivamente). La obligación de proveer protección judicial no se satisface simplemente con la existencia normativa de tribunales, sino que los Estados deben tomar medidas concretas para asegurar la vigencia efectiva de este derecho (Corte Interamericana, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167).

⁶⁷ Esto ha permitido señalar a Antonio CANÇADO TRINDADE el especial énfasis que al interior de los Estados debe ponerse en el papel del Poder Judicial en la protección de los derechos humanos y la todavía casi inexistente exploración jurídica de la confluencia del derecho internacional y el derecho público interno en cuanto a la protección del ser humano. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas*, en *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, Acade-

De una u otra manera, los órganos jurisdiccionales, deben asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta la subsidiariedad de los mecanismos de protección internacional⁶⁸.

Los poderes judiciales enfrentados cotidianamente a casos que involucren cuestiones de derechos humanos, generalmente se refieren de manera primaria a las Constituciones, leyes, decretos, reglamentos o jurisprudencia nacional como reglas primordiales de sus decisiones. Sin embargo, los tribunales deberían tomar en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos para la decisión de sus casos⁶⁹. La recepción constitucional de estos tratados debe servir de sustento para que los jueces se sientan doblemente obligados a aplicarlos.

El papel de los abogados en este proceso es esencial. Son ellos quienes deben utilizar en sus alegaciones los instrumentos de derechos humanos y exigir a los tribunales que en su práctica cotidiana los apliquen, teniendo en cuenta la ubicación jerárquica dentro del respectivo ordenamiento jurídico⁷⁰. Es cierto que la práctica de la gran mayoría de los jueces latinoamericanos es ignorar –en el plano nacional– la vigencia de los tratados de derechos humanos. Ello se debe, entre otras razones, a que dicha vigencia no es invocada por los abogados. Independientemente de que el juez deba conocer el derecho, son los abogados quienes deben llamar la

mia de Droit International de La Haya-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José-La Haya, 1996, ps. 86-88.

⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio, *La interacción*, op. cit., ps. 242 y 246. La subsidiariedad sólo se refiere a los mecanismos de protección, pero en modo alguno implica que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no sean plenamente exigibles a nivel interno. Lo que la subsidiariedad significa es que solamente en defecto o ausencia de la protección interna, entrarán en funcionamiento los mecanismos internacionales de protección. Pero, por ser subsidiario, el derecho internacional de los derechos humanos “ha venido en auxilio y colaboración del derecho interno, a darle una nueva cobertura para la tutela de los derechos y una nueva instancia ante la cual hacerlos valer cuando internamente un Estado los desconoce o los vulnera”. HERRENDÓRE, Daniel, y BIDART CAMPOS, Germán, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 262.

⁶⁹ LILICH, Richard, *The Role of Domestic Courts in Enforcing International Human Rights Law*, en *Guide to International Human Rights Practice*, Hurst Hannum (ed.), University of Pennsylvania Press, p. 228.

⁷⁰ CARRILLO BASCARY, Miguel, *Los Pactos sobre Derechos Humanos. Reflexión sobre su utilidad para el Ejercicio Profesional*, “Zeus”, t. 43, p. 3, Rosario, Argentina.

atención del tribunal sobre el derecho aplicable e invocar aquellas normas jurídicas que favorecen los intereses de su representado⁷¹.

Existen diferentes posibles modos de recepción de decisiones internacionales entendidas como la referencia por una corte nacional de una decisión internacional en un caso sometido a su conocimiento⁷². Éstos pueden reducirse elementalmente a dos: primero, los tribunales nacionales analizan la jurisprudencia internacional para ver si existe una norma internacional en el caso que deben resolver; segundo, qué interpretación ha recibido dicha norma en la jurisprudencia internacional⁷³.

Como llevamos dicho, los poderes judiciales y los órganos internacionales de protección de los derechos humanos tienen diversas formas de relacionarse. Necesariamente, tal como actualmente está estructurada la protección internacional de los derechos humanos, tanto los tribunales nacionales como las comisiones y corte internacionales deben observar mutuamente cómo actúan las contrapartes.

Sin pretender agotar el listado de las variadas formas en que los tribunales locales y los órganos internacionales interactúan, podemos comenzar por el ya mencionado requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Allí el/los tribunales locales deberían entender materias vinculadas a tratados internacionales de derechos humanos como condición previa a acudir a la vía internacional. Por su parte, los órganos de supervisión internacional, deberían verificar si dichos tribunales han intervenido agotando de esta forma los recursos eficaces y adecuados existentes o si se encuentra presente alguna excepción a dicho requisito antes de declarar la admisibilidad de un caso concreto.

Otra forma de relación es cuando los órganos internacionales verifican la actuación concreta de los tribunales nacionales para determinar si es acorde con las obligaciones internacionales del Estado y si es posible determinar la responsabilidad internacional del Estado.

Se puede mencionar también cuando los tribunales nacionales deben implementar las decisiones de los organismos internacionales en casos

⁷¹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 379.

⁷² BEDJAOUI, Mohammed, *The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals*, en *International Law Decisions in National Court*, Thomas M. FRANK & Gregory H. FOX (ed.), Transnational Publishers, Inc., Nueva York, 1996, p. 22.

⁷³ *Ídem*, ps. 28 y siguientes.

concretos. Esto es cuando, después de haberse tramitado un caso a nivel internacional y de que la comisión o corte correspondiente haya emitido su pronunciamiento, las víctimas acuden a sus tribunales a solicitar que se ejecuten o cumplan dichas decisiones^{74*}.

Entre las posibles formas de esta relación, queremos destacar una que llamaremos un diálogo entre órganos internacionales y tribunales locales. Básicamente nos concentraremos en analizar cómo tres tribunales locales latinoamericanos han aplicado jurisprudencia internacional participando del proceso que se ha definido como de permeabilidad, ósmosis⁷⁵, o sinergia funcional⁷⁶. Tomaremos los casos de Argentina, Costa Rica y Colombia por tres motivos principales. En primer lugar, porque son los países en los que en mayor medida sus tribunales han acogido la jurisprudencia internacional. En segundo término, porque las respuestas dadas presentan ciertas particularidades dignas de destacarse. El tercer argumento es que las realidades de los tres países son totalmente diferentes, en especial en materia de derechos humanos.

Por el otro lado, también queremos observar si los órganos del sistema interamericano han entablado algún diálogo con los tribunales de nuestro hemisferio. En especial nos detendremos en algunas de las ocasiones en las que se han hecho eco de decisiones de estos tribunales, tomando especialmente en cuenta sus argumentaciones o resoluciones. El objetivo será determinar si han procurado comunicarse de manera eficaz con los tribunales nacionales, ya sea dándoles pautas concretas de actuación o recogiendo su doctrina o jurisprudencia.

Cabe aclarar que cuando nos referimos a que los órganos del sistema dialogan con los tribunales de nuestros países lo hacemos en estricta referencia a la circunstancia de que transcriben ciertos razonamientos, cierran casos en virtud de decisiones judiciales que implementan las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No nos referiremos, en cambio, a otras formas también de relación entre tribunales nacionales y órganos internacionales que mencionábamos anteriormente. Obvia-

⁷⁴ Por ejemplo, art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

* N. del comp.: sobre ejecución de las decisiones de tribunales internacionales, ver, en este mismo ejemplar, FAPPIANO, Oscar L., *La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales*.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ FRANCK, Thomas M., y FOX, Gregory H., *Introduction: Transnational Judicial Synergy*, en *International Law*, op. cit., ps. 3 y siguientes.

te esta división es artificial y corremos el riesgo de un análisis limitado, pero se realiza con el único propósito de circunscribir el objeto de estudio y dejar planteado algunos de los posibles temas de futuras investigaciones.

V. Los órganos del sistema interamericano: algunos indicios

En las próximas dos secciones analizaremos el avance de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el establecimiento de algunos canales de comunicación con órganos jurisdiccionales internos.

Principalmente mostraremos cómo en ciertas ocasiones, y de diferentes maneras, ambos órganos han tomado en cuenta a los poderes judiciales del continente, ya sea haciéndose eco de decisiones judiciales internas para interpretar la Convención Americana, como para darle ciertas indicaciones a los tribunales nacionales acerca de la manera en que deberían actuar para decidir ciertos casos, etcétera.

Sin embargo, estos ejemplos aislados no deben llevar a confusión. Hasta el momento no existe una comunicación fluida de los órganos del sistema con los poderes judiciales. Ello se debe principalmente al tipo de casos que, mayoritariamente, llega al conocimiento del sistema interamericano. Ellos involucran casos de violaciones a derechos básicos como la vida, integridad física, libertad y en general tienen como denominador común que los poderes judiciales o no han sido efectivos para sancionar a los responsables, o carecen de la suficiente independencia, o son amenazados, o no tienen la voluntad de investigar violaciones a los derechos humanos. En dichas circunstancias, obviamente el establecimiento de comunicaciones entre el sistema interamericano y el poder judicial local es sumamente difícil.

Los indicios que vemos en el sistema interamericano nos permiten ser optimistas en cuanto a las posibilidades de una comunicación más fluida. En tanto los tribunales nacionales estén dispuestos a tomar seriamente las disposiciones convencionales y el marco constitucional que hemos reseñado resulta un aporte esencial en este proceso, la Comisión y la Corte cada vez entrarán en mayor contacto con ellos.

También podrá influir el tipo de casos que llegue al sistema. Hasta ahora, la Comisión y la Corte se han comunicado con tribunales nacionales especialmente en cuestiones jurídicas más que fácticas. Es decir, cuantos más casos que conlleven materias de interpretación legal, por oposición a materias de interpretación de hechos, mayores serán las oportunidades de este diálogo que propugnamos.

A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El tipo de casos que ha tenido oportunidad de conocer la Corte Interamericana le ha impedido establecer una fluida comunicación con los tri-

bunales nacionales. Especialmente la gran mayoría de los casos contenciosos han involucrado supuestos de denegación de justicia o se han caracterizado por la inacción total de los poderes judiciales locales. Ninguno de los casos contenciosos resueltos, hasta ahora, por la Corte ha implicado diferencias de interpretación jurídica entre tribunales nacionales y la Comisión Interamericana, por lo cual es más que limitada la posibilidad de que la Corte pueda establecer el diálogo que mencionamos.

Sin perjuicio de ello, se pueden encontrar algunos ejemplos puntuales. En este sentido, puede mencionarse la Opinión Consultiva OC-8 donde la Corte Interamericana se permitió transcribir textualmente un párrafo de una sentencia de un tribunal argentino, en el sentido de reafirmar su interpretación sobre diversas normas de la Convención Americana, señalando específicamente

“41. Cabe citar, al respecto, el fallo dictado en abril de 1977, en el caso número 1980, por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la República Argentina, acogiendo un recurso de *habeas corpus*”⁷⁷.

Esta es una forma en que el tribunal interamericano podría dialogar con los tribunales nacionales de nuestros países, a través de la recepción de una sentencia judicial local como un elemento especial de análisis de una norma de la Convención Americana. Este supuesto es de especial relevancia pues la Corte Interamericana ha sostenido que un tratado no puede interpretarse en abstracto sino que, como dijo la Corte Internacional de Justicia:

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, Serie A, n° 8, “El *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías”, párr. 41. El párrafo completo que transcribió es el siguiente: “Como se ha venido sosteniendo, no es dable admitir la tesis de que el Presidente de la República sería el único facultado para evaluar la situación de quienes se hallan detenidos a su disposición. Si bien es ajeno al ámbito de actividad jurisdiccional lo concerniente a cuestiones eminentemente políticas y no judiciales, no es menos cierto que compete al Poder Judicial de la Nación analizar en casos excepcionales como el presente la razonabilidad de las medidas que adopta el Poder Ejecutivo, lo que halla sustento en el propio artículo 23 de la Constitución Nacional y en los artículos 29 y 95 de la Ley Fundamental.

Deben también armonizarse el interés general y la libertad individual, de modo tal que no es posible siquiera suponer que quienes se hallan privados de su libertad a disposición del PEN, queden librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los Jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongue el arresto.

Frente a la necesidad de optar entre la libertad individual y la hipotética y no demostrada peligrosidad (del detenido), lo hacemos por la primera corriendo los riesgos que ello impone, en salvaguarda de un valor a que ningún argentino ha renunciado”.

“un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”⁷⁸.

Si la Corte Interamericana fuera consistente con ambos precedentes, podría sostenerse que el “conjunto del sistema jurídico en vigor” estaría compuesto también por la interpretación judicial que los tribunales nacionales le dan a las obligaciones internacionales de los Estados partes. Hasta el momento, y salvo dicha referencia aislada, la Corte no ha observado, o al menos no ha dejado testimonio de ello en sus sentencias, a los tribunales nacionales⁷⁹.

En el contexto de un caso contencioso también se refirió a las conclusiones de un tribunal local. En dicho caso no sólo transcribió parte de los fundamentos legales de los magistrados intervinientes, sino que implícitamente respaldó las conclusiones a las que habían llegado. El párrafo al que nos referimos es el siguiente:

“Esta Corte considera útil destacar que la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales se apoyó en una votación de cuatro magistrados por la concesión de la casación solicitada y dos por la negativa de la nulidad. En tal virtud, si bien no se alcanzó el mínimo de cinco votos conformes, el voto singular de los cuatro magistrados representa el criterio mayoritario del Tribunal, en cuya parte conducente se afirmó: ‘Que si bien es cierto que tal situación no configura la figura jurídica del secuestro, lleva a la conclusión de que el juez debió agotar la investigación respecto de la vida y paradero de las personas en favor de quienes se ejercita la acción’ del *habeas corpus*, por lo que, en concepto de dichos magistrados, era procedente la casación del fallo de la Corte Suprema. De haberse concedido la casación, la intervención de la justicia militar no habría impedido la tramitación del *habeas corpus*”⁸⁰.

También la Corte, en alguna ocasión, le ha dado ciertas pautas de actuación a los tribunales de diversos países. En estos supuestos se ha cui-

⁷⁸ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, ps. 16 a 31.

⁷⁹ Esto puede deberse al tipo de casos que ha conocido la Corte. También y como es sabido muchos de nuestros tribunales son reacios a aplicar la Convención Americana, y quienes la aplican muchas veces lo realizan sin mayor rigor técnico.

⁸⁰ Caso “Neira Alegría y otros”, Sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 81.

dado de no actuar como un tribunal de apelación, casación o como una cuarta instancia. La función de la Corte consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención. No puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro los límites de su competencia⁸¹.

Con este criterio, la Corte Interamericana le ha dicho a un tribunal nacional en el contexto de un caso contencioso:

“... de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional, sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención... pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer..., a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente”⁸².

Esto significa que la Corte Interamericana está dispuesta a señalarle a los tribunales nacionales cuáles son los deberes específicos que deben cumplir en casos concretos que estén bajo su conocimiento, aun cuando no actúe revocando o anulando sentencias.

Esta alternativa será importante pues los tribunales locales deberían tomar en cuenta lo que ha señalado el juez interamericano. Muchos problemas trae aparejado este aspecto de la interacción entre ambas esferas. Por ejemplo, qué sucede con la cosa juzgada, qué pasa si los tribunales nacionales se niegan a aceptar lo resuelto por la Corte Interamericana.

Los ejemplos puntuales que mencionamos anteriormente permiten ver diferentes alternativas en que la Corte Interamericana ha entrado en comunicación con los tribunales nacionales. Desde recurrir a interpretaciones judiciales locales como elemento para analizar la Convención hasta indicar pautas puntuales de actuación, el rango de posibilidades es múltiple. Lo esencial es destacar que el procedimiento judicial interamericano crea un espacio donde la permeabilidad entre ambas esferas es posible,

⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 39/96 del 15 de octubre de 1996 en el caso 11.673 del señor Santiago Marzioni (Argentina), párr. 51.

⁸² Caso “Genie Lacayo”, Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 94. Lamentablemente la Corte no estableció que se reservaba la potestad de verificar como se cumplía su decisión. La decisión del tribunal interamericano de supervisar sólo el cumplimiento de las decisiones monetarias y no otro tipo de reparaciones, como investigaciones o sanciones, puede ser una solución peligrosa.

necesaria y a la vez fructífera. Más adelante veremos cómo los tribunales locales se han hecho eco también de la jurisprudencia interamericana, creando la vía de la permeabilidad en ambas direcciones.

B. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Comisión Interamericana también ha entrado en un cierto grado de interconexión con los tribunales nacionales. Insistimos nuevamente que la comunicación que analizamos no es la que se refiere a las fallas de los poderes judiciales o al requisito del agotamiento de los recursos internos. Lo que procuraremos desentrañar es si la Comisión Interamericana, por un lado, ha formulado recomendaciones específicas a los tribunales nacionales y si, por el otro, se ha hecho eco de las decisiones jurisdiccionales locales para resolver sus propios casos.

En múltiples ocasiones la Comisión ha recomendado ciertas actuaciones a los órganos jurisdiccionales de un Estado. La Comisión ha procurado dejar bien establecido el ámbito de competencia de los tribunales locales a la par de reafirmar sus propias facultades. En un caso la Comisión ha señalado que:

“... si bien en principio serían los órganos jurisdiccionales nacionales los únicos competentes conforme al Derecho interno para absolver o condenar..., la Comisión es competente de conformidad con el artículo 41.b de la Convención Americana... en casos en que concluya que existe una violación de los derechos humanos consagrados en la Convención, para formular recomendaciones cuando lo estime procedente... La Comisión concluyó que la detención... viola [el] derecho a la libertad personal; y en consecuencia recomendó... cesar dicha situación mediante su liberación. Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno. Siendo por tanto el Estado... de acuerdo a sus preceptos constitucionales y legales, el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas. El Poder Judicial como uno de los órganos del Estado se encuentra igualmente vinculado a la obligación de respetar la Convención. No puede el Estado alegar la división de poderes como excusa para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales”⁸³.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 43/96, Caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996, párr. 102. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996. Reiteradamente la Comisión ha sostenido la responsabilidad del Estado por los actos del poder judicial no encontrando justificación en la división de poderes. Así, en un caso sostuvo que... el Estado-Gobierno, si bien no puede interferir ni modificar las decisiones del poder judicial, sí asume responsabilidad

También la Comisión, de manera similar a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina acerca del excesivo rigor formal, le ha dicho a los tribunales de justicia cuál es el papel que deberían cumplir frente a casos de derechos humanos, señalando que:

“Entre las instituciones democráticas, es el Poder Judicial sobre el que descansa no sólo la recta aplicación del derecho sino también la administración de justicia. Nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia o impotencia frente a las graves injusticias, por una ciega observancia de fórmulas legales”⁸⁴.

Pero no son estos los ejemplos que queremos destacar del papel que ha tenido la Comisión en relación con los tribunales nacionales. Preferimos rescatar algunos de los pocos ejemplos en que la Comisión Interamericana ha prestado especial atención a lo resuelto por tribunales locales, para condicionar su decisión en el caso concreto que ha tenido bajo estudio.

Quizás el mejor ejemplo se encuentre en diversos casos de Costa Rica, en los que los peticionarios alegaban la violación del artículo 8.2.h por carecer de un recurso de apelación en determinados procesos penales. Allí la Comisión rechazó el caso, en virtud de una decisión de la sala IV (la sala Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica⁸⁵.

Sostuvo la Comisión Interamericana en dicha ocasión:

“29. Que como surge del contenido de la Sentencias de la Corte Suprema mencionadas y a raíz de las mismas, el régimen legal costarricense abrió la posibilidad del recurso de casación para casos como los denunciados, por lo que se hace innecesario el procedimiento de solución amistosa previsto en el artículo 48 de la Convención. Que así ocurre al reconocer dicha sentencia la jerarquía constitucional de la norma respectiva de la Convención Americana y darle operatividad legal erga omnes al decidir ‘dar por no puestas las indicadas limitaciones (del artículo 474 Código de Procedimientos Penales) y con entender que el recurso de casación que ahí se alude está legalmente otorgado a favor

por los actos de ese poder público en los casos en los que, voluntaria o involuntariamente, por acción u omisión, viola el derecho a la justicia... (Caso 10.473, inf. 1/94, considerando 8, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993).

⁸⁴ Inf. n° 74/90, caso 9850 (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 90/91).

⁸⁵ “Caso Villalobos vs. Costa Rica”, Casos n° 9328, 9329, 9742, 9884, 10131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469 Informe n° 24/92, p. 79 (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14).

del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito' (Sentencia 282-90, punto VI)⁸⁶.

"30. Que el recurso de casación... constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención. La Comisión remarca en ese sentido lo indicado por la dicha Sala Constitucional en su sentencia 528-90 cuando dice que: 'el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso' ".

"31. Que tal como surge de otras sentencias aportadas por el Gobierno de Costa Rica..., la Sala Constitucional ha ampliado el alcance de su decisión a otras categorías referidas a decisiones procesales que sin ser penales tienen efecto de tales, abriendo también con respecto a ellas la posibilidad de recurrir en casación".

⁸⁶ En dicha sentencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, después de verificar las particularidades del caso en estudio, considera que la nueva Ley de Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a oponer la acción de inconstitucionalidad contra disposiciones legales internas que se opongan a un tratado internacional. No obstante ello sostiene que: "cuando las normas de un tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera la antinomia... se resuelve en lo posible por la derogación automática de la primera en cuanto se oponga a lo segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley".

Indica que puede al efecto utilizarse, según correspondan por procedimiento o oportunidad, el *habeas corpus*, el recurso de amparo, por vía del control de constitucionalidad, sea en acciones judiciales o ante consultas judiciales o legislativas. Reconoce la sentencia que el derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención es incondicionado no sólo porque la Convención no lo subordina al desarrollo de legislación interna, sino también para casos en que exista en la legislación interna la organización institucional y procesal (órganos y recursos) para que el derecho se ejerza. Contrariamente, de no haberlos, debería crearlos.

En el caso concreto, declara que en la legislación costarricense dicho recurso existe, ya que el artículo 47, inc. 1 y 2, admite en general el recurso de casación contra sentencias penales, y que, por consiguiente, para dar vigencia a la garantía de la Convención Americana, basta por ... tener por no puestas las limitaciones (que establece dicho artículo 474), y con entender que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictado en una causa penal por delito.

En virtud de ello, la Comisión decidió cerrar el caso, basándose exclusivamente en la decisión de la Corte Suprema costarricense. Este ejemplo es una muestra de cómo la Comisión Interamericana está dispuesta a considerar la actuación de los órganos jurisdiccionales internos si le dan pleno efecto jurídico a lo dispuesto por la Convención Americana⁸⁷.

En otros supuestos, la Comisión Interamericana también ha estado dispuesta a analizar lo resuelto por los tribunales nacionales. Si bien en dichos supuestos no ha cerrado los casos, sí ha reconocido la importancia de cierta jurisprudencia, a la que sin embargo consideró insuficiente. Así en un caso de Argentina, la Comisión sostuvo:

“118. El mencionado Gobierno informó además que la Cámara Nacional de Casación Penal ha adoptado una jurisprudencia según la cual la mencionada ley resultaría aplicable a los condenados con sentencia firme, aplicando el principio de retroactividad de la ley penal más benigna para el acusado. La posición se habría adoptado en un fallo plenario, en virtud de lo cual se trata de una decisión obligatoria para los tribunales inferiores”.

“119. La posición mencionada en el párrafo anterior fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando declaró inadmisibile el recurso extraordinario deducido contra una resolución de la misma Cámara que aplicaba la doctrina en otro caso”.

“123. La Comisión estima que la nueva jurisprudencia mencionada por el Gobierno en sus observaciones constituye un avance positivo hacia el cumplimiento de las garantías establecidas en la Convención, y analizadas en el presente informe respecto al señor Jorge A. Giménez”⁸⁸.

Finalmente, también es posible encontrar un ejemplo aislado donde la Comisión Interamericana recurrió a la interpretación dada por el tribunal nacional como una guía importante en su propio análisis del caso. Así la Comisión sostuvo que:

“22. ... la Comisión debe tomar en cuenta principalmente el fundamento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia para denegar la petición del señor

⁸⁷ Para una crítica de la actuación de la Comisión en dicho caso, véase DULITZKY, Ariel, *La duración del procedimiento ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: responsabilidades compartidas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (en prensa).

⁸⁸ Caso “Jorge A. Giménez vs. Argentina”, Informe n° 12/96, Caso n° 11.245, p. 33 (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7).

Ríos Montt. La Corte Suprema reconoce la primacía que la propia Constitución de Guatemala otorga a la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico doméstico...”⁸⁹.

Esta decisión es similar a la de la Corte que reseñamos más arriba, en cuanto a recurrir a la interpretación de un tribunal nacional para analizar el contenido específico de un derecho garantizado convencionalmente. La diferencia radica en que lo resuelto por la Comisión se dio en el contexto de una petición individual, mientras que la Corte lo hizo en una opinión consultiva.

Como se ve, también en el contexto de tramitaciones de casos individuales por la Comisión Interamericana es posible observar distintas alternativas de comunicaciones con tribunales nacionales. Será de esperar que en el futuro cercano, estos diálogos sean cada vez más fluidos.

VI. Los poderes judiciales locales: ejemplos alentadores

En las próximas tres secciones analizaremos alguna jurisprudencia de tres tribunales determinados. Con ella procuraremos demostrar que las disposiciones constitucionales a las que hicimos referencia influyen necesariamente y de manera positiva en la posibilidad de que los tribunales locales observen la jurisprudencia internacional y, en especial, la interamericana.

Las maneras en que se hacen eco de normativa internacional es diferente y no siempre consistente. Pensamos que muchas veces se invoca normativa o jurisprudencia internacional con el objetivo último de mostrar una especial deferencia a dicho ámbito pero sin que necesariamente sea el elemento determinante de la decisión judicial.

Los ejemplos que rescatamos son sumamente alentadores ya que muestran las potencialidades de este necesario diálogo entre ambos ámbitos. Si es verdad que derecho interno y derecho internacional no son compartimentos estancos, y que ambos confluyen en la protección del ser humano, entonces es imperiosa la necesidad de que los tribunales nacionales vean la jurisprudencia internacional.

El aliento que sentimos al ver cómo tres tribunales superiores en diferentes contextos se refieren a las normas y prácticas internacionales se enmarca en un mar continental de resistencia a la apertura internacional que muestran las constituciones. Parece un diálogo de sordos entre constituyentes y jueces. Mientras los primeros optan decididamente por recep-

⁸⁹ Caso “Ríos Montt”, Informe n° 30/93, Caso 10.804 (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993).

tar generosamente la influencia internacional, los jueces por el contrario se limitan al estrecho marco de la legislación de origen nacional.

La selección que hemos hecho de los tres países se limita exclusivamente al análisis de cómo han aplicado la jurisprudencia internacional. De ninguno modo pretende ser un reconocimiento del papel que los tribunales elegidos han jugado en la vigencia real de los derechos humanos en sus países. Este aspecto excede la capacidad de nuestro trabajo. Tampoco analizaremos otros casos resueltos por los mismos tribunales en donde pudieron haber aplicado jurisprudencia internacional y no lo hicieron.

Finalmente, queremos destacar que los contextos en que los tres tribunales actúan nos demuestran que las posibilidades de comunicación con la esfera internacional son múltiples. Un tribunal como la Corte Constitucional colombiana lo hace en un país signado por la violencia y la persistencia de gravísimas violaciones a los derechos humanos. Otro, la Sala IV de Costa Rica, se desempeña en un país con una alta estabilidad política, que no se ha visto enfrentado a graves violaciones a los derechos humanos. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Argentina, se desenvuelve en un espacio de consolidación democrática y en el cual las violaciones masivas a los mas elementales derechos humanos fueron moneda corriente hasta no hace mucho tiempo.

A. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avanzado enormemente en la comunicación con los órganos internacionales y en especial con el sistema interamericano. Aún antes de la reforma constitucional la Corte ha sido clara y específica en indicar:

“21) Que la Interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1º)”⁹⁰.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, que reconoce jerarquía constitucional a diferentes tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana, la Corte Suprema ha entendido que debe guiar obligatoriamente su interpretación según lo establecido por la Corte y Comisión Interamericanas.

⁹⁰ CS, julio 7, 1992, “Ekmekdjian, Miguel A. C/Sofovich, Gerardo y otros”. En dicho caso, como es sabido, la Corte aplicó la Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”.

En una ocasión sostuvo:

“11) Que la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75 inc. 22, 2do. párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. arts. 75 de la Constitución Nacional y 62 y 64 de la Convención Americana y artículo 2º, Ley 23.054)”⁹¹.

La sentencia adquiere especial relevancia no solamente por remitir a la jurisprudencia interamericana, sino en tanto declara inconstitucional una norma en virtud de ser contraria al artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, rechazando expresamente la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal⁹². De este modo, según la jurisprudencia argentina, una norma puede ser inconstitucional si contraría el texto de la Convención Americana, en la manera en que ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, tenemos un solo reparo a tan fundamental decisión. La jurisprudencia interamericana que cita la Corte Suprema es la de la Opinión Consultiva OC-11. En ningún momento hace referencia a los dos precedentes interamericanos que tuvieron tangencialmente relación directa con el tema que debía decidir y que son el ya citado Informe 24/92 resuelto por la Comisión Interamericana y la Opinión Consultiva OC-12/92.

Con idénticas palabras a la causa “Giroldi”, pero refiriéndose esta vez a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema estableció que también su jurisprudencia es obligatoria para los tribunales argentinos.

⁹¹ CS, “Giroldi H. s/recurso de casación”, CS, abril 7 1995, “Jurisprudencia Argentina”, t. 1995-III, p. 571.

⁹² Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 1, 22/9/93, “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-II, p. 531

Al aplicar la doctrina de la Comisión en cuanto al artículo 7 inciso 5 de la Convención Americana, la Corte resolvió la causa “Bramajo”. Lo fundamental en este caso es que la Corte decidió que:

“debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1 ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”⁹³.

En el mismo sentido, en otra ocasión la Corte Suprema ha indicado que

“13) Que a los efectos de determinar si las normas transcritas se adecuan a lo prescripto por el artículo 7 inc. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha de reseñarse la opinión de la Comisión Interamericana en el Informe sobre el caso 10.037 de la República Argentina del 13 de abril de 1989, en donde...”⁹⁴.

Esta jurisprudencia es una muestra de uno de los grados de mayor permeabilidad hacia los órganos de supervisión internacional, es decir otorgar obligatoriedad a la interpretación del respectivo tratado dada por el órgano de supervisión internacional creado en virtud del mismo.

Los jueces de la Corte Suprema no sólo han recurrido a la jurisprudencia interamericana sino que, en muchas ocasiones, han seguido directamente las pautas indicadas por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, tanto en Opiniones Consultivas como en casos contenciosos. Así, por ejemplo, los jueces NAZARENO y MOLINÉ O’CONNOR han sostenido que:

“15) como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en ‘vacío’ sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte (cf. CIJ, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between Who and Egypt, Advisory Opinion, ICJ Reports 1980, p. 76 y Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1971, p. 16)”.

“41) Que para su aplicación ha de atenderse al propósito de los tratados humanitarios modernos... que no fue el concederse las Partes Contratantes derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino establecer un orden público común con el objetivo de salvaguardar su heren-

⁹³ CS, “Bramajo”, Sentencia del 12/9/96, “Jurisprudencia Argentina.”, 20 de noviembre de 1996, considerando 8.

⁹⁴ CS, “Arana, Juan Carlos s/excarcelación”, 19 de octubre de 1995.

cia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 28 de mayo de 1951 –*idem* OC-2/82–)”⁹⁵.

Otro de los jueces ha dicho en la misma causa:

“46) Que en ese contexto internacional y en opinión de la Corte Internacional de Justicia, los Convenios de Ginebra de 1949 tienen tanto un carácter consuetudinario como convencional ya que en gran medida expresan los principios generales básicos del derecho internacional humanitario (CIJ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Reports 1986, párr. 218)”⁹⁶.

Estas son muestras de la apertura internacional que muestra la Corte Suprema y que debe ser destacada y aplaudida. Es un camino que ha llevado décadas de evolución, desde los ya viejos casos “Merck” por un lado y “Martín” por el otro, pasando por aquellos en los que señalaba que la Convención Americana no era autoejecutiva, hasta este impresionante vuelco de tendencia internacionalista de los últimos años.

B. Sala IV de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica)

La Sala Constitucional (Sala IV) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en múltiples ocasiones ha recurrido a la normativa internacional para resolver cuestiones jurídicas. Entre otras, cabe mencionar a título meramente ejemplificativo el voto n° 1786-93 relativo al derecho de nacionalidad de los Guaymies –tribu nómada indígena que vive entre Costa Rica y Panamá– con aplicación del Convenio n° 169 de la OIT, y el voto n° 3435-92 sobre el derecho del varón a la nacionalidad privilegiada con referencias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Existe, sin embargo, un caso que por la trascendencia que tiene en cuanto a la relevancia que la Sala IV dio a la jurisprudencia interamericana merece destacarse. Se trataba de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas⁹⁷, cuyo punto en discusión era si la colegiación obligatoria de periodistas es con-

⁹⁵ Voto de Julio NAZARENO y Eduardo MOLINÉ O’CONNOR en “*Priebke, Erik s/Extradición*”, 2 de noviembre de 1995.

⁹⁶ Voto del Dr. GUSTAVO BOSSERT en “*Priebke*” sentencia citada en nota anterior.

⁹⁷ Acción de Inconstitucionalidad n° 421-S-90. El artículo 22 establece que “Las funciones propias del periodista, sólo podrán ser realizadas por miembros inscriptos en el Colegio”.

traria a la libertad de expresión garantizada por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este tema ya había sido resuelto de manera contradictoria por la Comisión y por la Corte Interamericana y siempre con referencia a la legislación costarricense, cuestionada ahora ante la Sala Constitucional. La Comisión Interamericana en el caso “Schmidt” había establecido que la colegiación obligatoria no era contraria a la Convención⁹⁸. Por su parte, la Corte Interamericana en una opinión consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica, resolvió por unanimidad que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impide el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana⁹⁹.

La Sala Constitucional de Costa Rica se hizo eco de esta opinión consultiva de la Corte Interamericana y la utilizó como uno de los fundamentos de su resolución. Partió del presupuesto de que para resolver la situación deba analizarse con carácter prioritario la Opinión Consultiva de la Corte, especialmente teniendo en cuenta que fue Costa Rica quien la solicitó¹⁰⁰. La Sala sostuvo que al haber requerido la opinión consultiva, Costa Rica adquirió la condición de parte ante la Corte Interamericana y, en consecuencia, estaba obligada a respetar la decisión¹⁰¹. Esto implica avanzar de una manera extraordinaria aun más allá de la letra de la propia Convención que sólo establece la obligatoriedad de las decisiones arribadas en casos contenciosos. A la Sala IV, le resultaba “inexplicable” que la norma calificada como incompatible por la Corte Interamericana se siguiera aplicando en Costa Rica.

De una manera muy progresiva y de modo similar a lo decidido por la Corte Suprema Argentina, la Sala Constitucional resolvió que siendo la Corte Interamericana el órgano natural para interpretar la Convención Americana, la fuerza de su interpretación tiene el mismo valor que la norma interpretada y no sólo un valor ético o científico¹⁰².

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n° 17/84, caso n° 19178, 2 de octubre de 1984.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria”, 13 de noviembre de 1985.

¹⁰⁰ Sentencia n° 2313-95, folio 41 vuelta.

¹⁰¹ Sentencia citada, folio 43.

¹⁰² Sentencia citada, folio 43 vuelta. No debe olvidarse que la Sala IV le otorga especial jerarquía a la Convención en virtud del artículo 48 de la Constitución.

La Sala IV utilizó un lenguaje que para nosotros es importantísimo en la fundamentación de la necesidad de que los tribunales locales se hagan eco de la jurisprudencia internacional. Para la Sala, sostener que la opinión consultiva no obligaba a Costa Rica significaba un “burla de todo propósito normativo ya no sólo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación”¹⁰³.

C. Corte Constitucional (Colombia)

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional de Colombia se ha hecho eco de resoluciones de diversos tribunales internacionales en materia de derechos humanos y derecho humanitario. La Corte Constitucional es mucho más precisa en sus referencias a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que a la jurisprudencia interamericana, que sólo menciona de manera genérica. Sin perjuicio de ello, vale destacar la forma recurrente en que los magistrados acuden a las fuentes internacionales para desempeñar su función jurisdiccional.

Así, refiriéndose al carácter especial de los tratados de derecho humanitario, la Corte Constitucional dijo:

“En estos tratados no opera el tradicional principio de reciprocidad ni tampoco –como lo pone de presente la Corte Internacional de Justicia en el caso del conflicto entre los Estados Unidos y Nicaragua– son susceptibles de reserva”¹⁰⁴.

Analizando las características de las normas del derecho internacional humanitario, considera que preservan el núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no pueden ser en manera alguna desconocido, pues:

“ellas encarnan aquellas ‘consideraciones elementales de humanidad’, a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú”¹⁰⁵.

En otro caso importante, la Corte Constitucional, para llegar a la conclusión de que el derecho internacional humanitario, es parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos, cuya validez absoluta y

¹⁰³ Sentencia citada, folio 44.

¹⁰⁴ Sentencia C-574/92, 28 de octubre de 1992, Magistrado Ponente Ciro ANGARITA BARÓN, reafirmada en la Sentencia C-225/95, Magistrado Ponente Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

¹⁰⁵ Sentencia C-225/95, Magistrado Ponente Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo, siguió muy de cerca a la Corte Internacional de Justicia. En especial al sostener que:

“Existe una estrecha conexión entre el derecho internacional humanitario y el *ius cogens*. Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el fallo sobre el Estrecho de Corfú y de manera más precisa aun en el fallo del 27 de junio de 1986 relativo al caso de las actividades militares y paramilitares emprendidas por los Estados Unidos contra Nicaragua”¹⁰⁶.

Al analizar diversos cargos en contra de diversos artículos del Código del Menor, la Corte Constitucional se refirió a la Comisión Interamericana de manera general, afirmando que:

“Por su estrecha relación con los cargos a examinarse, esta Corte destaca la atinente al derecho del menor acusado de infracciones a la ley a ser juzgado por Tribunales especializados. La Comisión Interamericana ha puesto de presente la necesidad de respetar esta garantía aun durante los estados de excepción”¹⁰⁷.

En un caso en el que debió analizar la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva, la Corte Constitucional, sin dar mayores precisiones se refirió a que:

“La jurisprudencia y la doctrina internacionales han precisado lo que debe entenderse por un plazo razonable para la investigación y el juzgamiento, condicionando sus límites a las circunstancias del caso y a la existencia de un verdadero interés público que justifique la restricción del derecho a la libertad personal sin llegar en ningún caso al extremo de desconocerlo”¹⁰⁸.

Si bien es cierto que en dicha sentencia la Corte Constitucional no hizo referencia a ninguna decisión concreta, siguió de cerca alguna de las pautas establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la imposibilidad de traducir en abstracto el concepto de plazo razonable de detención a un número de días, meses o años o una equivalencia según la gravedad de la ofensa.

¹⁰⁶ Sentencia C-574/92 Magistrado Ponente Ciro ANGARITA BARÓN.

¹⁰⁷ Sentencia C-019/93, de 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Ciro ANGARITA BARÓN. La sentencia hace referencia a una recomendación de la Comisión Interamericana efectuada al Gobierno de Uruguay, en su Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1978, p. 167.

¹⁰⁸ Sentencia C-301/93, de 2 de agosto de 1993, Magistrado Ponente Eduardo CIFUENTES MUÑOZ.

Como se ve, la jurisprudencia colombiana hace aplicación de la doctrina del sistema interamericano. Sin embargo, hasta la fecha y a diferencia de la Argentina y de Costa Rica, no ha establecido que dicha doctrina sea obligatoria para los tribunales colombianos.

VII. Reflexión final

A lo largo del trabajo hemos procurado mostrar que en el actual contexto latinoamericano existe una creciente tendencia hacia la apertura internacional. En materia de derechos humanos ello se da a través de dos procesos, el reconocimiento constitucional de la normativa internacional y un incipiente diálogo de algunos tribunales locales con los órganos de supervisión internacional.

Las normas constitucionales y prácticas jurisprudenciales que analizamos deberían traducirse en el comienzo de una nueva etapa en materia de vigencia y respeto a los derechos humanos en el continente. A pesar de lo optimistas que somos en cuanto a los grandes progresos que hemos observado en los últimos años, debemos señalar que sentimos temor, pues sabemos que nuestros países le han “rendido y le rinde[n] tributos millonarios a la insustancialidad. El discurso político está lleno de ilusiones, de fantasías, de derroches verbales, de promesas. La realidad es para el estado un espectro, un fantasma sin contenido...”¹⁰⁹.

Mientras tanto, quienes creemos en el derecho, “lo único que podemos hacer para promover la consolidación del constitucionalismo en nuestro suelo frente a las amenazas que se ciernen, es la promoción de una actitud... lisa y llanamente, la de tomarse la Constitución en serio”¹¹⁰.

¹⁰⁹ HERRENDORFF y BIDART CAMPOS, *Principios*, op. cit., p.16.

¹¹⁰ NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 720.

Parte I

**La relación entre el derecho
internacional de los derechos humanos
y el derecho argentino**

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional

Germán J. Bidart Campos

1. El abordaje del tema que nos ocupa hace conveniente recordar la norma constitucional de base, introducida por la reforma de 1994.

Dice así, cuando se refiere a las competencias del congreso:

Art. 75, inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior a las leyes*.”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la “*jerarquía constitucional*” (el destacado es nuestro).

2. El art. 75, inc. 22, sienta, como principio general, el de la suprallegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola *excepción*.

La modificación ha de verse así:

a) en concordancia con el viejo art. 27, los tratados están por *debajo de la constitución*, pero

b) por *encima de las leyes*, y de todo el resto del derecho interno.

Este principio implica el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992, que no reconocía el rango suprallegal de los tratados.

La *excepción* viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera:

a) *El mismo art. 75, inc. 22*, inviste directamente de *jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos* que enumera taxativamente, pero además

b) prevé que, mediante un procedimiento especial, *otros tratados de derechos humanos* puedan alcanzar también *jerarquía constitucional*.

En los dos supuestos, tales tratados no entran a formar parte del texto de la constitución y quedan fuera de él, en el *bloque de constitucionalidad federal*, y comparten con la Constitución *su misma supremacía*. O sea, no son infraconstitucionales como los otros.

3. Este derecho internacional de los derechos humanos ostenta perfiles que lo distinguen del derecho internacional común, general o clásico. Los tratados sobre derechos humanos, si bien responden a la tipología de los tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los Estados parte a cumplirlos *dentro de sus respectivas jurisdicciones internas*, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales Estados. El compromiso y la responsabilidad internacionales, aparejan y proyectan un deber “hacia dentro” de los Estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado-parte.

4. De este primer esbozo podemos inferir que:

a) *la persona humana* es un sujeto investido de *personalidad internacional*;

b) la cuestión de los derechos humanos ya *no es de jurisdicción exclusiva o reservada de los Estados* porque, aunque no le ha sido sustraída al Estado, pertenece a una *jurisdicción concurrente* o compartida entre el Estado y la jurisdicción internacional;

c) *nuestro derecho constitucional* asimila claramente, a partir de la reforma de 1994, todo lo hasta aquí dicho, porque su *art. 75, inc. 22*, es más que suficiente para darlo por cierto.

5. Es bueno trazar un paralelo entre derecho internacional y derecho interno. El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas –que sin enumerar los derechos humanos aludía a los derechos y libertades fundamentales del hombre– proclama su prioridad sobre todo otro tratado, pacto o

convención en que se hagan parte los Estados miembros de la organización. Quiere decir que tales Estados no pueden resignar ni obstruir a través de tratados la obligación de respetar y cumplir los derechos y libertades fundamentales del hombre.

De modo análogo, cuando una constitución suprema que encabeza al orden jurídico interno contiene un plexo de derechos, éste participa en lo interno, de la misma supremacía que goza la constitución a la que pertenece. Hay pues, una *afinidad*: el derecho internacional de los derechos humanos sitúa a los derechos en la cúspide del derecho internacional, y el derecho interno ubica de modo equivalente a la constitución que incorpora los derechos a su codificación suprema.

La fuerza y el vigor de estas características del derecho internacional de los derechos humanos se reconocen fundamentalmente por dos cosas: a) que las normas internacionales sobre derechos humanos son *ius cogens*, es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles; b) que los derechos humanos forman parte de los *principios generales del derecho internacional público*.

Con tal perfil, se incorporan al derecho interno.

6. Es frecuente el análisis de cómo el derecho internacional ingresa en el derecho interno. Los tratados entran a formar parte de él cuando el Estado los *ratifica* internacionalmente, o *adhiere* a ellos. A partir de la ratificación o la adhesión, el derecho interno recibe al derecho internacional contractual.

No ha sido tan común reconocer que también el *derecho interno penetra en el derecho internacional*. Ejemplo claro de ello son los tratados que al declarar derechos establecen que esos derechos no niegan ni menoscaban otros derechos que puedan surgir del derecho interno del Estado (constitución, leyes, etc.), con lo que puede decirse fácilmente que el tratado hace suyos también los derechos surgidos de fuente interna del Estado.

Esto último exhibe el carácter abierto de los tratados y la tendencia a la *optimización* de los derechos, tanto como el carácter *mínimo y subsidiario* del derecho internacional de los derechos humanos, ya que los tratados procuran que su plexo elemental no sirva ni se use para dejar de lado otros derechos, o los mismos (quizá mejores, más amplios, más explícitos), que sean oriundos del derecho interno.

En correspondencia, no es vano observar en los tratados de derechos humanos un residuo de derechos que, al estilo del lenguaje constitucional, cabe denominar *implícitos*.

Todo ello guarda paralelismo con las frecuentes alusiones que los tratados de derechos humanos efectúan a lo que llaman una *sociedad democrática*.

Por ende, hay que computar en la constitución cuál y cómo es el plexo de derechos, para que integre unitariamente con el derecho internacional un sistema completo.

7. Hemos de partir de un principio que creemos afianzado y clarificado a partir de la reforma constitucional de 1994: el sistema de derechos humanos requiere *completitud*, y no en vano la *doble fuente* –interna e internacional– le provee de contenido amplio, elástico y progresivo.

Lo de “progresivo” no ha de entenderse aquí como referido sólo a un posible y debido desarrollo paulatino que va de lo menos a lo más, ni como un conformismo con la cristalización de un mínimo, sino fundamentalmente como dejando abierta la posibilidad de que se vayan *adicionando nuevos derechos* al ritmo paralelo de nuevas necesidades y valoraciones, y *contenidos nuevos a derechos viejos* de manera análoga.

La completitud del sistema no hace concluir el itinerario de la interpretación, porque de inmediato agregamos que *hay derechos aunque no haya normas* que los declaren y reconozcan. Es elemental movilizarse en tal sentido con el consabido principio que, aun de origen y constancia iusprivatistas, nos parece preceder, desde la base constitucional, a toda interpretación correcta: los jueces no pueden negarse a fallar una causa so pretexto de ausencia u oscuridad de la ley. Esto significa que en el sistema de derechos tampoco es imprescindible que cada derecho cuente con una norma propia de reconocimiento, y que si falta esa norma lo mismo hay que desenvolver un activismo capaz de colmar el vacío normativo de modo satisfactorio para el sistema de derechos.

No interesa acá indagar en detalle el problema de las *lagunas* o *carencias* porque, a nuestro fin, tenemos que postular que la *completitud* del sistema se parece mucho –si acaso no se identifica– con la *hermeticidad* del orden jurídico. Y para lo que a nuestro tema interesa, quiere decir que cuando falta la norma, el operador debe fabricarla, lo cual es –ni más ni menos– *integración* del orden normativo lagunoso, según la iusfilosofía de Werner GOLDSCHMIDT a la que siempre adherimos.

El vacío o la carencia en el orden normativo no ha de trasladarse –por ende– a la dimensión sociológica donde los derechos deben realizarse y hacerse efectivos aunque no haya normas; de ahí que la integración provea la norma ausente para dar hermeticidad al mundo jurídico que, en sí mismo –tridimensionalmente integrado y compuesto– es hermético. Las cláusulas sobre *derechos implícitos* nos dan la razón.

8. ¿Cómo colmar la carencia mediante la integración? Solamente apelaremos ahora a un punto que nos importa demasiado en materia derechos humanos: es menester dar por verdad que, además de las “normas que hay”, el sistema de derechos con su doble frente se alimenta de un plexo de *principios, de valores, de fines y de raíz* –o razón– *histórica*. Tal constelación –tan acentuada en el constitucionalismo español a contar de la constitución de 1978– es de suma importancia, porque con ella y desde ella se rellenan las lagunas (es decir, se integra el ordenamiento cuando carece de normas) y se interpretan las normas que componen el orden normológico escrito.

No es novedad demasiado audaz lo que estamos aseverando, porque el constitucionalismo argentino y comparado, y el propio derecho internacional de los derechos humanos nos han acostumbrado a la ya recordada cláusula de los *derechos implícitos*, lo que –nada más ni nada menos– equivale a sostener que además de los derechos enumerados en las normas hay otros derechos “no enumerados” que hay que “descubrir” con su anclaje en los principios, valores, fines y raíz histórica del sistema completo, echando mano a su doble fuente de producción.

9. El presupuesto está dado por el *Estado democrático* con su fisonomía de “Estado social y democrático de derecho”, en el que –con fórmula para nada inocua ni vacía– se expresa un *contenido material o sustancial* al que concurre el conjunto de principios y valores. Por algo, desde hace mucho, hay autores de prestigio que hacen mención del *techo ideológico* de la constitución, que traduce una *filosofía política* de base. Es en ella donde radica aquel conjunto axial que nutre al mundo jurídico. Y por algo el trialismo jamás descuidó la inserción de un orden de valores, o dimensión *dikelógica* o *axiológica* en el mundo jurídico.

La *retroalimentación* que circula entre la fuente interna y la internacional del sistema de derechos, y que a su modo viene formulada en la “complementariedad” que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional proveen a nuestra constitución reformada en su art. 75, inc. 22, encuentra otro indicio valioso. Es el principio que, aun sin norma explícita en la constitución, damos por contenido implícitamente en ella, al modo como lo aprendimos de la constitución de España de 1978: las declaraciones, las libertades, los derechos y las garantías constitucionales se deben interpretar *de conformidad con los instrumentos internacionales* (declaraciones, tratados, pactos y convenciones) que están incorporados al derecho interno. En el caso argentino, no solamente los que gozan de rango constitucional sino, a la vez, los que solamente están reconocidos con jerarquía suprallegal.

10. En todo este recorrido de interpretación e integración luce bien el sentido que hemos de atribuir a la tendencia a la *maximización y optimización* del sistema de derechos para su completitud y plenitud en el Estado democrático, al que hay que dar efectividad en la vigencia sociológica con *indivisibilidad de las tres generaciones de derechos*: los civiles y políticos, los sociales, y los de la tercera generación. Es en esta adición indivisible donde, a más de perforar toda incomunicación, hay que hospedar a los *silencios e implícitudes* del orden normativo para que rinda resultado benéfico hacia el sistema de derechos. De nuevo hace presencia acá el plexo de *principios y valores* como contenido sustancial del mismo sistema.

El precedente panorama tan someramente esbozado se nos ocurre un instrumento indispensable a la hora en que, desde el ámbito doctrinario o desde la aplicación que han de llevar a cabo los operadores, hay que com-

prender el sentido y alcance del sistema de derechos, con normas y sin normas, para que cumpla su finalidad personalista en el Estado democrático.

11. Aunque no es del caso abordar el detalle de un tema conexo, que-remos dejarlo propuesto. Es el de la *irreversibilidad* de los derechos, como principio que acogemos en el derecho internacional de los derechos humanos e incorporamos a nuestro derecho constitucional.

Significa que cuando el sistema de derechos acrece por ingreso de nuevos derechos, o de contenidos nuevos en derechos viejos, el “plus” queda definitivamente anclado en el sistema, aunque –acaso– la fuente que le dio origen desaparezca. Para nuestro caso de los tratados de derechos humanos, una eventual denuncia por parte de nuestro Estado impediría dar por suprimidos los derechos de los que ahora esos tratados han sido fuente. En tal supuesto, cabría acudir a la tesis de que mantienen su hospedaje en la cláusula del art. 33 de la constitución sobre *derechos implícitos*.

12. La insistencia con que en los últimos años venimos postulando que para la completitud de un sistema de derechos hace falta nutrirlo desde una *doble fuente*: la interna y la internacional, reaparece en muchos de los tratados jerarquizados constitucionalmente. Ello cobra relevancia cuando, desde la misma dualidad de fuentes y de sus respectivas normativas, inferimos la también destacada necesidad de efectuar una *opción preferente* por la que suministra un resultado más beneficioso y favorable para la persona y para el sistema de derechos, en cada caso concreto.

Habíamos advertido que el carácter mínimo y subsidiario que reviste el derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la *maximización y optimización* del sistema de derechos, razón por la cual, para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única –aunque sí mínima– y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de *más amplio* le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-5/85 sostuvo que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, *debe prevalecer* la norma más favorable a la persona humana...”; y en el caso “Viviana Gallardo” de 1981, afirmó que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el *sentido más favorable* al destinatario de la protección internacional –el ser humano– siempre que ello no implique una alteración del sistema” (el destacado es nuestro).

De alguna manera, así como resulta de antigua data el reconocimiento de que el derecho internacional es fuente del derecho interno cuando éste le da recepción, también a la inversa cabe decir que el *derecho internacional de los derechos humanos incorpora al derecho interno* del Estado cuando éste depara solución más amplia o favorable.

Véase como ejemplo el que proporciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice así:

“Art. 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

13. Lo que ahora no podemos omitir es el siguiente punto de vista personal: teniendo presente que en el *derecho internacional* hay un principio básico que es el de su *prelación sobre el derecho interno*, juzgamos incoherente que el Estado que da recepción al derecho internacional en su ordenamiento interno lo coloque por debajo de la constitución y no por encima –o, al menos, a su mismo nivel–. En efecto, parece elemental decir que si el Estado consiente el ingreso del derecho internacional, es de muy escasa congruencia que no lo haga aceptando aquel principio de su primacía sobre el derecho interno.

Argentina, al ratificar y prestar recepción a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, se ha obligado a acatar su art. 27, en el que se define y reafirma que ningún Estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado.

No es coherente, por eso, que la reforma constitucional de 1994 sólo haya reconocido a los tratados un rango supralegal, manteniendo como principio general (con la excepción de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional) el criterio de que los tratados son infraconstitucionales.

14. El *sujeto pasivo* directamente gravado con *obligaciones* emergentes de los tratados de derechos humanos es el Estado, y la relación de alteridad se traba entre cada *persona física* que compone la población o está bajo la jurisdicción del Estado, y el propio *estado* (federal, en casos como el de Argentina). Las obligaciones –y las responsabilidades– son ambivalentes, ya que se sitúan en lo *interno* y en lo *internacional*, por lo que creemos conveniente abordar el tema desde la perspectiva internacional.

El núcleo alrededor del cual gira dicho tema es el de las *violaciones* a los tratados de derechos humanos porque, cuando se consuman, implican *incumplimiento de las obligaciones* que ellos asignan a cada Estado parte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nos proporciona un esquema sencillo en su OC-13/93 del 16 de julio de 1993, al decir que:

“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el art. 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”.

15 . Las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional –pero especialmente si la tienen– se deben interpretar partiendo de la *presunción de que son operativas*, o sea, directamente aplicables por todos los órganos de poder de nuestro Estado.

Cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos: a) con el efecto de *derogar* cualquier norma interna infraconstitucional opuesta a la norma convencional; b) con el efecto de *obligar al poder* judicial a declarar inconstitucional cualquier norma interna infraconstitucional que esté en contradicción con la norma convencional, o a declarar que la norma convencional ha producido la derogación automática; c) con el efecto de *invertir directamente* con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo; d) con el efecto de *convertir en sujetos pasivos* de cada derecho o libertad del hombre al Estado federal, a las provincias, y en su caso, a los demás particulares; e) con el efecto de provocar una *interpretación de la constitución* que acoja congruentemente las normas de la convención en armonía o en complementación respecto de los similares derechos y libertades declarados en la constitución.

En materia de tratados sobre *derechos sociales*, muchas de sus cláusulas –al contrario– suelen ser *programáticas* e, incluso, depender para su eficacia de condicionamientos culturales, económicos, políticos, etc., que exceden el marco semántico del enunciado normativo del derecho.

Lo que debe quedar en claro es que aun tratándose de cláusulas programáticas, si la ley que conforme a ellas debe dictarse, no es dictada en un lapso razonable, la *omisión* frustratoria de la cláusula programática merece reputarse *inconstitucional* (inconstitucionalidad por omisión).

Cuando un tratado como el Pacto de San José de Costa Rica obliga a los Estados parte a *adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter”* que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas “de otro carácter” como alternativas o supletorias de las legislativas, se hallan las *sentencias*, porque los jueces –en cuanto operadores– tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos.

16. Los tratados sobre derechos humanos que forman parte del derecho argentino *obligan a las provincias*, cualquiera sea su rango jerárquico. Ello surge claramente del art. 31 de la Constitución. Además, hay trata-

dos que expresamente prevén igual situación en una *cláusula federal* destinada a los Estados que, siendo de estructura federal, se hacen parte en ellos (así, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

17. Una vez que tenemos en claro que entre los tratados internacionales la reforma de 1994 ha introducido el desdoblamiento entre algunos que –versando sobre derechos humanos– tienen la misma jerarquía que la Constitución, y otros –de cualquier materia– que solamente son superiores a las leyes (y, por ende, inferiores a la constitución), es menester que hagamos otra reserva personal.

Para ello, tomamos en consideración a los tratados que son *infraconstitucionales*.

Bien que a la Constitución se le otorgue supremacía sobre esos tratados, estamos ciertos de que cuando nuestro Estado se hace parte de un tratado y lo incorpora a nuestro derecho interno, ni siquiera una reforma futura a la Constitución puede contrariar al tratado. Es un caso curioso de un *límite heterónomo o externo* que el Estado asume, acepta y reconoce a su propio poder constituyente futuro.

La aludida curiosidad radica en que una norma inferior a la Constitución –como es la de un tratado internacional sin rango constitucional– puede originar *inconstitucionalidad* en una norma *superior* que le resulte contraria.

Siempre hemos estado acostumbrados a verificar y detectar la inconstitucionalidad cuando normas de nivel inferior se oponen y violan a normas de un plano superior que las subordinan. En nuestro ejemplo reciente, una norma de nivel inferior –tratado– engendraría inconstitucionalidad en normas de un plano superior –Constitución–.

El fenómeno se asimila fácilmente cuando con agilidad se concede a los tratados la naturaleza de una *fuentes* que, al ingresar su producto al derecho interno, implanta en él un límite heterónomo que alcanza hasta condicionar al propio poder constituyente.

Nuestra tesis puede, en suma, resumirse así: *Fuentes externas* al Estado como son, en cuanto fuentes internacionales, los *tratados*, introducen su contenido en el derecho interno, y aun cuando dentro de éste tal contenido se sitúe en un nivel inferior al de la Constitución, funciona como un *límite heterónomo* que es capaz de invalidar por *inconstitucionalidad* a normas *superiores* que sean violatorias del tratado.

La innovación que esta tesis introduce en la teoría de la supremacía de la constitución y en el concepto del poder constituyente es trascendental: la supremacía constitucional ya no da pie para negar inconstitucionalidades que puedan provenir de violación a un tratado internacional por parte de enmiendas que el poder constituyente incorpore a un posterior texto constitucional.

18. La parte del inc. 22 que más conflicto interpretativo provoca en muchos autores es la que dice que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional “no *derogan* artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Una interpretación que no compartimos considera que la “no derogación” de los artículos de la primera parte de la Constitución significa que esa primera parte –con el plexo de derechos y garantías– tiene prelación sobre los tratados de jerarquía constitucional.

En tanto, la segunda parte de la Constitución se ubicaría por debajo de tales tratados.

Tal esquema viene a acoger la tesis, por nosotros rechazada, de relaciones intrajerárquicas dentro de un sistema de normas que revisten jerarquía constitucional.

Lejos de estos desdoblamientos, afirmamos sintéticamente que *toda la Constitución* (su primera parte más el resto del articulado) *en común con los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional* (más los que la adquieren en el futuro) *componen un bloque que tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional*. Dentro de ese bloque no hay planos superiores ni planos inferiores; o sea, forman una cábecera en la que todas sus normas se encuentran en *idéntico nivel entre sí*.

Se nos dirá que la cláusula de “no derogación” de la primera parte de la Constitución por los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional ha de tener algún sentido y tener algún efecto.

19. No obstante, tomemos en cuenta que, a continuación, dicha cláusula enuncia que tales instrumentos internacionales son *complementarios*.

¿Qué podemos inferir de la coordinación entre las dos pautas: la “no derogación” y la “complementariedad”?

a) Vamos a resumirlo. ¿Qué significa la “no derogación”?

Es una pauta hermenéutica hartamente conocida la que enseña que en un conjunto normativo (para el caso: la Constitución “más” los instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, *todas las normas y todos los artículos* de aquel conjunto *tienen un sentido y un efecto*, que es el de *articularse en el sistema* sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se lo considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este “algo” de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el “algo” que se atribuye a otro o a otros.

b) Pasemos a la “complementariedad”.

La tesis que pregonaba la inaplicación de cualquier norma de un tratado con jerarquía constitucional a la que acaso se impute oposición con alguno de los artículos de la primera parte de la Constitución hace una liga-

zón entre la “complementariedad” de los tratados respecto de dichos artículos, y la “no derogación” de éstos por aquéllos. De este modo, le asigna a la palabra “complementarios” un sentido equívoco de accesoriedad y hasta supletoriedad, que riñe con la acepción del vocablo “complemento” y del verbo “complementar”.

Complemento es lo que hace falta agregar a una cosa para que quede *completa*, pero no lo que se ubica en un plano secundario respecto de otro superior. Para nada hemos de imaginar que el nivel de lo complementario es inferior al nivel de aquello a lo que complementa.

De ahí que sostener que los tratados, debido a su complementariedad respecto de los artículos de la primera parte de la Constitución, no derogan a ninguno de ellos, jamás tolera aseverar que éstos pueden llegar a excluir la aplicación de un tratado ni que, en vez de conciliar lo que pueda parecer incompatible, hay que hacer prevalecer indefectiblemente las normas que integran la primera parte de la Constitución.

20. Si a la criticada locución “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución” hemos de darle un sentido aceptable, sólo consentimos éste: “los artículos de la primera parte de la constitución y los instrumentos internacionales a los que el inciso 22 adjudica jerarquía constitucional *componen un plexo indisociable* de derechos y garantías, en el que ninguna norma del primer sector hace inaplicable a una o más del otro sector, y viceversa; la *complementariedad* del segundo respecto del primero significa que le proporciona *completitud* y que nunca puede resultar inocuo”.

En síntesis, *ni los artículos de la primera parte de la Constitución “derogan” o dejan sin efecto a normas internacionales de su mismo rango, ni éstas perturban a aquéllos*, porque unos y otras, dentro del sistema de derechos al que como fuente alimentan con igual jerarquía, forman un conjunto coherente, insusceptible de desgajar, o desarticular o dividir con supuestas incompatibilidades, oposiciones o contradicciones.

21. Después de la quizá minuciosa explicación antecedente, hay que trasladar conclusiones desde nuestro enfoque de la supremacía al del control de constitucionalidad. Todo ello a la luz de la reforma de 1994.

a) La paridad que asignamos a *todo el conjunto normativo de la Constitución con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional* (los once enumerados en el art. 75, inc. 22, más los que la adquieren en adelante) *impide declarar inconstitucionales*:

a.1) a norma alguna de la Constitución (en cualquiera de sus partes) en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional;

a.2) a norma alguna de dichos instrumentos en relación con normas de la Constitución (en cualquiera de sus partes);

a.3) por ende, toda aparente oposición o incompatibilidad ha de supe-

rarse a tenor de una interpretación armonizante y congruente, en la que se busque seleccionar la norma que en su aplicación rinda resultado más favorable para el sistema de derechos (integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional), en razón de la mayor valiosidad (pero no supremacía normativa) que el sistema de derechos ostenta respecto de la organización del poder.

b) El bloque encarado en el anterior inc. a) y sus subincisos obliga a *controlar* todos los sectores del *derecho infraconstitucional*, y a *declarar inconstitucional* toda norma que en él sea infractora de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

c) Los tratados internacionales que *no gozan* de jerarquía constitucional, como inferiores que son, quedan sometidos a *control* (aun cuando en nuestra tesis, ello sea incoherente y discrepante con el principio de primacía del derecho internacional sobre todo el derecho interno).

d) Todo el *derecho infraconstitucional*, a partir de las leyes, también debe ser controlable en relación con los tratados sin jerarquía constitucional, porque el principio general aplicable a este supuesto es el de la superioridad de los tratados sobre las leyes y, por ende, sobre el resto del ordenamiento sublegal.

22. ¿Se ha extraviado o ha dejado de existir la supremacía de la Constitución?

Más bien, cabría sostener que hay un *reacomodamiento* de la misma.

Los modos de adecuar la supremacía constitucional a esta nueva realidad son variables y propios de cada Estado. Los hay que colocan al derecho internacional con prioridad sobre todo el derecho interno, incluida la misma Constitución. Los hay que confieren al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de la Constitución. Otros, sólo dan prelación a ese derecho respecto de las leyes.

No es aventurado aseverar que tales soluciones parcialmente diferentes provienen de una decisión *interna*, sea del poder constituyente, sea de la incorporación del Estado a un tratado internacional, o a un sistema de integración comunitaria. En todas esas ocasiones, hay una previa prestación de *consentimiento estatal* expresado mediante procedimientos que, de alguna manera, también dependen de su derecho interno.

Por eso, en el retoque de *aggiornamento* que hacemos hoy a la doctrina de la supremacía de la Constitución, decimos que esa doctrina subsiste y que la Constitución sigue siendo suprema en cuanto siempre es *fuente primaria y fundante* del orden jurídico estatal y decide su prelación, aunque ella misma –al establecer la gradación jerárquica de ese orden– ceda acaso el primer nivel al derecho internacional o al derecho de la integración.

Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino

Guillermo R. Moncayo

I. Introducción

Después de un largo período en el fueron quebrantados sistemáticamente los derechos humanos en la Argentina, uno de los propósitos del gobierno que restableció la democracia fue asegurar la vigencia efectiva de los principios jurídicos y morales que reconocen los derechos del hombre, dotándolos de protección y dándoles un resguardo internacional. Por ello nuestro país se hizo entonces parte de numerosos convenios internacionales sobre derechos humanos.

La Argentina, que había votado la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en 1984.

Adhirió no sólo a la parte dogmática de este acuerdo, sino que también aceptó los mecanismos de control y jurisdiccionales que él establece. Aceptó la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 45) y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus fallos (arts. 62 y 68). Se hizo parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, en 1986; de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en 1985; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en 1986; de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989.

Entonces, ya era parte –entre otras– de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en vigor desde 1952, y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, vigente desde 1969.

Todos estos tratados –en verdad, todos los tratados internacionales– integran el orden normativo nacional como un “estatuto legal autónomo

cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de la ley aprobatoria" (Fallos 202:353). Ya antes de la reforma constitucional constituían "ley suprema" de la Nación y la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación les había acordado, a partir del caso "Ekmedjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo", sentencia del 7 de julio de 1992, (Fallos 315:1492), una jerarquía superior a las leyes internas.

En ese fallo se interpretó una disposición del Pacto de San José de Costa Rica que reconoce el derecho de rectificación o respuesta a toda persona afectada por "informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reconocidos y que se dirijan al público en general". Ese derecho consiste en efectuar por el mismo órgano de difusión tal rectificación o respuesta, pero ella ha de hacerse "en las condiciones que establezca la ley".

En un primer caso "Ekmedjian, M. A. c/Neustadt, Bernardo" (Fallos 311:2497), la Corte Suprema de Justicia consideró –erróneamente– que al no mediar aún una reglamentación legal, ese derecho de rectificación o respuesta no podía "ser tenido como derecho positivo interno". Una ley –a su juicio– debía tornar aplicable un derecho que, de por sí, carecía de un alcance unívoco y a cuyo respecto no existían pautas susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente.

La sentencia dictada años después en la causa ya citada, "Ekmedjian M. A. c/Sofovich, Gerardo y otros" (Fallos 315:1492) cambió el criterio. La interpretación textual según la cual "toda persona tiene derecho a...", despejó la duda, en el voto de la mayoría de la Corte, "sobre la existencia de la alegada operatividad". La redacción del art. 14.1 del Pacto es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta. A la ley sólo quedan remitidas particularidades concernientes a su reglamentación y el concepto de ley que requiere el Pacto comprende también a las sentencias judiciales.

La Corte Suprema se prevaleció de la interpretación que de la referida norma convencional hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-7/86. "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta", Serie A, n° 7, p. 13), a pesar de que la norma remite a "las condiciones que establezca la ley" (art. 14). Fue considerado operativo por entenderse que el término ley es utilizado en sentido amplio y tiene por finalidad establecer las condiciones de menor entidad relacionadas con el ejercicio de ese derecho, cuyos datos esenciales fluyen del mismo tratado.

En el voto disidente de dos jueces de la Corte Suprema (PETRACCHI y MOLINÉ O'CONNOR) se destacaron ciertos caracteres distintivos del derecho internacional de los derechos humanos. Por un lado, la presunción de operatividad; por el otro, la diferencia con las demás categorías de tratados en cuanto los de derechos humanos no son un medio de equilibrar in-

tereses recíprocos entre los Estados, sino que buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios son los seres humanos, independientemente de su nacionalidad.

Al vincularse a través de estos instrumentos, los Estados se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones hacia individuos bajo su jurisdicción (cf., Opinión Consultiva OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –art. 74 y 75”, Series A y B, n° 2, del 24 de septiembre de 1982 párrafo 29). Este carácter ya había sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando destacó el carácter esencialmente objetivo de las obligaciones asumidas en la Convención Europea (“Austria vs. Italy”, Application n° 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, 1961, vol. 4, p. 140).

Se muestra una tendencia a la distinción y a la jerarquización de los acuerdos sobre derechos humanos que la Constitución reformada vendría a acoger y normativizar. El art. 75, inc. 22, confiere jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, al conjunto de declaraciones y tratados de derechos humanos que antes hemos señalado. Se crea así una suerte de “bloque de constitucionalidad”, formado por la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos “constitucionalizados”, no sin cierta semejanza con el “bloque de constitucionalidad” que en Francia está representado por la Constitución de 1978, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

II. Obligatoriedad e interpretación

Con reiteración la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que todos los jueces tienen el derecho y a la vez el deber de aplicar la Constitución Nacional y de asegurar su primacía. Podría hoy predicarse lo mismo de los instrumentos internacionales a los que la Constitución reformada ha dado jerarquía constitucional. Prevalecen sobre los demás tratados y sobre las leyes de la Nación.

Una larga experiencia judicial ha fijado criterios hermenéuticos para interpretar la Constitución. Lo reciente de la reforma que ha “constitucionalizado” a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las características propias de este derecho torna conveniente hacer algunas reflexiones sobre ciertos criterios interpretativos genéricos de sus normas.

Y también, particularizar sobre la interpretación y los alcances posibles de las disposiciones constitucionales que han dado una jerarquía privile-

giada a un limitado número de instrumentos internacionales, los que ya han comenzado a ser materia de análisis en una jurisprudencia reciente.

A. Criterios interpretativos genéricos

Al interpretar cualquiera de las normas internacionales sobre derechos humanos, posean o no jerarquía constitucional, cabe tener presente, entre otras, las siguientes pautas:

1. Especificidad de los derechos humanos

Los tratados sobre derechos humanos presentan características que los distinguen de las convenciones multilaterales tradicionales. Salvo los casos en los que la voluntad de los diversos Estados contratantes convergen en propósitos y finalidades comunes como serían, por ejemplo, los reflejados en tratados constitutivos de organismos internacionales o en convenciones que crean situaciones jurídicas objetivas, los tratados multilaterales suelen reflejar un intercambio recíproco de derechos o prestaciones cuyos destinatarios inmediatos son los Estados.

Se procura mediante ellos equilibrar intereses recíprocos y no están exentos de caracteres conmutativos que los diferencian de los acuerdos sobre derechos humanos en cuanto éstos generan una suerte de orden público común, del que son directamente beneficiarias las personas, sin distinción alguna.

Como lo señalan los precedentes jurisprudenciales ya invocados, los Estados asumen obligaciones directas hacia los individuos sujetos a su orden jurídico y el bien común es el objeto y fin de esas normas internacionales. De ahí que la observancia de sus disposiciones trasciente el interés de las partes y concierne a la comunidad internacional en su conjunto.

2. La jurisprudencia internacional “como guía”

En la aplicación de los tratados sobre derechos humanos cabe tener presente otros rasgos particulares. El primero, consiste en el carácter de fuente interpretativa que la Corte Suprema acuerda a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunque insinuado este reconocimiento en los precedentes “Servini de Cubría” (Fallos 315:1943) y “Ekmedjian c/Sofovich” (Fallos 315:1492), fue en el caso “Giroidi, Horacio David y otro s/recurso de casación” (sentencia del 7 de abril de 1995), donde este principio fue definido con nitidez.

Para la Corte Suprema, tal jurisprudencia “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”.

En el caso “Giroidi” se objetó la constitucionalidad de una norma del Código Procesal Penal de la Nación (art. 459, inc. 2) que veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en

lo criminal en razón de la exigüedad de las penas. Tales sentencias, de poco monto sancionatorio, devienen así definitivas, lo que fue considerado incompatible con la disposición del Pacto de San José de Costa Rica que impone la doble instancia judicial como “garantía mínima” para “todo persona inculpada de delito” (art. 81, párrafo 21, ap. h).

La Corte Suprema declaró la invalidez constitucional de la limitación establecida en aquella norma procesal afirmando la superior jerarquía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y estableció que la exigencia de la doble instancia se hallaba satisfecha mediante el recurso de casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal, recurso que no podía ser afectado por la limitación objetiva de la norma.

Consideró la Corte Suprema que la instauración de esa Cámara Nacional había venido a erigir una instancia “intermedia” entre los tribunales de primera instancia y la Corte que satisfacía la exigencia de la doble instancia; doble instancia que en modo alguno puede o pudo considerarse como cumplida o verificada con el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48, como con error, en nuestra opinión, lo sostuvo la Corte Suprema en el caso “Jáuregui” (Fallos 311:274).

En efecto, aunque la invocación de la arbitrariedad ha permitido a la Corte Suprema invalidar sentencias en casos en los que se debatían cuestiones de hecho, prueba y de derecho común o procesal, por considerarlas –en esencia– violatorias de la garantía de la defensa en juicio, es lo cierto que la vía del art. 14 de la ley 48, aun antes de la norma restrictiva del actual art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ha sido excepcional y una muy reiterada jurisprudencia lo ha reafirmado en modo terminante. No es la Corte una instancia ordinaria que pueda revisar sentencias en causas que no involucren cuestión federal, al margen del acierto o error de los fallos o procedimientos impugnados.

A juicio de la Corte, ella debe aplicar los tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, lo que significa en la forma en que la Convención Americana efectivamente rige en el ámbito internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

Partiendo de tal criterio interpretativo, la Corte Suprema se prevalece del alcance que la Corte Interamericana asignó al art. 1 de la Convención en el sentido que los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Esta obligación de “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impiden a los individuos disfrutar los derechos que la Convención les reconoce. “Por consiguiente, la tolerancia del

Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", del 10 de agosto de 1990, párrafo 34).

En el caso "Giroldi", la declaración de inconstitucionalidad de la norma procesal que vedaba el recurso de casación vino a garantizar al inculcado el derecho "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" exigido por la norma internacional.

Afirmó entonces la Corte Suprema que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "debe servir de guía" para la interpretación de los preceptos convencionales y en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de ese Tribunal Interamericano para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José de Costa Rica.

Tal jurisprudencia de la Corte Interamericana, por la valoración que de ella hace la Corte Suprema argentina, se halla dotada de una suerte de "ultra-actividad" que despliega efectos de alcance interpretativo en la jurisdicción interna. Podría bien considerarse que aquella Corte es la intérprete auténtica del Pacto de San José de Costa Rica cuando se pronuncia sobre él en cuestiones contenciosas o por vía consultiva. Y también lo es, cuando ejerce la función consultiva "en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano" (Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte -art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos-).

Podría decirse que así como los tribunales inferiores de la Nación se hallan obligados moralmente a seguir los criterios interpretativos de la Corte Suprema (Fallos 212:51), particularmente en materia constitucional, y también lo están por la necesidad institucional de respeto y acatamiento de sus decisiones (Fallos 239:353; 240:7; 245:429 y otros), los Tribunales de la Nación deberían procurar ajustar la interpretación de las normas de derechos humanos a los criterios de la Corte Interamericana o de las jurisdicciones internacionales competentes.

Por supuesto, no media delegación o transferencia de funciones judiciales, ni siquiera un vínculo de acatamiento obligatorio, pero sí un voluntario reconocimiento del carácter de intérprete auténtico de las normas internacionales que nuestra Corte ha reconocido explícitamente en la Corte Interamericana.

Con un sentido extensivo, creemos que la interpretación que haga la

Corte Europea de Derechos Humanos de las normas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (noviembre de 1950), y de sus Protocolos Adicionales, que tengan un contenido similar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podrían también servir de guía interpretativa a nuestros tribunales.

En este sentido, la propia Corte Interamericana ha invocado jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (OC-7/86 del 29 de agosto de 1986) y también lo ha hecho con opiniones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (caso “Austria vs. Italy”, ya citado).

3. Interpretación *pro-hominis**

El otro criterio en la aplicación de las normas sobre derechos humanos que debe ser considerado por los jueces, deriva del principio de la interpretación *pro-hominis* conforme al cual ha estarse siempre a la interpretación que resulta más favorable al individuo en caso de disposiciones que le reconozcan o acuerden derechos. Y, con el mismo espíritu, ha de darse prevalencia a la norma que signifique la menor restricción a los derechos humanos en caso de convenciones que impongan restricciones o limitaciones.

Constituye éste un principio interpretativo ordenador, pues los derechos humanos reconocen fuentes muy diversas que, a veces, regulan y convergen en una misma materia. Estas fuentes pueden ser internacionales o de derecho interno. En todo caso, los tratados de derechos humanos establecen, en general, que ninguna de sus disposiciones ha de ser interpretada en modo que permitan limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas de acuerdo con las leyes de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de esos Estados (cf., Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29, b); art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Así, el caso “Giroldi” podría servir de ejemplo. La Constitución Nacional garantiza en el art. 18 la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos. Nada dice sobre la doble instancia judicial y una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema había consolidado el criterio de que la doble instancia no es requerimiento de la garantía de la

* N. del comp.: sobre este tema ver, en este mismo ejemplar, PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

defensa en juicio. La disposición del Pacto de San José de Costa Rica que afirmó en materia penal el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8, h), determinó la invalidación –en caso concretos– de las normas procesales que vedaban la doble instancia en razón de la exigüedad de las penas, como fue recientemente reiterado en el caso “Álvarez Carlos A. y otro s/injurias” (Corte Suprema, sentencia del 30 de abril de 1996).

Pudo la Corte Suprema en las causas en las que aplicó esta disposición, haber sustentado sus fallos también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el art. 14.5 confiere el derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto a una persona declarada culpable “sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”. Ambas convenciones internacionales acuerdan al inculpado un derecho recursivo que la Constitución no contempla.

A su vez, el Protocolo n° 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –ampliando el listado de Derechos Civiles y Políticos– reconoce también a toda persona declarada culpable de un delito el derecho a la revisión de su declaración de culpabilidad o sentencia por un tribunal superior, aunque admite distintas excepciones. Una de ellas, que podría ser aplicada en nuestro derecho a través de una razonable interpretación, excluye de la doble o ulterior instancia los casos “en los que la persona de que se trata haya sido juzgada en primera instancia por el más alto tribunal...”. Sería el caso de nuestra Corte Suprema cuando interviene en causas penales que conoce en instancia originaria y exclusiva (art. 117 de la Constitución Nacional).

El silencio o la omisión de una convención de derechos humanos respecto de un derecho individual o su formulación más restrictiva que la establecida en una norma de derecho interno, no podrían prevalecer sobre la disposición doméstica que lo resguarda con mayor amplitud. Así, la circunstancia de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevea en ciertos casos la privación de bienes personales “mediante el pago de una indemnización justa” sin imponer su pago previo, no obsta a que tal exigencia rija necesariamente en virtud de lo expresamente establecido en el art. 17 de la Constitución Nacional.

B. Criterios interpretativos específicos

1. Condiciones de vigencia

La jerarquía constitucional es acordada al conjunto de tratados de derechos humanos precisados en la Constitución “en las condiciones de su vigencia”.

Naturalmente, es el derecho internacional el que determina las condiciones de vigencia de los tratados internacionales, cuyas reglas rigen a los

tratados sobre derechos humanos. No ha de prescindirse, entonces, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que nuestro país es parte.

Con arreglo a ella, los tratados multilaterales entran en vigor de la manera y en la fecha que en ellos se disponga o que acuerden los Estados negociadores. En general, para que el tratado entre en vigencia, se requiere el depósito de un determinado número de ratificaciones (o de adhesiones) ante un funcionario internacional o institución designada en el tratado mismo (el Secretario General de la OEA para la Convención Americana de Derechos Humanos, el Secretario General de las Naciones Unidas para las demás convenciones precisadas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

De tal modo, ni la ley aprobatoria del Congreso Nacional, ni el acto de ratificación o de adhesión por parte del Presidente de la República son suficientes para que una convención internacional tenga vigencia en nuestro país. Será menester, para ello, el depósito del instrumento de ratificación (o de adhesión) y que el tratado haya alcanzado o alcance el número de actos de ratificación o adhesión en él previstos.

La ley aprobatoria del Congreso Nacional tiene internamente un solo efecto jurídico: habilitar al Poder Ejecutivo a ratificar el tratado y, consecuentemente, a depositar el instrumento de ratificación. Una vez que el tratado internacional se halle en vigencia y nuestro país se haya hecho internacionalmente parte de él, el tratado pasa a formar parte, sin más, de nuestro orden jurídico como un estatuto legal autónomo. Una ley interna impone su publicidad en el Boletín Oficial, pero tal acto en modo alguno comporta un acto de recepción o de transformación de la norma internacional.

Estos tratados de derechos humanos pasan a integrar nuestro derecho en las condiciones de su vigencia, pero es sabido –y así resulta de la Convención de Viena– que los tratados internacionales son susceptibles de reservas manifestadas mediante declaraciones unilaterales que los Estados efectúan al expresar su consentimiento en obligarse por el tratado. Su objeto es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones en su aplicación al reservante.

Las reservas son lícitas, a menos que el tratado las prohíba expresamente o que sean incompatibles con su objeto y fin y tienen efectos recíprocos.

Pues bien, cuando el art. 75, inc. 22, de la Constitución habla de las convenciones que tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, ha de entenderse que la norma internacional adquiere jerarquía constitucional con las reservas que nuestro país ha hecho y también con las reservas que los terceros Estados parte hayan hecho y que vinculan a la Argentina.

El régimen de las reservas se halla regulado en la referida Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Parte II, Sección 2) y es aplicable a toda suerte de tratados. La Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa que ella sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de aquella Convención. Hay, lisa y llanamente, una remisión (art. 75) y la Corte Interamericana se ha encargado de precisar que la Convención Americana entra en vigor para el Estado que la ratifique o adhiera en la fecha de su instrumento de ratificación o adhesión.

A título de ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos rige en nuestro país con la reserva introducida por el Poder Ejecutivo Nacional al art. 21 que regula el derecho a la propiedad privada al afirmar, en el instrumento de ratificación del tratado (14 de agosto de 1984), que “no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno” y también, que considerará irrevisable lo que los Tribunales nacionales determinan como causas de “utilidad pública” e interés social, ni lo que éstos entiendan por “indemnización justa”.

También, el art. 15, ap. 21, del Pacto Internacional de Derechos Políticos mereció una reserva de nuestro país. Esa norma admite el juzgamiento y la penalización de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delitos según los principios generales del derecho internacional reconocidos por la comunidad internacional. La reserva de la Argentina expresa que dicho artículo estará sujeto a lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional. El Pacto Internacional rige en nuestro orden jurídico con la reserva señalada.

2. Alcance no derogatorio - Complementariedad

a) Dice la Constitución reformada que las normas de derechos humanos constitucionalizadas *no derogan* artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y deben entenderse “complementarios” de los derechos y garantías en ella establecidos.

La expresión “no derogan”, no es técnicamente adecuada. Un tratado de derechos humanos no podría derogar norma alguna de la Constitución, como tampoco una ley podría pretender derogar un tratado. Tienen éstos un régimen particular de nulidad, terminación y suspensión regulado en la Parte V de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Lo que sí podría uno de aquellos tratados o una ley posterior a un tratado es apartarse de una cláusula de la Constitución o, en el caso de una ley, establecer normas incompatibles con el tratado. Estas transgresiones no pueden pretender alcance derogatorio alguno; se trata, simplemente, de conductas ilícitas.

Un tratado violatorio de la Constitución infringiría su art. 27 y podría ser invalidado, en un caso concreto, por una sentencia judicial; una ley

que quebrantase o fuese incompatible con un tratado internacional sería constitucionalmente objetable y podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

La “no derogación” establecida en el nuevo texto constitucional debe ser interpretada como un juicio asertivo del constituyente sobre la compatibilidad de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de 1853/60 con las normas constitucionalizadas en la reforma. Es un juicio de verificación definitivo que presupone el análisis y la confrontación del texto constitucional vigente antes de la reforma, que subsistía, con las normas de derechos humanos que se incorporaban a la Constitución, complementándola.

No cabe la posibilidad que tal juicio, emanado del poder constituyente, sea revisado por ningún poder constituido. Escapa, por tanto, a cualquier contralor o revisión constitucional. En el seno de la Convención Constituyente fue descartado un texto que condicionaba la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos a que ellos estuviesen en armonía con las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución¹.

La Corte Suprema ha reafirmado el criterio de que los constituyentes “han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.

De ello se desprende, a juicio de la Corte, “que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente” (caso “Monges Analía M. c/UBA –resolución 2314/95–”, sentencia del 26 de diciembre de 1996–).

Existe un juicio de comprobación y cualquier alegada incompatibilidad ha de ser resuelta aplicando el criterio de interpretación *pro hominis* al que ya nos hemos referido y haciendo extensivo el criterio de la Corte Suprema conforme al cual “la hermenéutica de la Constitución no debe efectuarse jamás de modo tal que queden frente a frente los derechos y deberes enumerados para que se destruyan recíprocamente, sino que debe procurarse su armonía dentro del espíritu que los dio vida...” (doc. de Fallos 246:345; 251:86; 258:267; 300:596; 301:771 y otros).

Aunque el texto constitucional es preciso: la no derogación está referida a “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, la Corte

¹ CARRÍO, María Elisa, *Alcances de los tratados en la hermenéutica constitucional*, en *Interpretando la Constitución*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 71.

Suprema, partiendo del criterio de “complementariedad” de las normas de derechos humanos jerarquizadas constitucionalmente, extendió el criterio de complementación a la parte orgánica de la Constitución. En el antes mencionado caso “Monges” afirmó que cabe predicar ese mismo criterio respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, a pesar de que el constituyente no haya hecho expresa alusión a ella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución.

En consecuencia, debe interpretarse “que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.

b) Este carácter complementario asignado a los instrumentos de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional, no debe ser considerado con un criterio de subsidiariedad, sino de integración. Lo que revisite carácter subsidiario son los mecanismos internacionales que protegen los derechos humanos, pues ellos comienzan a operar una vez agotadas, sin éxito, las vías internas. El agotamiento de las vías internas es, en principio, la condición que necesariamente debe observarse para incitar la actividad de los instituciones internacionales que resguardan los derechos humanos.

En cambio, en razón de su carácter complementario, las normas de fondo de los instrumentos de protección de los derechos humanos, pasan a integrar, a precisar y, en ciertos casos, a enriquecer el contenido de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional.

Así, la Constitución asegura la libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa e impide que el Congreso federal dicte leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal. Concebido en el siglo pasado, el texto formal se halla referido a la prensa escrita. Si bien la jurisprudencia fue integrando esa suerte de vacío, haciendo extensible el principio, con algunos matices, a medios de expresión distintos que el avance tecnológico posibilitó, el Pacto de San José de Costa Rica específicamente reconoce a toda persona la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. También, entre otros resguardos, impide restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, etcétera.

El escueto marco normativo de la Constitución está largamente excedido por las normas internacionales a las que se les ha dado jerarquía constitucional y ellas, naturalmente, no se hallan sometidas a las contingencias o cambios de la jurisprudencia.

En igual orden de cosas, con relación al estado de sitio, las normas de la Constitución, ya muy trabajadas por la jurisprudencia, se han visto

complementadas por normas del Pacto que exigen que las disposiciones excepcionales se dicten en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, vedando, además, la suspensión de determinados derechos (a la vida, a la integridad personal, a la libertad de conciencia y de religión, derechos políticos, etc). Asimismo impone al Estado el deber de informar a los demás Estados partes las disposiciones cuya aplicación fue suspendida, los motivos de la suspensión y de la fecha en que ella concluyó.

3. Jerarquización constitucional de otros tratados

El número de tratados de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional puede ser ampliado. La Constitución reformada abre la posibilidad de que el legislador acuerde esa jerarquía a otros tratados de derechos humanos a más de los que explícitamente ya lo están en virtud del art. 75, inc. 22. Para ello, es necesario un procedimiento legislativo particular: luego de ser aprobados por el Congreso, se requerirá el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Se trata de un acto al que la Constitución asigna particular importancia. Y en realidad la tiene, porque al “constitucionalizar” un tratado de derechos humanos, el Congreso asume una función que excede la meramente legislativa y se aproxima, en alguna medida, a la función constituyente.

En efecto, si se considera que en el actual orden jurídico argentino existe un bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución y por los tratados de derechos humanos “constitucionalizados”, el órgano que incorpora una nueva norma a ese conjunto, asume, con ciertas limitaciones –como se verá–, una función constituyente complementaria.

Esta posibilidad de acordar jerarquía constitucional a “tratados y convenciones sobre derechos humanos” plantea diversas cuestiones sobre las que la Constitución nada dice.

Así, la Argentina es parte de diversas convenciones de derechos humanos que no han sido “constitucionalizadas” y que para serlo, necesitarían del procedimiento especialmente previsto en la Constitución reformada.

Tales, a título de ejemplo, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Protocolo Final la Convención para la Supresión de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena, la Convención sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (nº 98), la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, la Convención Relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) (nº 111).

¿Es posible que una ley del Congreso acuerde jerarquía constitucional a una convención sobre derechos humanos vigente al momento de la reforma?

Podría sustentarse una opinión negativa que obstase a tal posibilidad argumentando que si el constituyente hubiese considerado necesario acordar jerarquía constitucional a otros tratados no enunciados en el art. 75, inc. 22, lo hubiese hecho. La omisión podría ser interpretada como un acto deliberado del constituyente, que habría obrado con un criterio selectivo y excluyente.

La opinión contraria parece más razonable. No hay una prohibición expresa para que tratados vigentes antes de la reforma sean jerarquizados constitucionalmente con posterioridad. Ha de partirse de la idea que al “constitucionalizar” un conjunto preciso y definitivo de declaraciones y tratados, el constituyente ha valorado circunstancias de orden jurídico, a la vez que de orden político y social, a la que no son extrañas enseñanzas de la historia reciente de nuestro país y de la comunidad internacional, que lo han hecho privilegiar algunas materias y determinadas regulaciones.

Pero bien puede ocurrir que los valores que se pretendieron resguardar, los intereses que se querían proteger en algún tratado anterior sobre un determinado derecho humano o sobre una categoría de ellos adquieran, con el tiempo, una significación o trascendencia particular. En un mundo cambiante, en una sociedad dinámica, sometida a nuevas corrientes de pensamiento, al influjo de nuevas tecnologías y a nuevas experiencias históricas, puede suceder que el cambio de circunstancias determine la necesidad o la conveniencia de otorgar jerarquía constitucional a tratados que hoy no la poseen.

Así como los jueces, al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, “no pueden desentenderse de las transformaciones históricas y sociales” ya que “la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes...” (Fallos 211:162; 308:2268), el legislador puede jerarquizar constitucionalmente tratados sobre derechos humanos cuando con ello satisfaga exigencias y valoraciones de la comunidad que se manifiestan con una intensidad o con características que no existían al tiempo en que nuestro país se hizo parte de ellos.

Los tratados que sean “constitucionalizados” en el futuro por el legislador no podrían derogar disposición alguna de la primera parte de la Constitución, como ella ya lo establece –y lo reafirma la Corte– respecto de los tratados de derechos humanos “constitucionalizados” en la reforma. Pero faltaría en aquéllos el juicio constituyente sobre la “no derogación” y no creemos que sea suficiente la valoración del legislador para constatar esa “no derogación”.

Ha de admitirse entonces a nuestro juicio, la hipótesis de que un tratado de derechos humanos resulte incompatible con alguna cláusula constitucional. Prevalecerá entonces la Constitución, pero tal prevalencia no

impedirá la subsistencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de la norma que en el futuro se constitucionalice hasta que medie denuncia del tratado o hasta que éste termine por alguno de los mecanismos que el derecho internacional general prevé. Sólo una declaración judicial de inconstitucionalidad ante un caso concreto y con alcance limitado a ese caso, podría privarlo de efectos jurídicos.

El tratado dotado de jerarquía constitucional posee, al igual que los demás tratados, una particular estabilidad. Pero a diferencia de los demás tratados, la denuncia, sólo si el tratado la autoriza, requerirá la aprobación del Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. El jefe de Estado deja de tener respecto de estos tratados jerarquizados el poder discrecional que la práctica constitucional con frecuencia le ha reconocido respecto de los demás tratados.

III. Consideraciones finales

No cabe duda que en nuestro sistema constitucional los tratados internacionales integran el orden normativo nacional. No necesitan de acto de recepción o de transformación alguno. Existe una obligación genérica de “respetar” y de “garantizar” los derechos humanos y, a la vez, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos en caso de que no estuviesen ya garantizados, como lo precisan el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica.

Los preceptos de las convenciones de derechos humanos son, en principio, operativos. Reconocen, sin más, derechos invocables por los individuos e imponen obligaciones a los Estados cuya inobservancia –por acción u omisión– comprometen su responsabilidad internacional. Esa inmediata operatividad solo cede en los casos en los que la norma internacional requiere –por la amplitud de sus términos, por su carácter programático– una regulación interna que haga ejecutorias a sus cláusulas.

El deber de los jueces de aplicar los tratados de derechos humanos, acordándoles la jerarquía que la Constitución les asigna frente a las leyes y respetando el rango constitucional que un conjunto de ellos posee, resulta claro. Su función interpretativa no deja por ello de ser compleja. Reviste particular delicadeza y requiere suma prudencia, porque se hallan comprometidos valores esenciales que imperativos jurídicos y morales obligan a resguardar. Y, también, porque al ser objeto de una regulación internacional, el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos trasciende la esfera doméstica, excede el ámbito reservado de los Estados, y es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional.

Nuestra Corte Suprema no ha dejado de ser el intérprete final de la Constitución Nacional, pero en la interpretación y aplicación de las con-

venciones sobre derechos humanos, diversas instancias internacionales pueden ser insitadas –y en la realidad lo han sido– para procurar, bajo formas diversas, su efectiva observancia y defensa, una vez agotadas infructuosamente las vías internas.

De ahí, la valiosa misión de los jueces de preservar en el ámbito de las jurisdicciones internas esos derechos y valores humanos jurídicamente tutelados.

Los tratados internacionales ante la reforma de 1994

Jorge R. Vanossi

I. Comparación entre el texto histórico y el reformado

Para referirnos a la incidencia que la reforma constitucional del año 1994 tiene sobre el texto de 1853/1860 en materia de tratados y demás convenciones internacionales, hay que hacer previamente una brevísima mención de los puntos que tocaba aquella Constitución para ver cuáles realmente han sido alterados. La Constitución histórica se refería a los tratados en varias oportunidades. No enumeraré todas, pero las que interesan para este trabajo son las siguientes:

- En el artículo 31, al incluir a los tratados dentro del derecho federal; se trata de una norma que se refiere a la supremacía de éste con respecto al derecho local.

- En el artículo 27, al establecer la relación entre la primacía de la Constitución Nacional y los tratados, prescribiendo que éstos deben guardar conformidad con el derecho público de la norma fundamental.

- En materia de provincias, estaban previstos los tratados interprovinciales, pero no se las habilitaba para la celebración de tratados externos.

Por supuesto, la Constitución mencionaba los concordatos, en plural. Mencionaba también, en el artículo 27, un aspecto programático del manejo de las relaciones exteriores clásico del siglo pasado, época en la que no era posible contemplar algunos de los problemas específicos del siglo actual. Es decir, hay una serie de problemas que no estaban ni podían estar presentes a mediados del siglo pasado.

El artículo 31, en mi opinión, no ha sufrido ninguna modificación. Contrariamente a lo que se suele decir en una interpretación simplificada de las cosas, no se refiere al rango de los tratados respecto a las demás normas de derecho federal, sino a la ubicación de los tratados dentro del derecho federal como norma que tiene primacía sobre las constituciones y demás normas del derecho local. Y eso no se ha modificado.

El artículo 27, en cambio, sí puede ser reinterpretado. Si bien el texto, desde el punto de vista formal, no quedó incluido dentro de las modificaciones habilitadas por la ley que declaró la necesidad de la reforma –por estar en la parte dogmática de la Constitución, expresamente excluida por esa ley–, los incisos 22 y 24 del nuevo artículo 75 tienen, por supuesto, una incidencia directa e inmediata en su contenido.

Finalmente, con respecto a la situación de las provincias, el artículo 124 introduce también una modificación importante desde el momento que ellas pueden celebrar cierto tipo de tratados externos.

Este es, a grandes rasgos, el conjunto de cambios que aparecen entre el texto histórico de 1853/1860, y el texto de 1994. Pero lo más importante del nuevo texto legal está en los incisos 22 y 24 del nuevo artículo 75, referido a las facultades del Congreso, que son las normas a través de las cuales ha penetrado este conjunto de cambios.

Nótese que entre los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución, está el inciso 23, que se refiere a la igualdad real de oportunidades, a la protección del niño, y también a las normas vinculadas con mujeres, ancianos y discapacitados. Y realmente no entiendo por qué la técnica de los constituyentes no tuvo el buen cuidado de colocar los contenidos vinculados con los tratados del inciso 22 y 24 en forma conjunta o en dos incisos seguidos, en vez de introducir en el medio otro inciso que no tiene en realidad relación directa e inmediata con este tema.

II. Diferentes tratados contemplados en la Constitución Nacional

Del análisis de estos dos incisos mencionados, resulta que pueden celebrarse cinco tipos de tratados.

- Un primer grupo sería el de los tratados clásicos, que pueden ser bilaterales o multilaterales; se trata de tratados ya previstos en el viejo texto constitucional y que, por supuesto, seguirán celebrándose sobre distintas materias.

- Un segundo grupo es el de los tratados y demás normas vinculadas con derechos humanos que aparecen “con nombre y apellido” en el inciso 22 del artículo 75, y que, según el constituyente, formarían o constituirían en su conjunto un sistema.

No puedo decir exactamente si son ocho, nueve o diez, porque depende del criterio con el que se haga el cómputo. Por ejemplo, si se cuenta algún protocolo mencionado en esos tratados, el número aumentaría. Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es ni un tratado, ni una convención, ni un pacto; es simplemente una Declaración aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene un rango jurídico que la doctrina ha analizado profundamente, pe-

ro que desde el punto de vista de su naturaleza o la forma de su celebración, no puede ser confundida con tratados, pactos o convenciones.

Este conjunto de tratados, que yo llamo tratados “con nombre y apellido”, está mencionado expresamente en la Constitución, la que prescribe “... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

– Un tercer grupo son los otros tratados de derechos humanos, que la Constitución llama “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos”, señalando también el valor que han de tener y la forma en que habrán de ser aprobados, y la mayoría que se necesita para que adquieran jerarquía constitucional.

– Un cuarto grupo de tratados son los tratados de integración con los países latinoamericanos, que tienen una forma de sanción y una determinada consecuencia.

– El quinto y último grupo, serían los tratados de integración con Estados no latinoamericanos; parece ser una cláusula destinada a dar eventualmente cabida al NAFTA, a la Comunidad Europea o a otras posibles hipótesis que se pudieran aventurar en el futuro.

El tema clave, entonces, es la asignación de jerarquía a los distintos tratados en la pirámide jurídica.

A. Simples tratados

Para los tratados comunes, la Constitución ha contemplado un rango tal que cubre la laguna que existía en la Constitución de 1853. La Constitución histórica contemplaba la relación de los tratados con la Constitución; pero no contemplaba la relación entre los tratados y las leyes ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia, durante más de un siglo, lo interpretó en el sentido de la paridad de rango y, por lo tanto, como tratado y ley estaban en una misma jerarquía, la norma posterior podía modificar a la anterior. Esto no era grave si era el tratado el que modificaba a la ley anterior. Pero sí traía consecuencias si la ley posterior era la que modificaba a un tratado anterior. De esta manera se producía una situación dual: para el juez interno había que aplicar el principio *lex posteriori derogat a priori*; sin embargo, desde el punto de vista externo, subsistía o aparecía la responsabilidad del Estado Argentino, por incumplimiento de un tratado no denunciado, y que supuestamente seguía vigente desde el plano internacional.

La jurisprudencia más reciente de la Corte dejó de lado esta postura dualista, y adoptó la tesis dominante en el derecho constitucional moderno; esto es, asignar a los tratados una prevalencia sobre las leyes internas

ordinarias de un país. En este sentido se expresa la Corte en los fallos “Fibraca” y “Ekmekdjian c/Sofovich”. Aún antes encontramos antecedentes en algunas viejas disidencias del máximo tribunal argentino (del Dr. Tomás CASARES, antes de 1955, o de BOFFI BOGERO en su momento). La reforma de 1994 recoge esta jurisprudencia en el artículo 75, inciso 22.

B. Tratados sobre derechos humanos específicamente enunciadados en la Constitución

Con respecto a los tratados enunciadados “con nombre y apellido”, aparece una gran innovación: se les reconoce jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Esto quiere decir, lisa y llanamente, que tienen el mismo rango que las demás cláusulas de la Constitución.

Sin embargo lo que no queda totalmente claro es qué significa “en las condiciones de su vigencia” y, en consecuencia, cuál es el alcance que puede darle la justicia al interpretarlos. Para una primera interpretación posible, parecería querer decir que se trata de la forma en que estos tratados rigen, es decir que si al ratificar alguno de esos tratados o convenciones la Argentina formuló reservas (el Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo, tiene dos reservas y una mal llamada “cláusula de entendimiento”) éstas quedarían en pie. Para otra posible interpretación, las reservas han “caído” en el momento de la inserción constitucional de estos tratados.

Este grupo de tratados tiene dificultada su denuncia para el caso de que el país quisiera apartarse de su régimen. En este sentido, la Constitución prescribe que sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Se introduce, entonces, una modificación muy importante. Expresamente se estipula el mecanismo de la denuncia de los tratados.

Hasta entonces, el Ejecutivo acudía al Congreso sólo al momento de la aprobación. La reforma de 1994, en este aspecto, logra dos cuestiones importantes. En primer lugar, institucionaliza el papel del Congreso con una suerte de paralelismo de las competencias; es decir, si el Congreso debe intervenir en la aprobación, también debe hacerlo en la denuncia. En segundo lugar, exige una mayoría agravada para el conjunto de estos tratados y convenios.

No queda claro porqué son esos, y sólo esos, los tratados enumerados por el inciso 22. Intentaré mencionar aquellos instrumentos cuya importancia me parece similar a los sí mencionados en dicho inciso.

Así, en materia de discriminación, por ejemplo, la Constitución menciona expresamente a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y no incorpora otras cuatro convenciones de similar valor.

En materia de derechos de la mujer, se incorpora sólo una de las tantas convenciones de importancia equivalente.

En cuanto a combatientes, prisioneros y civiles –lo que hoy en día se considera que forma parte del Derecho Humanitario–, solamente se menciona una de las siete convenciones trascendentes.

En lo referido a esclavitud y tráfico de personas, no se incorporan tres convenciones muy importantes.

En materia de extranjeros y refugiados, hay tres convenciones y protocolos de enorme importancia que no se mencionan.

Por supuesto, en materia laboral, existen diversos instrumentos de la OIT que no aparecen mencionados.

Y, por último, en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos de alcance regional, sólo se ha incorporado la más famosa, el Pacto de San José de Costa Rica; pero no son menos importantes al menos otras cinco, vinculadas con la tortura, la condición de los extranjeros, la nacionalidad de la mujer, la concesión de derechos políticos a la mujer, y la concesión de derechos civiles a la mujer. Cabe aclarar que siempre me estoy refiriendo a convenciones a las que la Argentina ha adherido y ratificado y que han mantenido la jerarquía legal, no adquiriendo el rango constitucional.

Sin perjuicio de esto, habría que agregar también algunos documentos internacionales muy importantes, respecto de los cuales la Argentina aún no ha completado el proceso de su ratificación, no habiendo explicación del silencio de la Cancillería en esta materia. Me refiero fundamentalmente a cuatro convenciones internacionales cuya importancia es más que suficiente como para que accedan a un rango privilegiado.

Lo único que se ha dicho es que los instrumentos sí incorporados en el artículo 75, inciso 22, conforman un sistema. Y no encuentro a mano una explicación de por qué esas normas internacionales sí forman un sistema, y a todas las demás que tienen importancia equivalente o similar se las considera ajenas al mismo. Tal vez formarán parte de otro que el constituyente ha optado por excluir. En definitiva, este tema será materia del largo debate que se avecina.

C. Otros tratados sobre derechos humanos

Con respecto a los demás tratados y convenciones de derechos humanos, la Constitución establece que 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 jerarquía constitucional. Es decir que está abierta la posibilidad de que también adquiera jerarquía constitucional un número indeterminado de tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos, siempre y cuando se cumpla ese recaudo. Entonces, mi crítica anterior está referida a la “actitud inicial” de la tarea cons-

tituyente; aunque reconozco que se ha dejado abierta la puerta para que en el futuro se siga un camino equivalente.

D. Tratados de integración

En cuanto a los tratados de integración, se entiende que el constituyente ha adoptado la decisión política fundamental de apoyar los procesos de integración; caso contrario no hubiera incluido el artículo 24, con los pormenores que lo ha hecho. En general, las constituciones latinoamericanas reformadas en los últimos 25 años han hecho una separación. Por un lado, han establecido un artículo o cláusula donde queda claramente expuesta la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y de la inserción de la respectiva nación en ese proceso; y, por otro, un mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales.

En nuestro caso concreto el constituyente se refiere, en el mismo inciso, por un lado, a las condiciones en que se va a aceptar la delegación de competencias y jurisdicción (“en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos”) estableciendo a continuación, con carácter genérico, que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

De esta manera, se resuelve el problema que fatalmente se va a producir el día en que los organismos supranacionales o comunitarios –voy a utilizar las dos expresiones indistintamente, aunque sé que hay toda una disputa por la preferencia de una u otra– comiencen a emitir normas que deban ser aplicadas directamente en nuestro país porque no esté previsto un derecho de veto al respecto y porque tengan además carácter *self executing*; es decir, que sean autoaplicativas y no dependan de normas a dictar por otros organismos del Estado.

En este caso, un particular afectado podría cuestionar estas normas reclamando la supremacía del derecho interno respecto de este derecho secundario o derivado de carácter supranacional (porque no se trata del tratado marco sino de creaciones en consecuencia de él). Entonces, la solución a la cual llega el constituyente, es la lógica en un sistema comunitario. Porque si no se diera jerarquía superior a las leyes que a esas normas, el proceso de integración –cualquiera que sea éste– carecería de seguridad jurídica y sobre todo de firmeza: podría estar permanentemente pendiente de normas internas que entraran en colisión con las supranacionales, o de impugnaciones que pretendieran que, por esa vía jurisdiccional, se le asignara primacía al derecho local.

Quiero señalar que un tipo de integración como la contemplada en el nuevo artículo de la Constitución, requiere un organismo jurisdiccional supranacional; y yo entiendo que esto está contemplado en el inciso 24 del artículo 75 porque, al delegar la competencia y jurisdicción a organi-

zaciones superestatales, obviamente también está aceptando una jurisdicción judicial, no la excluye. De modo que es dable pensar que a la brevedad, si el Mercosur avanza u otras formas de integración progresan, se contemple el funcionamiento de una Corte Supranacional, cuyas decisiones van a ser válidas *erga omnes*, y directamente operativas para todos los países incorporados a esa zona comunitaria.

El segundo párrafo del inciso 24 del artículo 75 de la Constitución establece una distinción, en materia de aprobación, de los tratados de integración, diferenciando los celebrados entre países de América Latina y los celebrados con otros Estados. Así, la norma dice: “la aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”; y luego agrega: “en el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, por la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.

Entonces, para los tratados de integración con Estados no latinoamericanos, se establece un mecanismo dividido en dos pasos, temporalmente separados por un plazo determinado, y dos votaciones distintas. Es decir, que se ha prescripto un recaudo agravado, más complicado para los casos de integración con otros países.

En cuanto a la denuncia de los tratados de integración en general, se prevé un mecanismo especial. La norma prescribe: “La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Por lo tanto, será más difícil denunciar un tratado sobre derechos humanos que un tratado de integración.

III. Tratados celebrados por provincias

El artículo 24, en su segunda parte, después de contemplar la posibilidad de que las provincias formen regiones entre sí, las faculta también para celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación, con el requisito del conocimiento del Congreso –nótese que no se exige su aprobación.

Esta norma se aparta algo de la estructura del estado federal y nos aproxima a la idea de confederaciones. Vale aclarar que en 1853 se interpretó que la delegación del manejo de las relaciones exteriores en el gobierno federal debía ser total, y por ello la facultad de celebrar tratados debía ser exclusiva y excluyente del poder federal. Sin embargo, el artículo citado no se refiere a tratados, sino a convenios internacionales; y en ri-

gor de verdad, hay que reconocer que ya se celebraban aún antes de 1994, por ejemplo convenios financieros entre alguna provincia y un Estado extranjero o un organismo regional.

Cualquiera fuese la lectura que se haga del artículo 124, el hecho es que en la práctica no excluye de responsabilidad internacional al Estado Federal. Porque, como resulta de la Convención de Viena en materia de tratados –que se suele llamar “el tratado de los tratados”– los Estados no pueden ampararse o precaverse para el cumplimiento de compromisos internacionales en el incumplimiento formal de normas del derecho público interno.

Entonces yo creo que el artículo 124 –si se me permite una opinión– era innecesario, porque en vez de poner coto a una práctica que ya había merecido críticas por las dificultades que traía, ha abierto un espectro de posibilidades donde no hay una contención debida. Ya que los únicos límites que pone es “en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación ni afecte las facultades delegadas del gobierno federal, ni el crédito público de la Nación”; y es muy probable que la Nación dirá que son incompatibles, afectan esas facultades o al crédito nacional, y la provincia lo negará.

En definitiva, lo que sí es conjeturable a corto plazo, es que casi todas las provincias abrirán sus representaciones diplomáticas, no precisamente en ciudades secundarias, sino en las capitales financieras del mundo con la finalidad –aparente o real– de atender a las posibilidades que le depara el nuevo artículo 124 de la Constitución.

IV. Acuerdos ejecutivos

El constituyente ha guardado silencio respecto –nada más y nada menos– a las normas internacionales que más abundan hoy en el derecho moderno, y que no son ni tratados, ni convenios, ni pactos. Son aquellas normas que, al margen de la intervención parlamentaria, se utilizan para celebrar compromisos que suelen ser formalizados entre los poderes ejecutivos de los Estados que se comprometen entre sí. Se llaman “acuerdos en forma simplificada”, en tanto que los anglosajones van directamente al grano, y los llaman *executive agreements* (acuerdos ejecutivos), porque se celebran de ejecutivo a ejecutivo.

La práctica demuestra que este tipo de actos internacionales se ha simplificado más, y ya este tipo de acuerdos son tan simplificados que los celebran de Cancillería a Cancillería, a través de una modalidad llamada “notas reversales”. Esta deformación patológica en el manejo de las relaciones exteriores no es un invento criollo, ni es muy reciente. Viene de larga data, por lo menos de los últimos sesenta años; e incluso grandes acontecimientos internacionales han tenido lugar a través de esta forma, y no de los tratados clásicos que requieren la aprobación parlamentaria.

Por ejemplo, cuando Hitler y Mussolini claudicaron frente a Francia e Inglaterra en Munich, permitiendo la mutilación y el consiguiente reparto de Checoslovaquia, lo hicieron sin que interviniera el parlamento francés, o el inglés, ni siquiera el de Checoslovaquia, país que resultaba mutilado; sino simplemente mediante acuerdos ejecutivos. Muchos de los compromisos resultantes de la Segunda Guerra Mundial, también fueron acuerdos en forma simplificada. Las guerras de Corea y de Vietnam empezaron y terminaron con este tipo de normas.

Lo que intento señalar es la omisión del constituyente de regular internamente –de acuerdo con el derecho público interno– el trámite de intervención de los poderes. Creo que se perdió la gran oportunidad de dar participación al Congreso, aunque sea a través del silencio; es decir, estableciendo una obligación de remitirlos al Congreso y que dentro de un determinado plazo éste aprobara o desaprobara. Esto es lo que se conoce en derecho internacional como el “escamoteo de la política parlamentaria”.

Bajo la actual administración, la Argentina, recientemente, ha asumido compromisos muy importantes con simples notas reversales; por ejemplo en materia impositiva se gravan o desgravan situaciones de hecho sin darle intervención al Congreso de la Nación. Estas situaciones acarrearán tarde o temprano impugnaciones judiciales, sin que exista en la Constitución una norma clara que resuelva el problema.

La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino

Leopoldo Schiffrin

I. Aproximación a la temática desde los casos “Schwammberger” y “Priebke”

La primacía del derecho internacional por sobre el derecho nacional fue puesta a prueba en Argentina por dos casos especialmente paradigmáticos: los juicios de extradición de Franz Josef Leo Schwammberger¹ y de Erich Priebke².

El problema crucial de ambos juicios fue que los crímenes contra la humanidad por los cuales los tribunales alemanes en el primer caso, y los italianos en el segundo reclamaban la extradición, estaban prescriptos según la ley nacional argentina. Y en ambos se dio prevalencia a la regla de imprescriptibilidad del *jus gentium*, considerándola limitante de las reglas del derecho interno.

Este esquema plantea, a mi juicio, el sentido efectivo de lo resuelto en esas causas, si bien la idea de la imprescriptibilidad *jure gentium* fue empleada por la Corte Suprema en el precedente “Priebke”, mientras que en “Schwammberger” sólo mi voto como juez de la Cámara Federal de La Plata hizo hincapié en la prevalencia de la imprescriptibilidad del derecho internacional por sobre las normas respectivas del derecho nacional.

¿Cómo se explica, entonces, que la extradición de Schwammberger fuera concedida, pese a que ni el juez de primera instancia, ni el Dr. Juan M. GARRO –quien era por aquella época mi colega de Sala–, ni la Corte Su-

¹ Publicado, con comentario de Germán BIDART CAMPOS en “Jurisprudencia Argentina”, t. 135, ps. 323 y siguiente.

² Publicado en “Jurisprudencia Argentina”, de 21 de junio de 1995 y 13 de marzo de 1996.

prema, acudieron al argumento de la imprescriptibilidad? Digamos que, en “Schwammberger” el verdadero problema planteado pudo pasar desapercibido por la inexistencia de un tratado de extradición con Alemania.

Ello hizo que se aplicaran las normas sobre extradición del antiguo Código de Procedimientos en Materia Penal para los tribunales nacionales que, a diferencia de la generalidad de los tratados de la materia, no exigen que el delito que motiva el reclamo no se hallare prescripto ni en el Estado requerido ni en el requirente. El Código citado, en cambio, se conforma con que el delito fundante del pedido de extradición no se halle prescripto en el país requirente. Ahora bien, según la legislación interna alemana los horrendos crímenes de Schwammberger no estaban prescriptos, pero ello en virtud de normas posteriores a la comisión de los hechos que declararon la imprescriptibilidad del homicidio agravado.

Está claro que tales normas alemanas eran incompatibles con el orden público constitucional argentino, en virtud del cual la Corte Suprema ha declarado que la prescripción integra los presupuestos de la sanción comprendidos en el apotegma *nullum crimen sine previa lege*, consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Tal dificultad fue simplemente ignorada por todos los magistrados intervinientes, salvo por el que firma esto. Al advertir el problema, comprendí que no podía fundamentarse la entrega de Schwammberger en la dogmática aserción de que en Alemania los hechos no estaban prescriptos, y hube, por primera vez, de profundizar sobre el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes *jure gentium*.

En el caso “Priebke” el tema no podía obviarse, pues el tratado de extradición con Italia contiene la exigencia de que el delito que motiva el reclamo no esté prescripto ni en la legislación del requirente ni en la del requerido.

El escollo fue salvado por la mayoría de la Corte Suprema estableciendo que los tratados de extradición deben interpretarse a la luz del *jus cogens*, con arreglo al cual los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles (lo son ya porque la prescripción –salvo pocas excepciones– no es una institución del *jus gentium*³). En otros términos, las limitaciones del tratado sobre la materia con Italia no alcanzan a la categoría de hechos penales caracterizados como crímenes contra la humanidad.

Muy probablemente, esta posición de la mayoría del Alto Tribunal ha de ser adscripta a la distinción entre orden público internacional y orden

³ Ver GROCIO, en la traducción francesa editada por Pradere Fosdesè, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, París, 1867, t. I, ps. 465 y siguientes.

público interno, a la que aludió BIDART CAMPOS en su comentario al caso “Schwammberger”; o sea que, en cuanto al tema de la imprescriptibilidad referida, ella permite la extradición aun cuando el delito esté prescripto en alguna o en ambas de las legislaciones de los países vinculados por el tratado, pero no significa que, por ejemplo, un juez argentino pueda juzgar un delito contra la humanidad que esté prescripto según la legislación interna.

Esta visión resulta insatisfactoria, pues si Schwammberger, pongamos por caso, hubiese nacido en Argentina, con padres austríacos –como lo eran, efectivamente, sus progenitores– y hubiese retornado a Austria para seguir su horrible camino, entonces no hubiese podido ser entregado a Alemania y tampoco juzgado por los tribunales argentinos.

Empero, la línea de argumentación apuntada, si bien es la más visible en el fallo examinado, no es la única; pues algo, marginalmente, aparece con la decisiva idea de que “la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico” en virtud de lo prescripto por el art. 118 de la Constitución Nacional, y que el constituyente argentino receptó directamente de los postulados del derecho internacional sobre las “ofensas contra la ley de las naciones” y por tal motivo resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48⁴.

Esta perspectiva no sólo tiene la ventaja de solucionar el caso que arriba proponíamos, sino la de dejar satisfechas las exigencias concernientes al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en cuanto abarca la totalidad de las condiciones de punibilidad de un hecho penal, inclusive lo referente a prescripción. Ello es así porque la vigencia interna del derecho de gentes modifica esas mismas condiciones de punibilidad. Desde esta perspectiva, pues, resulta innecesario fatigarse –como lo hizo quien esto firma en el precedente “Schwammberger”– en demostrar que el principio *nullum crimen* ha de sufrir atenuaciones en el *jus gentium*. Por el mismo motivo, carecerá de relevancia que el art. 75, inc. 22, de la Constitución al incorporar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos haya subordinado al art. 18 CN la aplicación del art. 15.2 de dicho Pacto, que dice: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”⁵.

⁴ Cf. cons. 38 y 39 del voto de los Dres. NAZARENO y MOLINÉ O’CONNOR, en igual sentido el del Dr. BOSSERT, cons. 49, 50 y 51.

⁵ Vale aclarar que el citado art. 75, inc. 22, CN, incorpora ese y otros pactos internacionales sobre derechos humanos según “las condiciones de su vigencia”, y la ley ra-

II. El derecho de gentes en el orden jurídico argentino

La directa vigencia del *jus gentium* en el derecho argentino interno vía art. 118 CN significa una admisión, en mi criterio, sustancialmente correcta que, asimismo, abre varios interrogantes que dejo planteados con la esperanza de una futura elaboración.

El primero de dichos interrogantes se refiere a la extensión con que el citado art. 118 (antes 102) de la Constitución Nacional recepta el derecho de gentes. En efecto, de la lectura de dicha norma, pareciera que tal recepción abarca sólo la esfera penal. Si, empero, se dedujese una remisión a todo el derecho de gentes, aparecerían problemas de interpretación del art. 75, inc. 22, de la Constitución reformada, que otorga jerarquía constitucional a una serie de convenciones internacionales –“en las condiciones de su vigencia”– que corporizan los derechos humanos fundamentales del moderno *jus gentium*, añadiendo que esas normas no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos. Los tratados aludidos pueden ser denunciados con el consentimiento de los dos tercios de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras del Congreso, y con la misma mayoría pueden incorporarse otros.

Ahora bien, si, a la vez, el *jus gentium* se encuentra recibido incondicionalmente en el art. 118 CN, que sólo puede ser dejado sin efecto por una Convención reformadora, resulta que las mismas normas de jerarquía constitucional serían derogables por dos vías diversas: una, digamos, constitucional, y otra infra-constitucional. El art. 118 CN, pues, otorgaría al derecho de gentes una jerarquía propiamente constitucional y el art. 75, inc. 22, le daría rango cuasi-constitucional. Todo esto requiere ser explorado.

III. Bases filosóficas del derecho internacional sobre el derecho interno

En todo caso, señalemos que raíz de estos problemas se encuentra en una imagen mental en la que cada comunidad política estatal aparece como una ínsula jurídicamente cerrada, en la cual sólo penetra aquello que el dueño de las llaves del puerto deja pasar. A esta concepción podemos oponer la idea de dos comunidades jurídicas coexistentes e interpenetradas, la internacional y la nacional, con los mismos sujetos: personas de car-

tificatoria, n° 23.313 dice, en su art. 4°, “Formúlese también la siguiente reserva en el acto de adhesión: El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apart. segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

ne y hueso; tema sobre el que puse énfasis al emitir mi voto en la causa “Schwammberger”. Los conflictos entre normas se resuelven por la primacía del consenso racional universal, o sea, del *jus gentium* (*quod vese naturalis ratio inter omnes homines constituit*, como expresa el derecho romano).

Entonces, así, frente al tema del fundamento del derecho de gentes –o sea, en la actualidad, de los derechos humanos en su expresión internacional– su eficacia se debilitaría por la idea en virtud de la cual se reduce el derecho a la voluntad de los órganos del poder. Tal reducción no es un fenómeno atribuible sólo al positivismo jurídico, sino que tiene raíces en el pasado remoto. GIERKE⁶ conecta el problema con la controversia medieval acerca de si era el intelecto o la voluntad la auténtica sustancia de la ley natural. Las opiniones más antiguas consideraban a ésta como un *actus intellectus* independiente de la voluntad, por lo cual Dios no actuaba como legislador, sino que operaba como maestro a través de la razón (GIERKE cita a teólogos de distintas épocas: Hugo DE SAN VÍCTOR y Gabriel BIEL). Los nominalistas (OCCAMN, GERSON, D’AILLY), por el contrario, estimaban que los preceptos de la ley natural son justos y buenos porque la voluntad divina así lo quiere. La opinión intermedia (SANTO TOMÁS, CAYETANO, SOTO, SUÁREZ) ve la sustancia de la ley natural en la razón divina, y añade la voluntad de Dios sólo como fuente de obligatoriedad.

En forma correspondiente a estos criterios se resuelve la cuestión de la sustancia del derecho en general (natural y positivo). A este respecto, muchísimos escolásticos (SOTO, MOLINA BOLOGNETUS, Gregorio DE VALENCIA), sostienen que el juicio de la razón es lo que hace que el derecho sea tal. La dirección contraria considera que la sustancia de aquél está en la voluntad, y, más aún, en el *imperium*, en el mandato dirigido a los súbditos. Otra tendencia sostiene la esencialidad de ambas notas: juicio de la razón y voluntad. SUÁREZ, que se ocupa detalladamente de las opiniones anteriores⁷, distingue entre el derecho natural y el positivo. En el caso del segundo considera que la voluntad del legislador (pero no el mandato, propiamente dicho) es el elemento constitutivo, y estima al *judicium rationis* sólo como momento indicativo.

Luego, para PUFFENDORF y COCCEJI, el momento volitivo resulta esencial al concepto de derecho, lo mismo que la amenaza coactiva⁸, mientras

⁶ ALTHUSIUS, Johannes, 6ª ed., reimpresa por Scientia Verlag Aalen, 1968, ps. 73-74, nota 44.

⁷ GIERKE cita a *De Irgibus ac Deo legislatore*, Antv. 1613, I. c. 4-5 y II c.20.

⁸ Cf. también GIERKE, *op. cit.*, p. 280, nota 41.

que LEIBNIZ combate este criterio. De todos modos, PUFFENDORF, y aún más sus continuadores, THOMASIVS y BOHEMER, sostienen que la ley natural, aun cuando dé lugar sólo a una *obligatio* imperfecta, no por eso deja de ser norma jurídica⁹. De tal modo, el derecho internacional, concebido como *jus naturalis et gentium*, no se vería afectado por no ser un mandato de la voluntad estatal, o por carecer de sanción coactiva organizada.

De los términos del complejo de la filosofía jurídica del siglo XVIII: voluntad del Estado fuente del derecho positivo-derecho natural, que limita a aquélla tanto en la esfera interna como en la externa, el positivismo jurídico rechazó el segundo, quedándose sólo con el primero, o sea: voluntad del Estado como única productora del derecho. De esta manera, se consumó la traslación de los atributos de la voluntad divina a la estatal. En efecto, esta última aparece como una entidad previa al único derecho posible –el positivo– e independiente de éste, el cual es su criatura, que, necesariamente, está sometida a la acción libre de la voluntad estatal que lo produce y conserva. Tal voluntad aparece, pues, como ilimitada, omnipotente.

La noción positivista del poder del Estado resulta así producto del pasaje de categorías teológicas al campo jurídico, como lo reconocen diversos autores¹⁰.

La plena identificación entre el poder como situación fáctica y la omnipotencia en sentido jurídico deriva de la obra de HOBBS y quedó reformulada, de manera clásica, por AUSTIN¹¹.

La teoría jurídica germánica ha sido más matizada. Al menos en su exponente clásico –JELLINEK– se trató de hallar una conciliación entre la omnipotencia estatal y el Estado de derecho. Dicho autor parte, ciertamente, de reconocer a la organización de poder existentes posibilidades de actuación real limitadas solamente por la capacidad fáctica de imponerse¹². Por

⁹ GIERKE, *op. cit.*, p. 300–301.

¹⁰ Vid. SCHMITT, Carl, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, 2ª ed., 1934, Duncker & Humboldt, Munich-Leipzig, p. 51; Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, reimpresión de la 2ª ed. de 1928, por Scientia Verlag Aalen, 1960, p. 21, nota 1; y *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, reimpresión de la 2ª ed. de 1928, por Scientia Verlag Aalen, 1962, p. 222; HOWARD McILWAIN, Charles, *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge, 1939, reimpresión 1969, p. 43.

¹¹ Ver en este sentido, McILWAIN, *op. cit.*, p. 55/57.

¹² Cf. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., p. 242, cit., por Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, ya mencionado, p. 136.

otra parte, ese poder es presupuesto del derecho, este último existe gracias a aquél¹³. No obstante ello, el Estado, desde el punto de vista jurídico, sólo puede realizar “lo que el derecho le autoriza a hacer, sólo puede lo que su voluntad legalmente vinculada lo autoriza”¹⁴. Consecuentemente, “el poder soberano no es, pues, omnipotencia estatal. ... es poder jurídico, y, por tanto, ligado por el derecho”¹⁵. El poder del Estado, desde la perspectiva jurídica, afirma JELLINEK, no consiste sino en el conjunto de sus competencias actuales. Si se lo concibiera como el conjunto de las competencias posibles, se caería en la idea de la omnipotencia del Estado, del poder de éste como una capacidad jurídica infinita de obrar, que es la concepción del absolutismo, rechazada vigorosamente por aquel autor como incompatible con la subsistencia de los derechos de la persona¹⁶.

La dificultad con la que tropieza el criterio de JELLINEK consiste en que, como lo observó OTTO MAYER, no se ve cómo el Estado, fácticamente omnipotente, quede ligado por el orden jurídico, que es su propia creación. Nuestro autor creyó posible superar el escollo mediante la idea de que el Estado se autoobliga al sancionar el orden jurídico¹⁷. La idea de la autoobligación del Estado parece sugerida por analogía con el derecho privado, en el que las partes de los negocios jurídicos se comprometen a determinadas prestaciones; sin embargo, como Kelsen lo señala¹⁸, los contratos no son obligatorios por virtud de la voluntad de los contrayentes, sino del principio *pacta sunt servanda*, que forma parte del orden jurídico objetivo, independiente de la voluntad de las partes. Me parece posible que la moderna teoría de la auto-obligación constituya un eco de una clásica idea de la jurisprudencia medieval, según la cual, mientras el monarca no

¹³ *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., ps. 168, 333 y ss.; *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882, p. 262, cit. por Kelsen en su obra recién aludida, p. 115.

¹⁴ *System*, cit., p. 194–195, mencionado por Kelsen, recién citado, p. 136.

¹⁵ *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., p. 468, cit. por McILWAIN, *op. cit.*, p. 31, nota 2.

¹⁶ *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., ps. 468–469, cit. por McILWAIN, *op. cit.*, ps. 35–36, nota 3, y por Kelsen en *Das Problem der Souveränität*, ya mencionado, p. 45.

¹⁷ La idea de auto-obligación fue desarrollada originalmente por JELLINEK con miras al derecho internacional, *vid.*: *Die rechtliche Natur der Staatsverträge*, 1880, y pasó a ocupar el centro de su teoría: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, ya citada. En esta última obra, p. 195, se defiende JELLINEK de las objeciones de OTTO MAYER a la teoría de la auto-obligación. Cf. sobre todo esto, Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 168 y siguientes.

¹⁸ *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 206.

se hallaba ligado por las leyes positivas, sí lo estaba por los pactos que contraía, pero ello, desde luego, porque la obligación de cumplir con la palabra dada emana del *jus naturale*¹⁹.

La objeción de Otto MAYER contra la teoría de la auto-obligación resulta convincente, y pone en claro que si el Estado, en cuanto poder fáctico, viene a considerarse como fundamento del orden jurídico, no cabe la idea de la limitación jurídica del poder estatal. JELLINEK no funda en razones de pura lógica jurídica su afirmación de que el poder jurídico del Estado no es otra cosa que el conjunto de sus actuales competencias, por oposición a la idea absolutista, según la cual ese poder consiste en el conjunto de sus competencias posibles. En realidad, nuestro autor realiza tal afirmación en base a su rechazo del absolutismo desde el punto de vista valorativo. Es cierto que la formulación de JELLINEK pareciera querer derivar el anti-absolutismo de razones de mera lógica: ¿qué puede ser el poder jurídico si no el definido por normas jurídicas? Pero ocurre que esas normas pueden establecer que el Estado posee la competencia de hacer cuanto le convenga, con prescindencia de la ley, como lo afirman los *dicta* –dotados de fuerza normativa– del Digesto que se sintetizan en la máxima *princeps legibus solutus*²⁰. También el derecho público argentino nos proporciona ejemplos. Así, el art. 14 del estatuto de la junta militar que usurpó el poder en la Argentina entre 1976 y 1983, desligaba al gobierno de la observancia de las leyes cuando lo aconseje la razón de Estado²¹.

Nada impide, pues, que las competencias actuales del Estado sean indefinidas, abarquen todo posible actuar y, por ello, la argumentación de JELLINEK sólo se sustenta, como dijimos, en su repudio del absolutismo, lo que no es compatible, a su vez, con el reconocimiento del poder fáctico del Estado como fundamento del orden jurídico. La comentada posición de Jellinek no permite, por tanto, evitar las consecuencias negativas para los derechos fundamentales que se siguen del principio positivista, del cual parte la teoría de dicho autor.

¹⁹ Cf. GIERKE, Althusius, cit., p. 270-271, texto y notas 18 y 19, donde se cita, entre muchos glosadores, a BALDO –Dios sometió al emperador a las leyes, no a los contrarios– y a DECIO CONSTANTINO –*Deus ipse ex promissione obligatur*–; ver también Edward S. CORWIN, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Harvard Law Review, vol. XLII, 1928, n° 2, p. 167.

²⁰ *Dig.* 1, 3, 31; 32, 23.

²¹ Kelsen observa (*Das Problem der Souveränität*, cit., ps. 25–27), que el principio según el cual todo está permitido al poder es una verdadera norma jurídica.

En definitiva, si se sostiene que la capacidad de hecho del Estado para imponer su voluntad es la base del ordenamiento jurídico, no cabe evitar que esta voluntad se introduzca en dicho ordenamiento, bajo la forma de capacidad ilimitada de obrar, de omnipotencia estatal. Pero esta consecuencia negativa resulta no sólo del dualismo representado por JELLINEK, sino que también aparece como fruto del normativismo de Kelsen. En efecto, para este último, la fuente de validez del ordenamiento jurídico positivo no se halla en otro ordenamiento superior vinculante por sí mismo, sino que tal validez se establece –como en la teoría dualista– de modo puramente formal, esto es, suponiendo una instancia hipotética diversa al ordenamiento jurídico positivo que determine quién debe producir éste, que resulta susceptible de recibir cualquier contenido. Ello significa, a la postre, la consagración de la situación de hecho existente, que bien puede desembocar, como lo observa Kelsen, en la atribución “jurídica” de un poder absoluto al órgano supremo del Estado. Y, en tal situación, no tiene sentido hablar de derechos fundamentales.

En cambio, si se admite la existencia de un orden normativo superior al derecho positivo, cuya validez depende de la correspondencia de los contenidos de este último con los de aquel orden superior, se evitan las contradicciones expuestas, y se otorga a los derechos fundamentales una segura base.

La idea de la auto-obligación de los Estados como base del derecho internacional, de la que parten BERGBOHM y JELLINEK²², conduce por lógica, como FRICKER lo sostuvo, a la negación de aquél, a considerarlo sólo como derecho público de lo externo²³. Pero JELLINEK no saca esta consecuencia, sino que por el contrario, defiende la existencia objetiva del orden jurídico internacional, recurriendo en ciertos momentos, de forma contradictoria, a argumentos jusnaturalistas²⁴.

Existe otra línea, la de BINDING y TRIEPEL, que procura, sin salir del dogma de la voluntad estatal, otorgar al derecho internacional un fundamento autónomo respecto del ordenamiento interno.

BINDING²⁵ considera que la voluntad conjunta de los Estados es superior a la de cada Estado en particular y que esta voluntad conjunta es la

²² Kelsen, *Das Problem der* Johannes cit. , p. 169.

²³ Cf. Kelsen, *ibíd.*, ps. 154 y 182.

²⁴ *Ibíd.*, p. 184–187.

²⁵ Kelsen menciona como versión definitiva del pensamiento de éste la obra de *Zum Werden Und Leben der Staaten*, 1920.

fuelle del derecho internacional, que resulta así diferenciado, por su origen, del derecho interno. Pero, análogamente a lo que objeta a la teoría de la auto-obligación de JELLINEK, KELSEN observa respecto de la doctrina de BINDING-TRIEPEL que si de la voluntad conjunta de los Estados de obligarse a sí mismos unos frente a otros resulta un vínculo superior a la voluntad de cada uno, ello presupone la existencia de una norma superior a la voluntad estatal, que consagre el principio *pacta sunt servanda*.

La doctrina de BINDING y TRIEPEL, aparte de sus contradicciones internas, se caracteriza por el dualismo, que induce a concebir el ordenamiento jurídico interno y el internacional como compartimentos estancos, dado que al ser la voluntad contractual de los Estados la fuente única del derecho internacional, aquéllos son los exclusivos sujetos de las obligaciones y derechos emergentes de éste, que en nada vincula ni nada otorga a los sujetos de cada ordenamiento interno²⁶.

La imposibilidad de hallar sustento a los derechos humanos en el orden internacional a partir de puntos de vista como los mencionados, lleva a los especialistas a acercarse al jusnaturalismo. Así, LAUTERPACHT²⁷ sostiene que aun cuando el derecho natural no tenga sino significado ético, prescindir de él al fundamentar los derechos humanos importaría dejar de lado la ley superior que constituye el estándar último de juicio respecto de todo derecho positivo. Frede CASTBERG²⁸, quien toma en cuenta el criterio de LAUTERPACHT, los considera insuficientes y estima que, así como los derechos legales emergen de las normas positivas, los derechos humanos, que existen precisamente como una demanda independiente respecto de la ley positiva, tienen su base en la ley natural.

KELSEN permanece teóricamente indiferente frente al postulado de la primacía del derecho internacional y, por consiguiente –según cabe deducirlo– también respecto de la primacía de los derechos humanos, que integran a éste²⁹. Sin embargo, esta indiferencia teórica de KELSEN ante el

²⁶ Cf., en este sentido, la opinión de Laband, que examina KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, cit. p. 159; para la exposición y crítica de la doctrina de Triepel, *ibíd.*, p. 135 y siguiente.

²⁷ LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Tevens & Sons Limited, Londres, 1950, p. 74.

²⁸ CASTBERG, Frede *Natural Law and Human Rights*, en “Human Rights Journal”, vol. 1, 1968, ps. 14, 31–32.

²⁹ Vid. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, reimpresión 1976, DEUTICKE, FRANZ, Viena, p. 345; también *Allgemeine Staatslehre*, 1ª ed., 1925, reimpresión 1966, Verlag Dr. Max GEHLEN, Bad Homburg V. D. Höhe, Berlín, Zurich, p. 128.

primado del derecho internacional no existía en su pensamiento más temprano. En *Das Problem der Souveränität*³⁰, decía abiertamente que si no se admite la validez objetiva del derecho, independiente de la voluntad de cualquier sujeto, se produce, al menos en la esfera del derecho internacional, la negación de la idea del derecho y la afirmación de la mera fuerza.

IV. Consideraciones finales

Las vacilaciones e incertidumbres con los que la jurisprudencia argentina ha admitido la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y las contradicciones del legislador constituyente al incorporar los tratados sobre derechos humanos, revelan que las concepciones de la relación entre poder y derecho que acabamos de criticar forman una armadura ideológica en cuya virtud el jurista tiende a rechazar como idea anticientífica y hasta contraria al garantismo penal las manifestaciones de la primacía del *ius gentium*. No sólo los mentados casos “Schwammberger” y “Priebke” así lo demuestran, sino otros de mi experiencia, que el tiempo disponible me impide aquí referir.

Sólo la labor de la crítica y la comprensión de los orígenes irracionales de la idea del poder como fundamento del derecho podrán remover el obstáculo que las posiciones arraigadas en los juristas sobre esa cuestión esencial ponen a la plena aplicación de las normas del derecho de gentes para la preservación y el desarrollo de los derechos humanos.

³⁰ *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 317.

Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas*

Juan A. Travieso

I. Introducción

La Constitución ha sido denominada por ALBERDI como la “Carta de navegación”. Para poder sintonizar la Argentina verdadera, la real y virtual hay que sintonizar el Plan Maestro desarrollado por la Constitución. En primer lugar hay que analizar si se trata de una nueva Constitución o de un nuevo modelo, si se construyó un sueño o bien una modernización institucional como en el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América. Sin duda, previamente subrayamos que el nuevo modelo se moldea sobre la base siempre actual de las Declaraciones, Derechos y Garantías, de la parte dogmática de la Constitución Argentina.

Ahora, a fines del siglo XX, se está discutiendo si estamos en presencia del fin de la historia, en el umbral del siglo XXI, o si estamos en el tercer milenio. Los acontecimientos que diariamente se producen, marcan inflexiones, barreras que se abren, muros que se derrumban. Una especie de terremoto sacude el planeta, y la falta de explicaciones justifica no dar explicaciones, o sea, anunciar el fin de la historia.

En la Argentina, el nuevo modelo se elabora a partir de 1983 con la democratización, cuando comenzó una nueva valoración de los derechos humanos. El gobierno democrático comenzó por el principio: los derechos humanos. Uno de los primeros actos del gobierno democrático fue el de proponer al Congreso la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Poco tiempo después se ratificó el tratado provocando en la cultura jurídica argenti-

* El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación DEO12. UBACYT Paradigmas de Derechos Humanos. Doctrina Legislación y Jurisprudencia.

na cambios culturales y cambios institucionales tales como la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no discriminación, derecho de información y respuesta, derechos de privacidad, e incluso, se comenzó a plantear la necesidad de adecuar la misma Constitución vigente, que entre sus artículos establecía la confesionalidad del Presidente y Vicepresidente. Desde la sociedad, el Poder Judicial captó el cambio cultural que sin dudas proponía una nueva ingeniería institucional. Ese cambio se fue reflejando y se refleja en la jurisprudencia que revela el desarrollo progresivo conceptual¹.

La Constitución Argentina, llamada histórica, reconoce sus antecedentes en materia internacional, en la Constitución de los Estados Unidos de América. Hoy extendemos los antecedentes a los textos latinoamericanos como Perú y Guatemala y los europeos como la Constitución de España. Ahora, los principios de derechos humanos de la Constitución Argentina de 1853-1860 están sincronizados con los de los tratados de derecho internacional de Derechos Humanos vigentes, hallándose articulados en las Declaraciones, Derechos y Garantías, que lucen adecuados al proyecto de país del siglo XXI.

Precisamente, hay que reconocer que los principios de derechos humanos, refuerzan las bases clásicas de la Constitución, producen su legitimación y vienen a rescatar normas centenarias en un viaje intertemporal, insertándolas en una interpretación histórica, dentro de la comunidad internacional tal cual es a principios del siglo XXI y no a mediados del siglo XIX.

Sin embargo, como un resistente edificio centenario aún persisten las viejas y siempre remozadas columnas de la ingeniería constitucional como el art. 27 de la Constitución Argentina, que establece que el gobierno federal tiene como proyecto fundacional permanente el de afianzar las relaciones de paz y comercio con los estados extranjeros, mediante tratados que estén de acuerdo con el derecho público establecido en la misma Constitución.

Construir una nación no es trabajo simple. Juan Bautista ALBERDI, uno de los principales constructores de la Argentina, ha expresado que los tratados internacionales constituyen la primera página de la Constitución y el primer estorbo presentado a la voluntad de los gobiernos despóticos, así como el ancla de la estabilidad puesta a la Constitución. La casa argenti-

¹ TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Ed. Heliasta, 1996. Nos remitimos a esa obra en la que se plantean los distintos escenarios jurisprudenciales, Cap. V.

na halla su clave de sustentación en las nuevas columnas representadas por los tratados de derechos humanos y los constructores de la Argentina siempre sostuvieron la necesidad de vincularse estrechamente por medio de tratados internacionales.

Por lo tanto, la reforma constitucional argentina de 1994 ha producido un cambio cuantitativo y cualitativo sobre los derechos humanos, la relación con el derecho internacional a través de tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente y otros tratados que a pesar de no haber sido jerarquizados tienen mayor jerarquía que las leyes.

La historia juzgará si la reforma de la Constitución de 1994 fue necesaria y oportuna. Por ahora, en lo específico, en el tema de los derechos humanos, consideramos que están reunidos ambos requisitos.

Porque en realidad, la historia de los derechos humanos se está escribiendo en la Constitución dentro del desarrollo de éstos a través de las etapas de la racionalización, secularización, positivización, generalización y finalmente, la internacionalización. Esta última etapa se presenta con una innovadora serie de contratos sociales universales que se están escribiendo en las distintas geografías internacionales desde la Conferencia de Viena de 1993, la del medio ambiente de Río, la de Copenhague sobre desarrollo social, la del Cairo sobre hábitat humano, la de Beijing sobre la mujer, etcétera.

A. Los paradigmas y los derechos humanos

Los derechos humanos, su valoración y efectividad se plantean en el siglo XXI con respecto a nuevos parámetros. Esa concepción se expresa afirmando que en realidad se está estableciendo un nuevo paradigma. Como esta frase es un lugar común consideramos de utilidad analizar brevemente el tema.

El tema de los paradigmas se origina en la obra de Thomas KUHN: "La estructura de las revoluciones científicas"². Según este autor, la ciencia, tal como es entendida comúnmente, se desarrolla dentro de un paradigma en el cual y sólo dentro del cual parece que se van acumulando los conocimientos. Cuando hay anomalías dentro del paradigma, éste no obliga en los primeros momentos a descartarlo. Pero, sin embargo, cuando las anomalías son excesivas se empieza a poner en duda la propia validez del paradigma adoptado y tiene lugar, entonces, una revolución científica que termina por consistir en un cambio de paradigma.

² KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.

Desde el punto de vista científico, cabe preguntarse si no se ha presentado una relación entre paradigmas, a pesar de que según algunos autores no es un dato esencial (FOUCAULT y ALTHUSSER). FOUCAULT vinculaba el concepto del paradigma al de *episteme* y Gastón BACHELARD los denominaba umbral epistemológico o corte epistemológico, conceptos que aparentemente no se hallan desconectados del de paradigma.

Para precisar aún más el concepto, se han establecido dos sentidos o niveles en el paradigma³:

1. Un ejemplo particular (un experimento científico, un interrogante, un concepto o una asociación de ideas que opera como una especie de figura central en torno de la cual se organiza un sistema de interpretación);

2. El sistema de interpretación. Cada paradigma, como sistema de interpretación, tiene un caso paradigmático alrededor del cual se organiza. Es como un *tótem* al que de alguna manera se hace referencia en el discurso y sus contenidos.

PRIGOGINE ha expuesto que nos estamos acercando al fin del siglo XXI, y según HAWKINS estamos a punto de leer la mente de Dios, dentro de teorías contradictorias desde FUKUYAMA en adelante. Se está planteando el dilema de si la ciencia está finalizando y si el caos es la nueva ciencia. Lo importante, según el mismo autor, es que no podemos alcanzar certidumbres porque la historia es inestable.

Esos razonamientos llevan a la conclusión, siguiendo a Thomas KUHN en su libro sobre la estructura de las revoluciones científicas, de que los cambios de paradigmas son el resultado de contradicciones entre las predicciones teóricas y los datos experimentales.

Cuando sucede esto, se produce una crisis, una bifurcación de la que emerge un nuevo paradigma que sortea las contradicciones. Por eso es que sólo en los momentos de crisis puede hablarse de creatividad científica⁴. Si fuera por eso, estamos viviendo un proceso de cambio sensacional en materia científica porque la crisis es también sensacional.

Hay un nuevo pensamiento en la sociedad acerca de esta valoración y ese nuevo pensamiento es acerca de nuevas estructuras e instituciones que suplantán el paradigma anterior y a veces lo contradicen. Porque en realidad, el nuevo pensamiento tiene un dilema de hierro: opera en el esquema conceptual anterior o debe cambiar toda la estructura conceptual.

³ WIGLEY, Mark, *La deconstrucción del espacio*, en *Nuevos paradigmas, Cultura y subjetividad*, Dora FRIED SCHNITMAN y OTROS, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 238.

⁴ PRIGOGINE, Ilya, *¿El fin de la ciencia?*, en *Nuevos paradigmas, Cultura y subjetividad*, Dora FRIED SCHNITMAN y OTROS, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 57. Hay un nuevo libro del autor, *El fin de las certidumbres*, Ed. Andrés Bello, comentario de "La Nación", 13/10/96.

Estos principios fueron aplicados a la ciencia física y química, pero en la actualidad hay una fuerte tendencia a elaborar inferencias en las demás ciencias a partir de estos conceptos. En ese sentido se ha expresado: *“Indeed, the development of standards of human rights, as well as the procedural standards prevalent in international tribunals, as an aspect of general principles of law, demonstrate that domestic law standards, adopted as paradigms or ideals, have penetrated the sphere of international law to a considerable degree”*⁵.

B. Dificultades metodológicas. El caso argentino

Hasta este momento, se pueden detectar las conjunciones, los descenramientos, las coincidencias y las disyunciones del paradigma de derechos humanos que, en su nuevo modelo 1994 con tratados internacionales ha desplazado al paradigma de 1853/60. En realidad, la frase de LEVY-STRAUSS de que es más difícil definir los problemas justos que dar con las justas respuestas es la síntesis más clara de la situación.

Desde nuestro punto de vista elaboramos un cambio de enfoque atendiendo al proceso acelerado que se produjo a partir de la reforma constitucional argentina de 1994 en lo que respecta a la identificación de paradigmas, especialmente en los nuevos procesos interpretativos. En toda esta investigación, hemos utilizado el método clásico en las ciencias jurídicas, esto es, la captura de datos a partir de las normas, doctrina y jurisprudencia.

Desde el principio, se estuvo tratando con algunas unidades de investigación y luego a partir de la segunda edición de nuestra obra *Derechos Humanos y Derecho Internacional* elaboramos un nuevo esquema con miras a producir una mayor convergencia. Sin dudas hay heterogeneidad en los planteos, que está provocando soluciones diversas sobre unas normas de derechos humanos centralizadas en los principales tratados jerarquizados.

En realidad quizás el resultado hubiera sido distinto de no tomar los nuevos parámetros de PRIGOGINE y otros autores, que consideramos tienen un valor superlativo en los problemas jurídicos, toda vez que éstos son problemas de la sociedad y de las personas. Nuestro objetivo se hubiera cumplido igual sin abordar estos problemas. Pero nos sentimos obligados a indagar ciertos conceptos útiles para el futuro de la investigación. Hay una autocrítica que nos formulamos y es la de profundizar riesgos me-

⁵ Ronald St. John MACDONALD, *The decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of law. Essays in honour of Wang Tieya*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, Ian Brownlie.

diente replanteos que nos pueden llevar a un abismo conceptual que no podemos ni queremos eludir, a pesar de la tentación del silencio.

A veces deseamos que no nos pase lo que cuenta la historia del científico al que le ponderaban el silencio de las piedras y la grandeza del universo. ¿Que diría la Tierra si abriera la boca? El científico, acostumbrado a los abismos, no dudó en responder: sin duda no diría sino tonterías porque no ha leído a PLATÓN ni a KANT (BLOCH, 1959, p. 190. Citado en *Nuevos paradigmas*, p. 217).

El planteo novedoso es el de aplicar un concepto ecológico a las ideas, esto es un criterio que signifique conservación y al mismo tiempo creación con respeto de las leyes de la naturaleza que a veces parecería que son más flexibles que las de la ciencia.

Por medio de los nuevos replanteos, veremos si se ha producido o no una fuerza energizante en las ideas e interrogantes, abriendo las barreras disciplinarias entre las ciencias. Reconocemos que los juristas estamos demasiado cómodos en el orden, cuando las perspectivas en las que vivimos acentúan el caos, desorden y crisis. Es probable que nos estemos dirigiendo a una trama plural que nos haga referirnos a “el final de la historia determinista, lineal, homogénea y del surgimiento de una conciencia creciente de la discontinuidad, de la no linealidad, de la diferencia...”⁶. Ante estos hechos debemos preguntarnos si el fin de la certidumbre será la única certidumbre de esta época.

Disentimos con PRIGOGINE, quien afirma que nos estamos acercando al fin del siglo XX. En realidad, el siglo XXI ha comenzado desde que cayó el Muro de Berlín, desde 1989. Se trata de un siglo XX extrañamente breve si se acepta que éste comenzó recién después de la Primera Guerra Mundial. Desde otro punto de vista, según HAWKINS nos estamos acercando al momento en que leeremos la mente de Dios, dentro de teorías contradictorias desde FUKUYAMA en adelante. Se está planteando el dilema, si la ciencia está finalizando y si el caos es la nueva ciencia. Lo importante, es, según el mismo autor, que no podemos alcanzar certidumbres porque la historia es inestable.

En materia de derechos humanos el cambio de paradigmas se ha producido en la Argentina y en el mundo. Esta afirmación se puede comprobar. En un reportaje a Marshall BERMAN se le pregunta si los derechos humanos pueden desvanecerse en el aire. BERMAN contesta recordando la época de Reagan y considerando que puede ser que los derechos huma-

⁶ FRIED SCHNITMAN, Dora y otros, *Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad*, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 27.

nos desaparezcan, pero siempre volverán a surgir ya que expresan algunas de las más profundas necesidades de los hombres y mujeres del mundo⁷.

Lo que ha sucedido en esta materia es que ese nuevo pensamiento, ha sido de tal magnitud que ha operado con el cambio de las estructuras. Para sostener la cúpula, no se han reforzado los cimientos sino que se intenta construir un nuevo edificio con otro concepto de cúpula y otras leyes de sustentación. Utilizando esa metáfora, en nuestro tema, para sostener los derechos humanos se ha cambiado, en líneas generales, la estructura conceptual que sostenía la interpretación clásica de la Constitución 1853-60.

Paradójicamente hemos descubierto, casi por casualidad, que la palabra paradigma en griego tuvo originalmente un sentido arquitectónico y eso puede que no sea una simple coincidencia.

Se puede decir que se ha reformado la Constitución, pero en los hechos el cambio es de tal magnitud, que a veces podría ser difícil referirse a reforma en lugar de innovación. Por eso es que puede resultar dificultoso para un jurista apartarse de los esquemas clásicos y pasar a realizar un proceso de deconstrucción de instituciones. Podemos preguntarnos, como lo han hecho otros autores, si es cierta la afirmación de que “nuestras teorías a menudo son mecanismos más eficientes de encierro, orden y control social que los regímenes sociales, políticos o estéticos que ellas investigan”. Para eso habría que estar muy atentos a lo que se denomina “las contaminaciones dentro y entre sistemas⁸”.

La reforma de la Constitución Argentina en 1994 ha producido una variante en los puntos de vista de la investigación porque en principio evita una tarea de explicación que las normas cumplen con mayor o menor eficacia, en materia de derechos humanos.

Quizás hay algo muy humano, y eso significa que somos demasiado humanos, como diría NIETZSCHE, porque el cambio legislativo es como el cambio en la física. Todos estábamos seguros como en el caso en que se aplicaba la mecánica de NEWTON, pero el desarrollo de las investigaciones, ha producido que esa seguridad científica se transforme en la incertidumbre cósmica después de EINSTEIN y HAWKINS. Podemos decir que salimos de la inercia científica en la materia, desde el punto de partida de los fallos dualistas argentinos de la década de los sesentas que repetían, erróneamente, que no había fundamento normativo suficiente para considerar

⁷ “La Nación”, reportaje a Marshall BERMAN, 13/10/1996.

⁸ WIGLEY, Mark, *La deconstrucción del espacio*, en *Nuevos paradigmas, Cultura y subjetividad*, Dora FRIED SCHNITMAN y otros, Paidós, Buenos Aires, 1995.

que los tratados tuvieran distinto nivel que las leyes. Muchos autores se escondieron en el narcisismo intelectual, que no ha sido otra cosa que una posición conservadora que produjo perjuicios a la sociedad argentina en cuanto a la valoración y aplicación de los derechos humanos.

Parecía como si esos fallos del dualismo fueran un madero en el agua, flotaban y siempre volvían a la superficie. El problema era cómo cambiar todo, tal como algunos pocos autores lo estaban requiriendo.

Volviendo al método, en realidad, como ha dicho BUNGE “Un método no es una receta..., ilumina el camino... no es sustituto de la investigación..., ni suple el talento, pero sin dudas es indispensable identificarlo, explicitarlo para producir conocimientos”⁹.

La estrategia teórico-metodológica que hemos planteado implica principalmente la captura del conocimiento en la materia a partir de los datos existentes utilizando las estrategias clásicas de las ciencias jurídicas: la ley, la doctrina y la jurisprudencia. El mismo sistema que utiliza el juez para iluminar las penumbras del lenguaje en el derecho.

Una nueva complicación se agrega a ese enfoque previo al considerar en el derecho internacional otras fuentes para determinar la existencia del derecho. Nos referimos a la costumbre internacional y a los principios generales del derecho.

Evidentemente, los datos descriptivos se producen dentro de un esquema que ha demostrado ser flexible, especialmente, luego de la reforma constitucional. Eso significa que el esquema se va adaptando a la realidad. Esa situación se ha producido, en parte, con la segunda edición de nuestra obra *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, que nos obligó a no reeditar, sino a replantear toda esta situación en un nuevo capítulo denominado “Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos”¹⁰.

En realidad, en ese nuevo capítulo se produjo un replanteo de nuestra posición acerca de la relatividad de los sistemas jurídicos nacionales, que no era otra cosa que un dualismo moderado y actualmente pasamos a un pluralismo dentro de un monismo moderado, que aún reconoce el peso de la doctrina del clásico precedente “Marbury c/Madison”. Es preciso reconocer esa situación porque se ha dicho que todo proceso de investigación debe comenzar con una catarsis intelectual.

Por lo tanto, todo ese esquema se nutre con la reforma constitucional, la doctrina, la legislación comparada y veremos si se pueden relacionar los componentes citados de manera eficaz para desarrollar nuevos conceptos

⁹ BUNGE, Mario, *Epistemología*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.

¹⁰ Ver Capítulo V de la obra citada.

que en principio aspiramos sirvan de acceso a la metodología del trabajo. Se trata, en síntesis, de un enfoque que admita la coexistencia pacífica entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos internos, en tanto y en cuanto no interfiera el derecho interno con el derecho internacional, en cuyo caso generaría responsabilidad internacional. Esa situación se advierte en autores como CARREAU y bastante cerca de esa posición se encuentra CONFORTI, entre otros que han reconocido que el derecho internacional aplica la responsabilidad y sanciona, pero no entra a reformar al derecho interno.

En esta nueva etapa, lo interesante de la investigación es que la interpretación de datos se efectúa simultáneamente con su generación, las unidades de análisis se van seleccionando por su riqueza paradigmática, muestreo teórico nacional e internacional, y la investigación terminará cuando se puedan congeniar las relaciones y conceptos expresados.

La heterogeneidad de los temas tratados se expresa en variados abordajes de la jurisprudencia y va despejando el camino en los diversos campos de investigación siempre abiertos en la clásica relación entre el derecho internacional, el derecho interno y su nuevo y más concreto enfoque: normas operativas y programáticas, dentro de un proceso que deberemos transformar en dinámico para dialectizar todas las variantes, aun con el riesgo, aquí sí, de ser categorizado como dualista en materia de investigación (BACHELARD).

Sabemos el riesgo de este proceso. Por tanto, la elección ha sido ardua. Casi como las opciones de la princesa de *Las mil y una noches*: cada vez que le presentaban al que podía ser el príncipe, al no serlo le hacía cortar la cabeza y la colocaba en la torre. Quedaron muchas cabezas en la torre, hasta que por fin llegó el príncipe cuya cabeza quedó junto al cuerpo y no en la torre. Siguiendo con la metáfora, esos son los riesgos de toda investigación.

C. Aspectos metodológicos específicos

En realidad, el método clásico de investigación, esto es planteo de objetivos, identificación de problemas y clarificación de hipótesis, nos ha permitido acumular información con el objeto de diseñar un mapa. Para elaborar ese mapa, tuvimos que marcar el camino, con las tres obras que tratan esos aspectos constructivos: *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* y *Fuentes e Instrumentos internacionales*. Con esa base pudimos encarar *Los derechos Humanos en la Constitución Argentina*, en la que comenzamos a identificar los paradigmas y hacerlos visibles en las medidas de acción positiva.

En realidad esos objetivos quedaban plenamente vigentes, porque más allá de la reforma constitucional, el paradigma de 1853-60, en realidad se había cambiado por otro.

Todos esos temas se planteaban en la formulación de los problemas para las hipótesis que en los hechos implicaba verificar entre otras las siguientes afirmaciones:

- “2. La aplicación jurisprudencial de las normas del derecho internacional de los derechos humanos determina la aparición de paradigmas que en algunos casos significan el cambio de los paradigmas vigentes
3. El cambio de paradigmas se produjo a partir de la ratificación de la Convención de San José de Costa Rica, aunque el principio del proceso puede remontarse a la ratificación de la carta de la ONU.
4. La Constitución Nacional no es el único pacto que regula las relaciones políticas económicas y sociales, etc. En realidad hay otros y variados pactos por medio de los cuales se estructura la sociedad democrática y la base de ese nuevo contrato social se halla en las convenciones internacionales de derechos humanos.
5. Se está consolidando un derecho judicial... un *usus fori* que completa lo pactado por los Estados”.

Esas afirmaciones en realidad se han ido conformando dentro de un proceso de ingeniería parcelaria popperiana, pues la reforma constitucional Argentina de 1994 ha cambiado algunos parámetros.

Para ese propósito, hemos procurado ejemplos, paradigmas concretos, que nos demuestren la tendencia en la aplicación jurisprudencial de los derechos humanos atendiendo especialmente a la interpretación. Desde allí cada uno podrá inferir si se han aplicado o no ciertos principios fundamentales, si ha existido o no un cambio cualitativo y cuantitativo en la materia, y si en definitiva, los derechos humanos se han incorporado bajo nuevos paradigmas.

En realidad, estamos percibiendo que el derecho constitucional del siglo XXI será el derecho internacional de los derechos humanos, precisamente, porque la Constitución ahora no es el único pacto de convivencia. Hay nuevos pactos de convivencia que son los tratados de derechos humanos regionales y universales.

Hoy es difícil referirse al pacto social de la Constitución como el único pacto. Ya no es válida, por incompleta, la afirmación de que la Constitución es el “pacto entre el pueblo”.

Dicho en otros términos, la Constitución Nacional no es el único pacto que regula las relaciones políticas, económicas, sociales, etc. En realidad, hay otros y variados pactos en la sociedad, por medio de los cuales se estructura la sociedad democrática, y el nuevo pacto es, precisamente, el respeto de los derechos humanos por medio de tratados internacionales. Ese es sin dudas un cambio de paradigma que implica el modelo y la interpretación

Los principios de derechos humanos de la Constitución Argentina de 1853-1860 están sincronizados con los de los tratados de derecho interna-

cional de los derechos humanos vigentes. De igual manera, los principios de esos tratados, no difieren con la Constitución, sino que se integran armoniosamente con ésta. Integrar a esos tratados de derechos humanos, dentro de un concepto de supremacía, incluso discutir si éstos se hallan por sobre la Constitución, no altera su espíritu ni desnaturaliza su jerarquía. Por el contrario, estos tratados, siguiendo en líneas generales a ALBERDI, jerarquizan a la misma constitución y no a la inversa.

Precisamente, esta discusión refuerza los principios clásicos de la Constitución, los legitima y los rescata de un viaje intertemporal, insertándolos en una interpretación histórica, dentro de la comunidad internacional tal cual es a principios del siglo XXI y no a mediados del siglo XIX. Esa interpretación, despeja el camino sembrado de dudas en cuanto a los factores políticos que rodearon el proceso de reforma constitucional.

De esta manera, las normas internacionales de derechos humanos, llegan a desbordar el orden jurídico. Pero hay otro efecto que surge desde que los derechos humanos se han incorporado en los sistemas y en la cultura jurídica interna. Se trata de una verdadera creación judicial que nos obliga a los juristas a interpretar las decisiones judiciales con fundamentos internacionales. Ya no se trata de operatividad o no, “aplicación de tratados *self executing*” o tratados programáticos.

En esta ocasión se ha operado lo que PECES BARBA, siguiendo a GONZÁLEZ CAMPOS, denomina como un auténtico “derecho judicial en la interpretación de los textos fundamentales, con posibilidad de incidir incluso en el derecho interno de los países y formando en todo caso un sistema de reglas jurídicas válidas costumbre judicial, *usus fori* que completa lo pactado por los Estados”.

PECES BARBA considera que esa creación judicial se ve favorecida por la escasa positivización jurídica del derecho internacional y ello “produce el efecto de máximas perspectivas de expansión y evolución”. Esos argumentos expuestos para la Convención Europea de Derechos Humanos, son perfectamente aplicables a la Corte Interamericana y a la Argentina.

Estimamos, pues, que esas costumbres judiciales o *usus fori*, están generando un nuevo paradigma de derechos humanos” que reconoce su origen en la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, pero quizás pugna por independizarse en sus conceptos como se advierte en los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

D. Derecho fundamental en la interpretación de los textos fundamentales

Como se ha expuesto, a partir de las funciones señaladas, se ha construido un *usus fori* con opiniones consultivas o dictámenes y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituyen los elemen-

tos que deberán tener en cuenta los tribunales argentinos, de acuerdo con la situación en que se halla la relación entre ambos órdenes a partir del fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” de 1992 y posteriormente a partir de la reforma Constitucional de 1994 que ha jerarquizado a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, el cambio de paradigma había comenzado antes en el caso “Cabrera, Washington c/C. T. M. Salto Grande” del 5 de diciembre de 1983. En ese caso, de acuerdo con el voto de los Dres. GABRIELLI y GUASTAVINO, compartido en sus fundamentos por la mayoría del tribunal, se extraen las siguientes conclusiones:

1. No resulta ajena a la competencia de la Corte Suprema la eventual responsabilidad internacional en que incurra el Estado a raíz de sus decisiones.

2. La validez¹¹ o invalidez de la disposición cuestionada, debe tratarse de acuerdo a las normas vigentes en el propio derecho internacional, de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico interno (artículo 21 de la ley 48).

3. Si la cuestión planteada ante los estrados judiciales, queda resuelta por aplicación exclusiva de normas jurídicas internacionales vigentes, tanto consuetudinarias como convencionales¹², cabe prescindir del análisis de constitucionalidad de las normas invocadas.

4. Surge el concepto de “acto complejo federal”¹³, requisito suficiente para la vigencia de un tratado internacional. De acuerdo a ello, una vez cumplida la etapa de aprobación legislativa y la debida ratificación por el Poder Ejecutivo, la norma se encuentra incorporada al ordenamiento interno, independientemente de su aplicabilidad. El concepto de acto complejo federal constituye una de las bases del *obiter dictum* del caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (Considerando 17).

5. Vigente una norma jurídica internacional en nuestro ordenamiento, será aplicable o no en función de que sus cláusulas resulten autoejecutorias o autosuficientes¹⁴.

¹¹ Nótese que los magistrados no analizan la “constitucionalidad” de la norma cuestionada.

¹² En el caso, el derecho a la jurisdicción fue analizado como norma de *ius cogens*, más allá de su carácter de norma jurídica interna. Como tal, la Corte decidió su jerarquía normativa respecto de tratados internacionales vigentes en nuestro ordenamiento.

¹³ Cabe aclarar que tal terminología aparece en la sentencia dictada en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”.

¹⁴ El concepto de operatividad, aparece explicado en el voto mayoritario de la sentencia citada en nota 4.

Lo cierto es que en aquella importante sentencia, aparecen con claridad y precisión las nociones expuestas luego en el *leading case* “Ekmekdjian c/Sofovich” y, a partir del mismo, en “Fibraca”, “Cafés La Virginia” y otros¹⁵.

E. La jurisprudencia vinculante

Para coordinar la jurisprudencia de la Corte Interamericana y su relación con la interpretación de los tribunales internos, previamente proponemos, repasar los conceptos de la misma Corte Interamericana en cuanto a la extensión de su labor interpretativa.

Por tanto consideramos necesario revisar desde el principio, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema.

La Corte entiende la expresión “regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con la Constitución”, como referida, en términos generales, a la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico interno e internacional (OC-13/93, p. 25).

... la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de “leyes internas” y de que éstas hayan sido “adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución”, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada (OC-13/93, p. 27).

Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para “formular recomendaciones... a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales” (art. 41.b) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención “con arreglo a sus procedimientos constitucionales” (art. 2) no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por

¹⁵ Debe observarse, sin embargo que los conceptos del fallo “Cabrera, Washington c/C. T. M. Salto Grande” fueron expuestos en segundo lugar por Julio BARBERIS, *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina*, Prudentia Juris, diciembre 1985, p. 158.

el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas (OC-13/93, p. 29).

En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención (OC-13/93, p. 30). La razonabilidad implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable. En cuanto a la “conveniencia” de una ley la cuestión se puede prestar a apreciaciones de carácter subjetivo, salvo que la expresión se utilice en el sentido poco usual de “correlación” o “conformidad” entre las normas internas y las provenientes de la Convención. Respecto de la expresión “autenticidad” de una ley, que podría poseer el significado jurídico de lo verdadero, cierto o legalizado de modo que haga fe pública, parece no tenerlo en el contexto de la consulta (OC-13/93, p. 33).

... respecto de normas legales, le corresponde (a la Comisión) dictaminar si violan la Convención. En efecto, frente a los órganos internacionales de aplicación de la Convención, una norma interna no puede tener tratamiento distinto al de mero hecho. En esto no existe diferencia entre la responsabilidad de un Estado derivada de violaciones a la Convención a través de un precepto interno y el tratamiento que en el derecho internacional general reciben las disposiciones internas violatorias de otras obligaciones internacionales (OC-13/93, p. 34).

Una norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte “conforme” con ella y, por supuesto, una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada “razonable” ni “conveniente”. La Comisión estaría facultada para emplear esos calificativos en este contexto... (OC-13/93, p. 35).

... no es facultad de la Corte en ejercicio de su función consultiva interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados parte, sino respecto de su compatibilidad con la Convención y otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados, según lo establecido en el art. 64.2 de la Convención Americana. En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado (OC-14/94, p. 22).

Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata” en el curso de esta opinión (OC-14/94, p. 41).

En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, ‘per se’, violación de los derechos humanos (OC-14/94, p. 42).

En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesionaría a todos los individuos de esa raza (OC-14/94, p. 43).

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta, y en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado (OC-14/94, p. 49).

El derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales... Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos (OC-14/94, ps. 52 y 53).

En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye una justificación desde el punto de vista del derecho internacional (OC-14/94, p. 54).

En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste... (OC-14/94, p. 56).

La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimen-

to constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaren (OC-14/94, p. 57).

Sobre las bases propuestas, la Corte Suprema de la República Argentina en la aplicación de las normas constitucionales en cuanto a los tratados de derechos humanos ha adoptado varios perfiles que identifican un criterio acorde con el desarrollo progresivo del derecho internacional en general y del derecho internacional de los derechos humanos en particular:

a) "La interpretación del Pacto debe..., guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José" ("Ekmekdjian c/Sofovich", 1992).

b) "La Corte Interamericana tiene a su cargo la interpretación de la Convención Americana ("Servini de Cubría", 1992. Opinión separada de BOGGIANO).

c) "La interpretación de la Convención Americana debe hacerse de conformidad con las exigencias de la misma" ("Servini de Cubría", 1992. Opinión separada de BARRA).

d) "Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación ("Giroldi Horacio s/Recurso de Casación", 1995. Consid. 11).

e) "... la aludida jurisprudencia (se refiere a la OC-11/90) ... debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana, y art. 2º, Ley 23.054, EDLA, 1984-22)" ("Giroldi Horacio s/Recurso de Casación", 1995. Consid. 11).

f) "... a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la Comunidad Internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1º de la Convención, en cuanto a los Estados parte deben no solamente 'respetar los derechos y libertades reconocidos en ella', sino además 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción'. Según dicha Corte, 'garantizar' implica el deber del Estado de tomar las medidas

necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 –‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’– párrafo 34)” (“Giroldi Horacio s/Recurso de Casación”, 1995, Consid. 12).

En conclusión la Corte ha señalado un amplio camino en el fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” al considerar :

“Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, *el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente*”¹⁶.

Quizás la cuestión se aproxima a considerar el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien no surge esa expresión textualmente, puede inferirse que los magistrados deben ajustarse a las guías de orientación que generan esas sentencias. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la Corte está marcando el camino al señalar que al servir de guía, debemos tener en cuenta que el interprete deberá ser muy cuidadoso al pretender apartarse de esos criterios. En primer lugar por la responsabilidad internacional que traería aparejado ese deslizamiento. En segundo lugar, deberá explicar fundadamente las razones que motivan el cambio de guía y orientación. Desde nuestro punto de vista, la única razón que podrá esgrimirse es la que surge del art. 27 de la Constitución Argentina en la relación derecho interno y derecho internacional¹⁷.

II. Conclusiones

Nuevos esquemas de interpretación se abren a partir de la Reforma Constitucional de 1994. La metodología será un medio auxiliar eficaz pa-

¹⁶ Hay que dejar constancia que ese criterio ya se había planteado en “Cabrera, Washington c/C. T. M. Salto Grande”, 5/12/83.

¹⁷ TRAVIESO, Juan Antonio, *La jurisprudencia en el derecho internacional*, en “La Ley”, 8 de julio de 1997.

ra adecuar las reformas al cambio que presenta la Argentina y el mundo globalizado. Hay que encarar este proceso con optimismo y acentuar el activismo judicial, para que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales no se transformen en un corsé, y constituyan sólo un piso de avance y no techo limitativo, teniendo en cuenta su carácter paradigmático.

Por lo tanto, y de acuerdo con lo expuesto en los argumentos constitucionales y jurisprudenciales que han sido el fundamento de la Constitucionalización y jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos, consideramos que en el marco del activismo judicial propuesto, el juez puede y especialmente está obligado a actuar ejerciendo el control de constitucional en materia de tratados internacionales y más aún en los tratados de derechos humanos, preservando las pautas indicadas en sincronización con la Constitución. El cumplimiento de las pautas se refiere al contenido del tratado y la lesión de un derecho subjetivo¹⁸.

El objetivo del juez es cumplir adecuadamente con la Constitución. Para ese cometido puede y debe declarar la inconstitucionalidad de oficio, independientemente de la petición de parte.

En materia internacional y en especial en derechos humanos se hallan las disposiciones de los arts. 27 y 75, inc. 22, de la Constitución Argentina. Por medio del art. 27 reiteramos la obligación del Gobierno Federal y por supuesto la de los jueces de afianzar las relaciones internacionales por medio de tratados articulados con el derecho público de la Constitución.

En la ingeniería constitucional, el objetivo de la carta de navegación constitucional, en consecuencia, es cumplir adecuadamente con el art. 27 de la Constitución Argentina, que consiste en afianzar las relaciones de paz y comercio por medio de tratados que se hallen sintonizados con el derecho público establecido en ella. La misma constitución no es celosa en extender el estándar internacional de protección que siempre tendrá la ampliación que el futuro reclame por medio del art. 33 de la misma.

Pero hay algo más. En realidad, el tema fundamental es el cambio en el concepto de la soberanía especialmente cuando se hallan en juego cuestiones vinculadas con los derechos humanos. Aquí el cambio de paradigmas se presenta con más claridad, pues el sistema de los derechos humanos parecería que está involucrado dentro de un proceso uniforme de globalización. Estamos dentro de un proceso de uniformidad de normas de derechos humanos que precisamente, pregonan el triunfo de la heterogeneidad, de la diferencia. Este es un propósito que según algunos autores,

¹⁸ TRAVIESO, Juan Antonio, *El control judicial de constitucionalidad y sus enfoques en tratados internacionales*, en "La Ley", año 12, n° 9, 12 de marzo de 1997.

lejos de internacionalizar, está estableciendo un nuevo paradigma en el que “la verdadera patria es la imagen de las diferencias humanas, la diversidad de sentimientos, lenguajes y culturas”¹⁹, una suma de itinerarios plurales que convergen en los derechos humanos.

Quizás el nuevo paradigma trate sobre la convergencia del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, porque no sería absurdo, por vía de hipótesis como lo han sostenido algunos autores, que los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, lleguen incluso a someter su propia Constitución por vía consultiva o contenciosa al control de la Corte Interamericana, dentro de una verdadera jurisdicción constitucional internacional de los derechos humanos²⁰.

Quizás el nuevo paradigma, siguiendo a BERMAN, signifique desarrollar una nueva noción de modernidad, con una inmersión global en un mundo sujeto a desastres nucleares y ecológicos, con sistemas de comunicación masivos, enfrentado a nuevas formas de crear o contagiar enfermedades. Como diría Stuart MILL, un nuevo paradigma que consiste en la libertad de comprometerse en experimentos de vida.

¹⁹ JIMÉNEZ, José, *Sin patria Los vínculos de pertenencia en el mundo de hoy: familia, país, nación*, en *Nuevos paradigmas, Cultura y subjetividad*, Dora FRIED SCHNITMAN y otros, Paidós, Buenos Aires, 1995.

²⁰ AYALA CORAO, Carlos M., *El Derecho de los Derechos Humanos*, en “El Derecho”, t. 160, p. 759.

La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales

Oscar L. Fappiano

I. Introducción

Ajustándome a la letra del título del tema propuesto, esto es, ejecución de sentencias de “tribunales” internacionales de derechos humanos, debo dejar de lado las consideraciones que merecen el cumplimiento por el Estado afectado de las decisiones que emiten otros organismos internacionales de tutela no jurisdiccionales, como lo son por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su similar de las Naciones Unidas.

En tal inteligencia, y habida cuenta de que los tratados y convenciones rigen en Argentina en particular, y en el hemisferio en general, sólo uno de ellos –la Convención Americana sobre Derechos Humanos– prevé la constitución de un organismo jurisdiccional –la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)–. Por ello debo circunscribir el discurso en torno a dicho tratado.

II. Los dos planos del abordaje

Sentado esto, pienso que el desarrollo del tema propuesto debe encararse desde un doble plano, a saber: el del derecho internacional y el del interno; esto es, qué solución brindan uno y otro, o deben brindar, para que la protección internacional de los derechos y libertades fundamentales sea verdaderamente efectiva.

A. El derecho internacional de los derechos humanos

Es sabido que el artículo 68.2 de la Convención Americana preceptúa que “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Si nos ajustamos únicamente a este apartado y a una interpretación literal del mismo, pareciera que la Convención ha despejado parcialmente

la incógnita ya que sólo alude explícitamente a las sentencias –o parte de ellas– de contenido indemnizatorio, dejando en la nebulosa, por lógica consecuencia, las sentencias, o la parte de ellas, que no revisten dicho carácter.

Consecuentemente, una primera aproximación nos conduciría, por vía de la argumentación a contrario, a concluir que estas especies de pronunciamiento no serían ejecutables ni en sede interna ni en la supranacional de la Corte IDH.

En tal sentido, la relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de Naciones Unidas, Érica-Irene DAES expresa: “Una de las deficiencias de la Convención es no haber incluido medidas para hacer cumplir las decisiones de la Corte”¹.

¿Merece nuestra aprobación semejante conclusión? Conduce a un resultado justo y verdaderamente justo? Para patentizarlo, analicemos el siguiente ejemplo: una sentencia de la Corte IDH que condene al Estado, por violar el derecho a la libertad personal, a disponer la libertad del afectado y al pago de una suma dineraria en concepto de indemnización por el tiempo que permaneció injustamente detenido. Según esta interpretación, sólo sería ejecutable el último aspecto del pronunciamiento y, como resultado, tendríamos compensada pecuniariamente a la víctima, pero mantenida en detención porque el Estado interesado no cumplió voluntariamente con ponerlo en libertad, y no habría manera de hacer esto efectivo en sede supranacional ni interna.

Frente a ello, nuestra conciencia jurídica experimentaría la vivencia de una contradicción; pues repugnaría a la misma tener una persona resarcida en el daño (lo accesorio), que le causara la privación ilegal de su libertad, pero mantenida arbitrariamente en esa situación (lo principal).

Es de destacar que el art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados rechaza toda interpretación que conduzca a conclusiones absurdas (aplicación del principio del “efecto útil” del tratado). Y lo injusto es un absurdo.

La buena fe con que deben celebrarse, ejecutarse y concluirse los tratados, de acuerdo con citado instrumento internacional, como igualmente su art. 27, quedarían totalmente desvirtuados.

Asimismo, el sistema de tutela creado por la Convención resultaría sumamente debilitado y no respondería, en gran medida, a su objeto y fin;

¹ “La libertad del individuo ante la ley”. Serie de Estudios, n° 3, ONU, Nueva York, 1990, p. 180, par. 743. La relatora se refiere, va de suyo, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

como tampoco lo haría con relación al principio de progresividad que informa al derecho de los derechos humanos.

De aceptarse esta interpretación, ante el no cumplimiento voluntario del pronunciamiento, la persona afectada no hallaría en el sistema una tutela judicial efectiva, en tanto que el Estado interesado quebrantaría la obligación de garantía que le impone su art. 1 y la de adoptar las medidas de derecho interno, legislativas o de otro carácter, que le asigna su art. 2.

Promover otra denuncia ante la CIDH fundada en el nuevo incumplimiento y el eventual sometimiento del caso ante la Corte IDH y así sucesivamente, convierte al sistema en un ritualismo inútil, desnaturalizándolo por completo. El valor del orden pecaría por exceso, no realizándose ni éste ni una justicia cierta.

No resulta un remedio adecuado acudir a la Asamblea General denunciando la infracción (Art. 65 Convención Americana), pues el sistema debe basarse en sí mismo. La Asamblea podrá adoptar contramedidas dentro del marco de la Carta de la Organización, pero no podrá ejecutar la sentencia de la Corte IDH, que de eso se trata precisamente. Por otra parte, las recomendaciones que ésta efectúa a los Estados, instando al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, o de la CIDH, no han tenido eco alguno. Representan, la mayoría de las veces, un simple ademán formal.

No es posible que, a esta altura de su evolución, el derecho americano admita un sistema tan defectuoso que se revele impotente en su esencia ante el primer incumplimiento.

Por el contrario, “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser la guía principalísima del derecho americano *en evolución*” reza el considerando 3º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, para consignar de seguido “la consagrada americana de los derechos esenciales del hombre... establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán *fortalecerlo cada vez más en el campo internacional*, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”.

Esa “evolución” del derecho americano permitió que el sistema “inicial” y su fortalecimiento “cada vez más en el campo internacional”, de los que hablan las transcritas motivaciones de la Carta de Bogotá, fuesen una realidad concreta en el mundo jurídico del hemisferio con la aprobación, primero, y con la puesta en funcionamiento, después, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con el advenimiento y consolidación del régimen democrático en los Estados miembros.

De ello se ha hecho eco la Corte IDH al establecer que “La Corte considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión debe ser analizada, si no que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo

que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”².

A casi veinte años de vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, el derecho americano se ha visto enriquecido sobremanera con el manejo cotidiano de esta valiosa herramienta que es la Convención, tanto por los órganos de tutela creados por ella, cuanto por los estatales, como así también con la aprobación, e inclusive vigencia, de protocolos adicionales y la incorporación en el derecho interno con rango *institucional* de estos instrumentos internacionales. Es decir, ha evolucionado y, por lo tanto, no es posible conformarse con soluciones hermenéuticas que se muestran anacrónicas frente a las nuevas “circunstancias jurídicas” imperantes.

Si pensamos que la Corte IDH es un tribunal supranacional, si –según la Convención– los Estados contratantes se han comprometido a “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (art. 68.1 Convención), si “las sentencias concluirán con una orden de comunicación y ejecución” (art. 48.6 de su Reglamento) y si la Corte, inclusive, “podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes” para “evitar daños graves e irreparables a la personas en los asuntos en que esté conociendo” (art. 63.2 Convención) –cuya finalidad, como la de toda medida cautelar, consiste en asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva sobre el mérito del caso–, no resulta aventurado inferir que las decisiones que no se cumplen voluntariamente por el Estado parte voluntariamente sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, deben merecer su ejecución forzada por ante la propia Corte.

Como bien lo señala RODRÍGUEZ RESCIA, el vocablo “compromiso” que contiene el art. 68.1 de la Convención debe ser entendido como una auténtica “obligación” de los Estados parte ya que, para comprender su sentido, el indicado precepto debe ser interpretado en conjunción con sus arts. 1 y 2³.

En verdad, al disponer el art. 68.2 que la parte de la sentencia que disponga una indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de senten-

² Corte IDH, OC-10/89, del 14 de Julio de 1989, párr. 37. Ver, en sentido concordante, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Corsoy c/Reino Unido”, serie 17, n° 184, del 27 de septiembre de 1991.

³ RODRÍGUEZ RESCIA, *Eficacia jurídica de la Jurisprudencia de la Corte*, en, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Rafael NIETO NAVIA (ed.), San José, Corte IDH, 1994, p. 463. Ver GROS ESPIELL, *Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa*, en la misma obra colectiva citada anteriormente, p. 225.

cias contra el Estado, lo que ha querido significar la Convención es hacer posible una forma de ejecución “eficaz y rápida, acorde con el objetivo de protección, real y cierta, de los derechos humanos”, según enseña Gros ESPIELL⁴, pero de ninguna manera negar su ejecutoriedad a los otros contenidos de la misma.

La misma Corte IDH marca el rumbo interpretativo concordante con el criterio que sustentamos: “La Convención debe interpretarse de manera de darle un pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su ‘efecto útil’”⁵.

Sólo así se habrá realizado una cierta seguridad, un cierto orden y una cierta justicia. Sólo así estaremos a la altura de las circunstancias y del grado de evolución alcanzado por el derecho americano a que hacen mención los documentos internacionales citados, y habremos dado un paso adelante en el incesante fortalecimiento del sistema regional a que estamos llamados por dichos instrumentos.

Sólo así, en fin, habremos dado satisfacción a la conciencia jurídica del hombre americano y a sus ansias de justicia; porque si nos preguntaran acerca del derecho de toda persona “a que se establezca un *orden social internacional* en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal se hagan *plenamente efectivos*” (art. 2, Dec. Universal) y le respondiésemos que el sistema instrumentado solamente lo protege en la faceta económica accesoria y pensamos en la esperanza que ha depositado en él y el enorme esfuerzo de todo orden que debe realizar para arribar a la instancia supranacional, tomará la respuesta como una burla y, sin duda, que contribuiríamos grandemente a justificar la sensación de descreimiento por las instituciones que hoy domina su espíritu, con lo que todo lo edificado hasta ahora se habrá derrumbado estrepitosamente.

B. El derecho interno

Dije anteriormente que si el Estado parte no cumple la sentencia de la Corte IDH que lo declara responsable de la transgresión, habrá incurrido en una nueva infracción a la Convención. A los preceptos citados puede añadirse el art. 25 de la misma, ya que si la persona afectada careciera del

⁴ *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1991, p. 191.

⁵ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, excepciones preliminares, sentencia del 21 de junio de 1987, párr. 69.

recurso sencillo y rápido o de otro recurso efectivo que lo ampare contra la negativa del gobierno, queda infringido también este artículo que consagra la tutela judicial efectiva.

Por consiguiente, para observar a cabalidad con lo convenido y aceptado y homenajear la buena fe que impera en el campo de las relaciones internacionales, los Estados contratantes deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean menester para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales reconocidos tanto en la Convención cuanto en sus respectivas constituciones y leyes internas (art. 25, citado, en juego armónico con los arts. 1, 2 y 68.1 de la misma).

Algunos ya lo han dispuesto mediante la sanción de los instrumentos legislativos correspondientes, como Perú y Colombia (ley 288), por ejemplo.

En el primero, la ejecución compete de oficio al máximo órgano judicial del sistema interno, en tanto que en el segundo y con relación a las recomendaciones de la CIDH, se crea un comité de ministros el que aconsejará si las cumple o si, por el contrario, el Estado colombiano somete el caso a la jurisdicción de la Corte IDH para que lo resuelva en definitiva. El pronunciamiento de esta última es ejecutable en sede interna.

Según se advertirá, el modelo colombiano es más abarcativo que el anterior porque contempla, también, a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Una opinión consultiva emitida por el Consejo de Estado colombiano había señalado con anterioridad, y sobre la base de lo preceptuado por el art. 41 de la Convención que las recomendaciones de la CIDH eran vinculantes para el Gobierno.

Para una organización federal como la adoptada para su gobierno por Argentina, Brasil y México, la ley colombiana puede servir de modelo, correspondiendo completarla con disposiciones tendientes a observar, por un lado, la previsión del art. 28 de la Convención y, por el otro, garantizarles a los Estados o Provincias que conforman la federación, el derecho de defensa ante los órganos supranacionales posibilitándoles, a tal objeto, integrar la representación estatal, de participar en el eventual procedimiento de solución amistosa que se acuerde, en las actuaciones ante la Corte IDH, etcétera.

Ateniente al art. 28 de la Convención, se podría establecer que el cumplimiento de la recomendación de la CIDH, si así se decide, o de la sentencia de la Corte IDH, en su caso, en un primer momento quede a cargo de las autoridades competentes del Estado o Provincia federada dentro del plazo concedido, vencido el cual sin que se le haya cumplimentado, pasará a la competencia de la Unión o Federación la que podrá adoptar contra la Provincia o Estado remiso las contramedidas que resulten adecuadas. Igualmente se podría llevar a conocimiento del Congreso Federal esas me-

didas, a los fines del ejercicio del control parlamentario que pudiera corresponderle al no quedar garantizada la administración de justicia (art. 5 Constitución Nacional).

Asimismo, es aconsejable, por razones de transparencia, que ciertos procedimientos internos, como por ejemplo, fijar el monto de las indemnizaciones a pagar, se lleven a cabo en sede judicial, bajo su control y en audiencia pública.

Finalmente, cabe dotar a los funcionarios encargados de la defensa de los intereses gubernamentales de la facultad de recabar y recibir por parte de las dependencias públicas comprometidas la colaboración e información que sea necesaria a los fines de su cometido.

Como Secretario de Asuntos Legislativos, lo he plasmado en un proyecto de ley que fuera elevado al Poder Ejecutivo para su posterior remisión al Congreso argentino y que transcribo a continuación para mejor ilustración de los lectores.

Exposición de Motivos

El presente proyecto de ley lleva como finalidad reglamentar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual la Argentina es Estado Parte, en lo relativo al cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes sobre casos individuales llevados a su conocimiento y de las sentencias condenatorias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo que el sistema interamericano de tutela de los derechos y libertades fundamentales cobre mayor eficacia en la República.

En tal sentido, el proyecto establece que las recomendaciones de la Comisión serán analizadas por un Comité de Ministros el que se expedirá aconsejando su cumplimiento, cuando se den las circunstancias de hecho y de derecho que el mismo prevé, o si así no ocurre, el sometimiento del caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su resolución definitiva.

Es decir, que a partir de su vigencia ya no podrá haber comportamientos

elusivos por parte del Estado: o se cumple con la recomendación o, en la hipótesis de no compartirse las motivaciones de la Comisión Interamericana, se somete el caso al órgano jurisdiccional previsto en la Convención, para que éste resuelva, en definitiva, la controversia.

Fija, asimismo, un procedimiento judicial para la hipótesis de tratarse de una recomendación de pago de indemnizaciones a la víctima de la violación; con lo cual la gestión del establecimiento de los rubros o conceptos por los que corresponde y los montos resarcitorios, estarán bajo el contralor del Poder Judicial.

Igualmente se autoriza al Estado Nacional, responsable internacional de la violación, a repetir lo pagado del agente o funcionario nacional responsable interno de la misma, asegurándole a éste su derecho de defensa. Y se deja aclarado que la repetición corresponderá sin perjuicio de las otras responsabilidades de naturaleza administrativa, penal o política en que pudiera haber incurrido, para lo cual el Gobierno debe promover las actuaciones o acciones

correspondientes; esto es, no debe abandonarse a una pasiva indiferencia.

Otro tanto sucede cuando la responsabilidad interna de la violación recae en la Ciudad de Buenos Aires o una Provincia confederada, sus agentes o funcionarios. En este supuesto integrarán el Comité de Ministros, como así también la representación argentina tanto ante la Comisión cuanto ante la Corte Interamericana, para asegurar su derecho a defensa.

Habida cuenta de lo preceptuado por la “cláusula federal” contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado Nacional responderá internacionalmente por la infracción, pero repetirá de la jurisdicción local el monto indemnizatorio como medio de asegurar en ella la plena vigencia del Pacto de San José de Costa Rica.

El proyecto prevé la circunstancia

de no tratarse la recomendación de la Comisión o la sentencia de la Corte de naturaleza indemnizatoria, a saber: si el hecho sucedió en jurisdicción nacional, el Poder Ejecutivo hará cesar de inmediato sus efectos. Si lo fue en jurisdicción local, será ésta la que esencialmente tiene la iniciativa; pero, si en un plazo razonable no lo hace, entonces es la autoridad nacional la competente para hacerla efectiva.

Como circunstancia particular se contempla el concepto “reparaciones” que habitualmente traen tanto las recomendaciones de la Comisión cuanto las sentencias de la Corte Interamericana, como así también la recomendación o condena a investigar judicialmente un hecho por parte de la jurisdicción local. En este último respecto se adopta el criterio de ser la justicia federal la actuante si la otra no lo hace en un plazo razonable.

Proyecto de Ley

Art. 1. El Poder Ejecutivo debe poner a la consideración del Comité de Ministros creado por la presente Ley, toda recomendación de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, emitida con relación a casos individuales de violación de dichos derechos del cual el Estado Nacional resulte internacionalmente responsable.

Art. 2. Para cumplir con las recomendaciones a que se refiere el artículo anterior, se observarán los siguientes requisitos:

a) Que exista una recomendación previa, escrita y expresa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que se concluya, respecto de un caso individual sometido a su competencia, que el Estado Nacional es internacionalmente responsable de violación de los derechos humanos.

b) Que exista resolución previa favorable al cumplimiento de la recomendación emitida por un Comité constituido por:

1. El Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto;
2. El Ministro de Justicia;
3. El Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos;
4. El Ministro en cuya jurisdicción actúa el órgano a que se le atribuye la violación antes dicha.
5. En su caso, un representante de la Ciudad de Buenos Aires o de la Provincia en cuya jurisdicción ocurrió el hecho materia del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Art. 3. Para emitir su opinión, el Comité debe tener en cuenta, entre otros elementos, las pruebas recogidas

y las resoluciones recaídas en los procesos judiciales o actuaciones administrativas o militares internos y la rendida ante el órgano interamericano de tutela. Debe expedirse en sentido favorable al cumplimiento de la recomendación o de someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Art. 4. Cuando el Comité considere que se reúnen los presupuestos de hecho y de derecho que, conforme a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales aplicables permiten dar cumplimiento a la recomendación respectiva, el Poder Ejecutivo debe ejecutarla. Si, por el contrario, el Comité opina que el caso debe ser llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo debe someter el caso a la decisión definitiva de la misma.

Art. 5. El Comité dispondrá de un plazo máximo de cuarenta y cinco días contado a partir de la notificación oficial del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho plazo comenzará a correr desde la fecha en que la presente ley entre en vigencia respecto de los informes que se hayan producido con anterioridad a la misma. Empero, debe limitarse el mismo a un período de tiempo que permita al Poder Ejecutivo, en su caso, cumplir con el término máximo fijado por el artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Art. 6. Si el Comité emite opinión favorable al cumplimiento de la recomendación y ésta aconsejare el pago de indemnizaciones a favor de las víctimas de la violación constatada, o de sus derechos habientes, dentro de los quince días de recibida, el Poder Ejecutivo se presentará ante el órgano jurisdiccional que resulta competente se-

gún el derecho interno, para su determinación.

Recibida la petición el tribunal citará a los interesados por igual término, a fin de que concurran ante él y presenten las pruebas que acrediten su interés legítimo y la cuantía de los perjuicios.

El tribunal correrá traslado de las pretensiones formuladas y de las pruebas aportadas por los interesados al Gobierno Nacional y citará a las partes a una audiencia de conciliación.

El Defensor del Pueblo será convocado al trámite de conciliación, con el objeto de oír su opinión.

Art. 7. La conciliación versará acerca del monto de la indemnización, del perjuicio y la procedencia de los rubros o conceptos que lo integran.

El ente público al cual pertenezca o haya estado vinculado el agente responsable de los respectivos hechos, procederá a determinar, de común acuerdo con las personas que hayan demostrado legítimo derecho, el monto de la indemnización de los perjuicios y la procedencia de los rubros o conceptos por los que se reclaman.

Art. 8. Si se lograse acuerdo, total o parcial, la partes firmarán un acta en que se lo hará constar y el respectivo tribunal decidirá, mediante resolución fundada, si la conciliación resulta lesiva a los intereses patrimoniales del Estado o si se halla viciada de nulidad. En caso contrario le prestará su judicial aprobación.

Art. 9. La resolución que apruebe la conciliación tiene los alcances y efectos de la cosa juzgada y, por ende, pone fin a todo proceso que se haya iniciado contra el Estado Nacional por los beneficiarios de la indemnización en relación a los hechos materia de la conciliación.

Art. 10. Si no se llega a un acuerdo total o si se diera cualquiera de los su-

puestos previstos en el artículo 7 de la presente ley, el órgano jurisdiccional dictará sentencia sobre las cuestiones controvertidas, la que tendrá efecto preceptuado en el artículo 9.

El Gobierno Nacional remitirá copia de toda la actuación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para los efectos previstos en los tratados internacionales aplicables.

Art. 11. Sólo se reconocerán indemnizaciones por los perjuicios debidamente probados y que tengan nexo de causalidad con los hechos materia del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Para su determinación y procedencia son de aplicación los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la legislación interna argentina y la jurisprudencia nacional, en tanto y en cuanto no resulten modificados por aquéllos.

Para la fijación de los daños y perjuicios se tendrá como pruebas, entre otras, las que consten en procesos judiciales o actuaciones administrativas o militares y, en especial, las valoradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para expedir su informe.

Art. 12. Por medio de los agentes que designe, el Gobierno Nacional tendrá acceso a los expedientes administrativos, militares o judiciales correspondientes, a efectos de las actuaciones que deban producirse ante la Comisión o ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, cuando sea el caso, para verificar la identidad de los beneficiarios de las indemnizaciones así como el monto de los daños y perjuicios que deban ser objeto de las mismas. Igual facultad poseerá el Comité al objeto de su propio cometido.

Art. 13. Las indemnizaciones que se paguen de acuerdo con lo previsto en la presente, darán lugar al ejercicio

de la acción de repetición contra el agente o funcionario nacional responsable de la violación. A tal fin, el Poder Ejecutivo lo citará a estar a derecho en el procedimiento establecido en esta ley.

Todo ello, sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativa, penal constitucional o política en que hayan incurrido, para cuya determinación promoverá las acciones o actuaciones pertinentes.

Art. 14. El Poder Ejecutivo Nacional deberá incluir en el proyecto de presupuesto correspondiente al ejercicio inmediato posterior al del acuerdo judicialmente aprobado o al que quede firme la sentencia dictada, el crédito correspondiente para la atención de las indemnizaciones que deba pagar.

La presente disposición se incluirá en la ley complementaria permanente de presupuesto.

Art. 15. Cuando los hechos o actos que fundamentan la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la eventual demanda de ésta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sean atribuibles a la Ciudad de Buenos Aires o a las Provincias o a sus agentes o funcionarios, el Gobierno Nacional las invitará formalmente a participar de los procesos que se apuren ante dichas instancias internacionales a fin de formular las alegaciones y producir las pruebas que estimen hagan su derecho.

Igual invitación se les cursará con relación con la materia objeto de la presente ley.

Art. 16. El Estado Nacional debe requerir la repetición de los pagado en concepto de indemnizaciones a la Ciudad de Buenos Aires o al Gobierno Provincial correspondiente. Si transcurrido seis meses de efectuado el requerimiento no es satisfecho, el Poder

Ejecutivo, con conocimiento del Congreso Nacional, deducirá las sumas adeudadas de las cuotas de la coparticipación federal o de todo crédito o recurso que les pertenezca o les corresponda.

Art. 17. La conciliación de que trata la presente ley también se practicará en el proceso judicial promovido para obtener la indemnización de los perjuicios derivados de los mismos hechos a que se refiere la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aún cuando hubiere precluido en la oportunidad para realizarla.

Art. 18. Cuando la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableciere obligaciones no indemnizatorias, el Gobierno Nacional deberá disponer el cese de la situación que dio origen al pronunciamiento en el menor tiempo posible adoptando las medidas legislativas o de otro carácter que resulten idóneas a ese fin.

Las reparaciones serán fijadas de común acuerdo con el afectado personal y directo de la violación o de sus derechos habientes y, en el supuesto de

no haberlo, decididas judicialmente según el procedimiento precedentemente instituido por la presente ley.

Art. 19. Cuando la responsabilidad fuere de la ciudad de Buenos Aires o de las Provincias, el incumplimiento de la recomendación o de la sentencia en un plazo razonable, faculta al Gobierno Nacional a la adopción de las medidas legislativas o de otra naturaleza que resulten idóneas al objeto de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina, poniéndose en conocimiento de ellas al Congreso Nacional

A tal objeto, queda facultado el Poder Ejecutivo Nacional a promover, en sede local, las acciones o actuaciones que sean del caso para la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles, penales o políticas en que se hubiere incurrido.

Si la recomendación o la sentencia consistiere en la obligación de investigar judicialmente los hechos y en un plazo razonable no hubiera pronunciamiento de la justicia local, el caso pasará a la competencia de la justicia federal de distrito.

Art. 20. De forma.

Parte II

Principios, deberes y prácticas para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales

Capítulo 1

Principios

El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos

Mónica Pinto

I. Introducción

Lo que se denomina derecho de los derechos humanos es, esencialmente, un conjunto de normas internacionales e internas que, en más de una ocasión, se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o de cuestiones que presentan aspectos análogos. Tal situación deviene del hecho de la evolución rápida del tema en los últimos 30 años.

De esta suerte, normas consuetudinarias internacionales –necesariamente amplias, flexibles– bajo la forma de declaraciones de derechos contenidas en resoluciones de organismos internacionales, tratados universales con fórmulas susceptibles de generar el consentimiento de la mayoría de los Estados y tratados regionales con proposiciones más acotadas a realidades parciales se acomodan en el orden jurídico vigente en un país al lado de normas internas de distinta data que contemplan desde libertades públicas *lato sensu* hasta la última versión de los derechos humanos.

Sin perjuicio de la autonomía de cada orden jurídico para determinar los modos de su integración, para establecer el orden jerárquico de sus normas y, por lo tanto, individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, la pluralidad de fuentes apuntada impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos¹.

II. El principio *pro homine* como una pauta de hermenéutica

En un ordenamiento jurídico como el hoy vigente en la Argentina se plantea la coexistencia de múltiples normas referidas a derechos humanos, que presentan, las más de las veces, contenidos parecidos, mas no necesariamente exactos o iguales. La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos obliga a una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado.

Se impone, por lo tanto, recurrir a una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que permitan brindar pautas claras de interpretación. Resulta necesario encontrar criterios que posibiliten optar entre la aplicación de una u otra norma o entre una u otra interpretación posible de éstas.

Estas pautas son particularmente importantes cuando en un mismo ámbito coexisten normas internacionales de distinto alcance. En este sentido, no se encuentran discrepancias en que la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine*, del principio de *no discriminación* y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Dado que el objeto de este trabajo pretende circunscribirse al ámbito del principio *pro homine*, sólo se enunciará el concepto de los demás.

El *principio de no discriminación*, a la vez que un derecho en sí mismo, es un criterio que determina la forma de aplicación de las normas sobre derechos humanos. Por otra parte, la *interpretación teleológica* de los instrumentos de derechos humanos significa que debe darse prioridad a la con-

¹ V. gr., art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

sideración del objeto y fin de las normas, esto es la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos.

El principio *pro homine* impone que, por ejemplo, una norma específica sobre tortura –que enuncia detalladamente los derechos de la víctima y las obligaciones asumidas por el Estado– supere y prevalezca sobre las disposiciones genéricas sobre el tema contenidas, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos².

Por otra parte, este mismo principio supone que las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de los derechos protegidos en los tratados deben tener cabida en el orden jurídico interno de un país siempre que enriquezcan sus disposiciones. Así, por ejemplo, la enumeración de las libertades religiosas y de conciencia que efectúa la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones³ enriquece las disposiciones genéricas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana⁴.

En el mismo sentido, nada obsta a que en el ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales. Aún las sentencias judiciales que reconozcan un alcance de protección más amplio deberían prevalecer, especialmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se refieren al contenido de las normas de derechos humanos.

III. El principio *pro homine* como una pauta para la regulación jurídica de los derechos humanos

Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser reglamentados razonablemente. Así mismo, algunos derechos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio, e, incluso de suspensión extraordinaria.

² Cf. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes con art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5.2 del Pacto de San José de Costa Rica.

³ Aprobada por resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴ Cf. art. 6 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones con art. 18 del PIDCP y con art. 12 de la CADH.

Distinguir los tres conceptos enunciados parece importante. La *reglamentación razonable* es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que, sin desvirtuar su naturaleza, tenga en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad. Son *restricciones legítimas* los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Finalmente, la *suspensión* apunta a la situación extraordinaria en la cual se encuentra en peligro la vida de la nación, que haga necesario decidir la suspensión del ejercicio de determinados derechos por el tiempo y en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación.

De acuerdo con el concepto ya enunciado, la aplicación del principio *pro homine* impone no extender más allá de lo permitido el campo de las restricciones, ni mucho menos de las suspensiones. Por ello, resulta indispensable determinar ciertos criterios que permitan verificar la legitimidad de una regulación.

A. El principio *pro homine* y las restricciones legítimas

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, en general, prevén restricciones específicas respecto de determinados derechos. Esto es, que tales derechos contienen en su propia enunciación, el criterio válido que legitima una restricción.

Las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma –que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan– y a condiciones de fondo –representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

La norma general de la cual derivan estas pautas y criterios proviene del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Esta regla se ha ido incorporando –con una terminología y alcance variado– a algunos tratados de alcance general, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, la Convención Americana-

⁵ Art. 4: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida com-

na sobre Derechos Humanos⁶, el Convenio Europeo⁷ y la Carta Africana⁸.

Del análisis de las normas en cuestión surge que la primera exigencia a satisfacer es que la restricción esté prescrita por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, no debe ser arbitraria, ni insensata ni discriminatoria⁹.

Las exigencias de una ley en sentido formal, además de material, cuando se trata de restringir derechos proviene del Sistema Interamericano. En este sentido, la Corte Interamericana señala que “sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona”¹⁰.

Por otra parte, este mismo tribunal, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Sunday Times”, establece que la previsión de la restricción por ley apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es, que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada de las normas legales aplicables a un caso dado, y en segundo lugar, que ella sea formulada con la suficiente claridad y precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta¹¹.

patible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

⁶ Art. 30: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Por otra parte, el art. 32.2, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

⁷ Art. 18: “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para lo cual han sido previstas”.

⁸ Art. 27.2: “*The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest*”.

⁹ Cf. Principios de Limburgo relativos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 2 a 6 de junio de 1986, ítems 48-51.

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 9 de mayo de 1986, Serie A, nº 6, párrafo 37.

¹¹ The Sunday Times Case, Judgment 26 April 1979, Series A, v. 30, # 49.

En el terreno de los fines que justifican o legitiman una restricción de los derechos humanos, debe señalarse que “el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de *conceptos indeterminados*”¹². Así, los instrumentos internacionales refieren a conceptos de *necesidad democrática*, *orden público*, *seguridad nacional*, *bien común*, *salud pública*, o *moral*.

Los esfuerzos tendientes a precisar estos conceptos se han reflejado en una serie de directivas adoptadas por grupos de expertos y en la práctica de los órganos de control internacional.

Tanto el tratado regional americano como el europeo establecen que para que una restricción sea aceptada debe ser “necesaria en una sociedad democrática”. La interpretación imperante corresponde a la Corte Europea, la que determinó que “necesario” en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como “útil”, “razonable” o “deseable”; sino que implica la existencia de “una necesidad imperiosa” (*pressing social need*) que justifique la interferencia¹³, reconociendo, sin embargo, a las autoridades, el “margen de apreciación” para su valoración. El ámbito de este “margen de apreciación” depende de la naturaleza del fin protegido con la restricción y de la naturaleza de las propias actividades implicada¹⁴.

El criterio del *orden público* es tal vez el de mayor ambigüedad. Se entiende que es el conjunto de reglas fundamentales sobre las cuales se erige una sociedad. En este sentido, su interpretación debe ajustarse al contexto del derecho que se restringe. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios...”¹⁵.

¹² THOMPSON JIMÉNEZ, JOSÉ, *Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, en *Compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987)*, J. THOMPSON J. (ed.), San José, IIDH, 1989, ps. 29-53, 39.

¹³ Cf. Dudgeon Case, Judgment of 22th. October, 1981, Series A, v. 45, # 51.

* N. del comp.: Sobre margen de apreciación, ver, en este mismo ejemplar, VALIÑA, Liliana, *El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno*.

¹⁴ *Ídem*, # 52.

¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 64.

Por la vapuleada invocación en países que sufrieron terrorismo de Estado, como la Argentina, el alcance que se le da a la interpretación de la pauta de restricción de *seguridad nacional* es el más estricto. Existe consenso en que el calificativo “nacional” apunta a un país y no sólo a un gobierno. Por otra parte, se entiende que ésta sólo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o un uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado. Consecuentemente, ninguna violación a los derechos humanos puede justificarse a la luz de la seguridad nacional sino que ésta –en relación con los habitantes de un país– consiste justamente en la inviolabilidad de sus derechos humanos¹⁶.

La *seguridad pública*, por su parte, apunta a restricciones que permitan proteger contra peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes¹⁷.

A su vez, el *bien común*, en el sistema interamericano, ha sido entendido “como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”¹⁸.

Por su parte, la *salud pública* sólo puede justificar la restricción de determinados derechos, sólo en la medida en que éstas le permitan al Estado prevenir o enfrentar serias amenazas a la salud de la población¹⁹.

La *moral* es, sin dudas, uno de los conceptos de más difícil definición y, por ello mismo, uno de los dotados de mayor imprecisión especialmente en el contexto universal. La pluralidad de concepciones sobre el concepto de moral, que se reconoce a nivel universal, no se plantearía en ámbitos regionales, justamente por una suerte de homogeneidad en el enfoque de la cuestión. Dado que este criterio varía con el paso del tiempo y de una cultura a otra, se asume que el Estado goza de cierto margen de apreciación cuando la invoca como pauta legítima para restringir el ejercicio de determinados derechos. En todo caso, este margen de apreciación no se aplica respecto del principio de no discriminación²⁰.

¹⁶ Bert B. LOCKWOOD, Jr., Janet FINN & Grace JUBINSKY, *Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions*, en *7 Human rights quarterly*, 1985, 35-88, 72.

¹⁷ *The Siracusa Principles on The Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, en *7 Human rights quarterly*, 1985, 3-14, I.A.I.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 66.

¹⁹ *The Siracusa Principles*, ítems 25-26.

²⁰ *The Siracusa Principles*, ítems 27-28.

Cabe, pues, concluir que en razón de su indeterminación, a la luz del principio *pro homine*, la interpretación y el alcance que se les dé a estos *conceptos indeterminados* debe ser la más restrictiva posible. En este sentido, vale la pena aclarar que resulta concordante con el principio *pro homine* la afirmación de que, además, aun las restricciones legítimas deben interpretarse lo más restrictiva o limitadamente.

Por otra parte, el principio *pro homine* impone también atender al razonable principio según el cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás, de alguna manera comprendido en las normas sobre deberes.

Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación traducen la existencia de un conflicto que debe resolverse en favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros. Para ello, debe atenderse el principio de no discriminación y al reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, respetando el principio *pro homine*, se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía.

En este sentido, cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”²².

B. El principio *pro homine* y la suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos

Los tratados generales de derechos humanos, universales y regionales, facultan al Estado a disponer la suspensión de ciertas obligaciones contraídas en su virtud, en razón de la vigencia de un estado de excepción o estado de sitio.

La preocupación por la eventual actitud de los Estados ante situaciones de excepción, en cuanto los posibles efectos en punto al goce y ejercicio de los derechos humanos, condujo a la necesidad de encontrar requisitos necesarios para otorgar legitimidad a la suspensión.

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

principios

Por aplicación del principio *pro homine* como criterio residual de interpretación, la vigencia simultánea en un Estado de diversas normas internacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado, impone sumar acumulativamente todas ellas. Así, por ejemplo, debe extenderse la lista de derechos no suspendibles de modo de incluir a la totalidad de los mencionados en ese carácter por los distintos instrumentos y, al mismo tiempo, estarse al texto más restringido en cuanto a las posibilidades de declaración de tal estado de emergencia.

El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno

Liliana Valiña

I. Introducción

La doctrina del margen de apreciación de los Estados en la aplicación de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a nivel interno ha sido elaborada por la jurisprudencia regional europea. Los otros órganos internacionales, tanto universales como regionales no la han adoptado y aplicado expresamente, o bien citado como referencia, como sucede con muchas otras nociones o parámetros que los órganos europeos han desarrollado.

El presente estudio pretende, partiendo de una breve revisión de los principios internacionales aplicables a la implementación del derecho internacional en el ámbito interno, examinar esta doctrina que acuerda un margen de maniobra o de discrecionalidad más o menos grande, según el caso, a los Estados en el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Haremos un repaso de las teorías o principios generales que nutren esta doctrina, para entrar seguidamente en el análisis de su utilización por la jurisprudencia esencialmente europea, pero la confrontaremos también con su utilización o su exclusión por los órganos onusianos e interamericanos.

En el análisis de esta jurisprudencia se distinguirán las modalidades de su aplicación, su ámbito y extensión, así como los límites impuestos. El desarrollo de estos límites reubicará el margen de apreciación de los Estados ante sus obligaciones internacionales ineludibles y la competencia insoslayable de los órganos convencionales de control del respeto e implementación de los tratados respectivos. Todo esto nos permitirá intentar responder, igualmente, en cuanto a la pertinencia o utilidad de esta doctrina.

II. Principios en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno

El derecho internacional de los derechos humanos comparte los elementos generales básicos del derecho internacional en esta materia, pero presenta además otros principios que le son específicos y corresponden a la particularidad de los derechos humanos.

El principio general del *pacta sunt servanda* es obviamente de aplicación, así como su cumplimiento de buena fe, evitando actos que perjudiquen la aplicación del tratado; tanto como la preeminencia del derecho internacional¹.

La especificidad de los derechos humanos convierte a las obligaciones internacionales derivadas de un tratado de protección de estos derechos en “obligaciones *erga omnes*”^{2/3}, que exigen la protección a todos los seres humanos, independientemente de su calidad, nacionalidad, sexo, etcétera⁴.

El principio por excelencia es el criterio *pro homine**, que impone una interpretación extensiva de los derechos protegidos y una interpretación restrictiva de toda limitación, restricción o suspensión de esos derechos. Otro principio intangible es el de la exigencia de la no discriminación en la implementación de la protección, así como en cuanto a sus restricciones.

Todo esto se explica porque, a diferencia de los tratados internacionales que acuerdan obligaciones recíprocas entre los Estados, los tratados de derechos humanos implican obligaciones *erga omnes* que no pueden ser incumplidas justificándose en su incumplimiento por otros Estados⁵.

¹ Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y 27.

^{2/3} Ver QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, *Droit International Public*, 3e édition, L. G. D. J., París, 1987, p. 592. Igualmente, CIDH, Inf. 47/96, caso 11.436 vs. Cuba, de 16 de octubre de 1996, ps. 151-152, Informe anual 1996.

⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of The Crime of Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, p. 15.

* N. del comp.: sobre este tema ver, en este mismo ejemplar, PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982: “su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”. Comisión Europea de Derechos Humanos, caso “Austria vs. Italia”, n° 788/60: “Las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en el Convenio son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de las violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.

El margen de apreciación que pueda acordarse a los Estados en ciertos contextos no puede derogar algunos principios generales que confrontan la doctrina del margen de apreciación con los derechos individuales consagrados y las obligaciones internacionales voluntariamente asumidas por los Estados mediante la ratificación de los diversos tratados de protección de derechos humanos.

III. Margen de apreciación o de maniobra y discrecionalidad versus derechos individuales

La subsidiariedad de los tratados de derechos humanos implica la concesión a los Estados de la oportunidad de poner en práctica a nivel nacional sus compromisos internacionales y resolver internamente los conflictos que se le plantean en su implementación. Sólo en el caso en que el Estado no haya podido o querido resolver satisfactoriamente, en conformidad con las disposiciones convencionales, esos sistemas, el órgano internacional de control está habilitado para intervenir y manifestarse al respecto.

Como corolario de esto, la jurisprudencia europea ha elaborado la doctrina del margen de apreciación que se les concede a los Estados, considerando que las autoridades nacionales están mejor situadas⁶ para determinar las necesidades y los riesgos existentes, a fin de establecer las medidas oportunas y eficaces para el mejor cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Este margen de apreciación difiere según los contextos y disposiciones a los que se refiere, pero no es jamás ilimitado al punto de excluir absolutamente todo control internacional.

La discrecionalidad de las autoridades nacionales en la adopción de medidas para dar cumplimiento a obligaciones positivas o para imponer restricciones debe estar siempre guiada por el principio *pro homine* y respetar los preceptos pre-establecidos como un límite claro a cualquier margen de maniobra nacional. Y es aquí donde este margen debe someterse al control de su compatibilidad con las exigencias convencionales. Veremos más adelante cuáles son esos elementos orientadores de todas las medidas a adoptar, que representan exigencias ineludibles.

Antes de abordar la jurisprudencia en esta materia trataremos de delimitar el origen o sus fuentes, así como su paralelo con la aplicación de esta doctrina a nivel interno.

⁶ Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, caso "Stjerna c. Finlandia", de 25 de noviembre de 1994, Serie A, n° 299-B.

A. Dominio reservado: razón de Estado

Esta noción que representa un residuo histórico de la soberanía absoluta de la época monárquica, permanece íntimamente relacionada al concepto de soberanía.

Originalmente, esta “competencia exclusiva” o “competencia nacional” fue considerada como natural. Sin embargo, fue rápidamente reformulada por la jurisprudencia internacional⁷ considerando que corresponde al juez determinar si la materia del litigio pertenece a esa categoría o no. Al mismo tiempo, esta doctrina debe compatibilizarse con la noción de supremacía del Derecho Internacional.

La codificación internacional se concentrará en el principio de no injerencia y no intervención en los asuntos internos de un Estado pero se frenará consecuentemente en el campo de los derechos humanos.

Es en este área que podemos constatar la evolución de esta teoría que implica que “toda limitación inédita de una competencia estatal discrecional reduce el alcance del dominio reservado; aun cuando son los Estados quienes son maestros de los “avances” del derecho internacional, y por lo tanto, de las restricciones progresivas al dominio reservado”⁸.

Es indiscutible que hoy en día la protección de derechos y libertades fundamentales escapa ampliamente a la noción de dominio reservado⁹, en lo que ha sido un desarrollo progresivo de la protección internacional frente a la reserva del Estado¹⁰.

B. Estado de necesidad

Esta noción es pertinente sólo en cuanto a las restricciones o a la suspensión de derechos protegidos pues, habiendo dado origen a la facultad de adoptar medidas extraordinarias, implican una cierta discrecionalidad, más o menos importante, para los Estados en la determinación de sus necesidades y de los medios apropiados para dar respuesta satisfactoria a ellas.

⁷ CPJI, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc. Avis n° 4 du 7 février 1923*, ps. 23-24.

⁸ QUOC DINH, Nguyen, *op. cit.*, ps. 396-397. También, MATTAROLLO, Rodolfo, *Sistema Universal de Protección*, en *Pensamiento Crítico sobre Derechos Humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1996, p. 67.

⁹ *Ibíd.* p. 400. Ver también FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, Costa Rica, 1996, ps. 28 y 30.

¹⁰ MATTAROLLO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 67.

Esta noción fue mantenida de forma restrictiva por el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹¹, requiriendo un peligro grave e inminente para un interés esencial para el Estado; la violación o suspensión no debe atentar contra un interés tan sustancial como el perseguido y no debe violar una norma del *ius cogens*.

En el campo de los derechos humanos y de los estados de excepción, su función sería igualmente considerar que no hay violación cuando la suspensión de disposiciones convencionales está justificada por las circunstancias excepcionalmente graves exigidas por los tratados respectivos, además de la exigencia teleológica de un interés legítimo y una utilidad social. Sin estas circunstancias y requisitos previos, dichos actos serían considerados violatorios de las obligaciones internacionales.

Obviamente, corresponde al Estado justificar esas condiciones y mostrar que se no se ha atentado contra derechos y libertades fundamentales de la misma magnitud que los suspendidos (requisito de proporcionalidad) y que la derogación no incluyó a los derechos intangibles¹².

C. Paralelo con el derecho interno: justiciabilidad de las cuestiones políticas

Se trata de la aplicación de la noción del dominio reservado pero a nivel nacional, es decir, cuestiones que se consideran de competencia exclusiva o de dominio reservado para el Ejecutivo y que presupone la exclusión del Poder Judicial.

Una de las situaciones en la cual esta noción es aplicable por excelencia es durante la suspensión de derechos en períodos de estados de excepción (art. 23, Constitución Nacional), aunque se admite el control de la “razonabilidad” en el ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo, acordadas por la propia Constitución Nacional.

La Corte Suprema Argentina estableció la justiciabilidad en esencia de todas las cuestiones que afectan la libertad personal (aun durante estado de sitio)¹³.

¹¹ *Commission de droit international, Rapport de la 32ème session*, Doc. ONU, Supp. 10 (A/35/10), p. 97.

¹² Los derechos intangibles o no derogables equivalen en esta materia a la noción de *ius cogens* en el derecho internacional general, que tampoco justifica una derogación o incumplimiento de un tratado.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 121.

La necesidad y declaración del estado de sitio continúan escapando al control judicial, como una cuestión política exclusivamente.

A partir de 1977¹⁴, la Corte reduce el “margen de apreciación” o la discrecionalidad del Ejecutivo, considerando por el contrario la necesidad de un control más intenso sobre la aplicación concreta de los poderes excepcionales, como un “deber” del Poder Judicial.

BIDART CAMPOS resume esta evolución jurisprudencial señalando la obligación del Poder Ejecutivo de dar razones precisas de las medidas privativas de libertad, someter las medidas al control de razonabilidad, pudiendo calificarlas de arbitrarias; no obstante, reconoce que este control se contenta con una información política razonable de estos actos sin “hurgar en la verdad objetiva” de esta información¹⁵.

Este conflicto de competencias entre las necesidades que requieren una lectura política y las exigencias normativas de obligaciones jurídicas se ha trasladado, en nuestra opinión infelizmente, a algunas situaciones en el ámbito internacional.

Es importante no ignorar las consecuencias negativas de este “cheque en blanco”, que se ha aceptado concederle al gobierno para acudir a medidas excepcionales, cuando los tribunales no han asumido su fundamental tarea de control, a fin de proteger los derechos esenciales garantizados mediante el ejercicio tutelar del Poder Judicial que define todo Estado de derecho.

IV. Jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos

A. Sistema europeo¹⁶

La doctrina del margen de apreciación de los Estados surge en el seno de los órganos europeos de protección de derechos humanos y fue utilizada en principio para los casos de derogación previstos en el artículo 15 del Convenio Europeo. Luego se extendió a otras situaciones. Fue utilizada por primera vez por la Comisión en su primer caso de derogación en 1958¹⁷.

¹⁴ Caso “Zamorano”, casos 298-441, 685.

¹⁵ BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 168.

¹⁶ Ver *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, bajo la dirección de L. E. PETTITI, E. DECAUX y P. H. IMBERT, Ed. Economica, París, 1995. Ver también BERGER, Vicent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5ª ed., Ed. Dalloz, París, 1996.

¹⁷ Caso “Grecia c. Reino Unido”, *Rapport du 26 septembre 1958 de la Commission européenne des droits de l'homme*, vol. I, p. 165; vol. II, p. 382. Ann. Conv. vol. II, p. 177.

El Convenio Europeo no tiene la pretensión de crear un derecho uniforme para todos los Estados europeos, prefiriendo delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista. Estos mismos principios permiten que tengan cabida sistemas jurídicos nacionales diferentes pero con las bases mínimas fundamentales coincidentes exigidas por el Convenio.

La doctrina del margen de apreciación recoge la preocupación del Tribunal Europeo por incluir en su interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de las realidades jurídicas nacionales.

Esta misma doctrina pareciera oponerse a aquella de la autonomía de los conceptos convencionales. Esta última implica que los conceptos y nociones contenidos en un tratado tienen una significación convencional autónoma e independiente de la significación o definición que puedan darle los sistemas nacionales. De lo contrario podría permitirse desvirtuar las exigencias convencionales europeas¹⁸. Examinaremos más adelante esta doctrina cuando abordemos los límites al margen de apreciación.

En realidad el objetivo es lograr una complementariedad entre ambas doctrinas a fin de poner frenos a la diversidad de interpretaciones internas que se contradigan por un lado, y a la necesaria identidad de obligaciones convencionales por el otro.

No obstante, es necesario reconocer que no hay una determinación preestablecida clara y explícita de cuál es el margen de apreciación que el Convenio otorga a las autoridades nacionales, puesto que el Tribunal ha reconocido expresamente que la extensión del margen de apreciación “varía según las circunstancias, las áreas y el contexto”¹⁹.

Por otra parte, tampoco es fácil discernir cuáles son los fundamentos en la aplicación de esta doctrina por los órganos europeos en sus diversas decisiones, no siempre con coherencia²⁰.

Es importante destacar que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación por el Tribunal Europeo no implica su abandono del control²¹

¹⁸ GUILLARMOD, Olivier Jacot, *Règles, méthodes et principes d'interprétation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, en *La Convention européenne*, op. cit., p. 49.

¹⁹ Caso “Rasmussen” de 28 de noviembre de 1984, Serie A, n° 87, p. 15, § 40.

²⁰ Ver McDONALD, R. St. J., *The margin of appreciation*, en *The European System for the Protection of Human Rights*, y VAN DER MEERSCH, W. Ganshof, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Mélanges Wiarda*, ps. 201-220.

²¹ La jurisprudencia del Tribunal Europeo admite un cierto margen de apreciación “pero es paralelo al control europeo tanto sobre la ley como sobre las decisiones que la aplican; en el ejercicio de este último el Tribunal debe buscar si las medidas adoptadas

que éste debe ejercer para determinar la compatibilidad²² de las medidas internas con los preceptos del Convenio y con las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, excluyendo así la arbitrariedad y los abusos.

Determinar la conformidad de las medidas y actos nacionales con las exigencias del Convenio²³ incumbe al Tribunal Europeo pero en el entendido de la subsidiariedad del sistema. Esta subsidiariedad se justifica porque el Tribunal considera que las autoridades nacionales se encuentran mejor ubicadas para apreciar las pruebas producidas ante ellos y debe reconocérseles en la materia una cierta libertad (*latitude*); la labor del Tribunal se limita así a examinar sus decisiones bajo el ángulo del Convenio²⁴. El Tribunal considera aún más claro el carácter subsidiario en los casos de órdenes jurídicos internos de influencia monista²⁵.

B. Sistema interamericano

Nada nos permite afirmar que la doctrina del margen de apreciación haya sido receptada por los órganos interamericanos de protección de derechos humanos.

Obviamente, tanto la Comisión como la Corte reconocen el carácter subsidiario del sistema interamericano, lo cual se recoge por ejemplo en la exigencia del agotamiento previo de recursos internos antes de la intervención de los órganos convencionales*, así como en el respeto de la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales y de los diversos sistemas políticos y sociales²⁶. Al mismo tiempo, estos elementos se encuentran limi-

a nivel nacional se justifican en principio y son proporcionadas" (traducción libre). Caso "Groppera" de 28 de marzo de 1990, Serie A, n° 173, p. 28, § 72.

²² Ver, por ejemplo, el caso "Norris" de 26 de octubre de 1988, Serie A, n° 142, p. 20, §45.

²³ Ver el caso lingüístico belga de 23 de julio de 1968, Serie A, n° 6, p. 35, §10.

²⁴ Caso "X c. Reino Unido" de 5 de noviembre de 1981, Serie A, n° 46, p. 19, § 10.

²⁵ "El carácter subsidiario... adquiere más relieve cuando se trata de Estados que han incorporado el Convenio a su orden jurídico y que consideran las normas como directamente aplicables". Caso "Eckle" de 15 de julio de 1982, Serie A, n° 51, ps. 30-31, § 66.2.

* N. del comp.: sobre el requisito de agotamiento de recursos internos en el sistema interamericano, ver, en este mismo ejemplar, KAWABATA, J. Alejandro, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

²⁶ "The right to political participation leaves room for a wide variety of forms of government; there are many constitutional alternatives... However, a democratic framework is an essential element for establishment of a political society where human values can be fully realized", CIDH, *Ten Years of the Activities*. 1971-1981, p. 132.

tados por la Convención: la regla del agotamiento de recursos internos tiene excepciones con el fin de evitar anular el contralor interamericano, recurriendo a la propia transgresión de la Convención, y el reconocimiento de la pluralidad de sistemas internos está sometido a su compatibilidad con las normas interamericanas.

La doctrina de la autonomía de conceptos también se aplica en este ámbito regional pero, como ya señalamos, ésta es más bien un contrafreno al margen de apreciación²⁷.

La Comisión y la Corte rechazan generalmente la posibilidad de dejar al libre “arbitrio” de las autoridades nacionales los actos que afecten de manera fundamental los derechos humanos, exigiendo además una serie de garantías²⁸. Es evidente que ante situaciones de crisis excepcional como las situadas en el marco del artículo 27 de la Convención, el Estado nacional considera los riesgos y las necesidades y decide las medidas adecuadas para responder a ellos. El Estado elige los medios apropiados para dar cumplimiento internamente a sus obligaciones internacionales; puede adoptar restricciones a los derechos protegidos con un interés legítimo y ante una necesidad social imperiosa, pero ninguna de estas premisas que pueden ser leídas como la consagración de la doctrina del margen de apreciación pueden ser interpuestas en el ámbito interamericano para excluir el examen por los órganos convencionales relativo a su conformidad con la Convención y las obligaciones internacionales de los Estados respectivos.

La teoría de la cuarta instancia que han adoptado la mayoría de los órganos internacionales tampoco es absoluta. Esta concepción impide a los órganos interamericanos “revisar las sentencias dictadas por tribunales nacionales... a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención”, por ejemplo en el caso de una sentencia judicial dictada al margen del debido proceso²⁹.

Es necesario reconocer que los órganos interamericanos de control y protección de derechos humanos no pueden substituir a los Estados en la implementación de sus compromisos internacionales y que, no obstante, no significa substituirlos el apreciar si los actos y medidas internas se corresponden con las exigencias de la Convención. La teoría europea, provoca en algunos casos (aun cuando expresamente se lo niegue), en la

²⁷ Ver Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, n° 5, párr. 64, sobre la acepción de la noción de “orden público” en el marco de la Convención.

²⁸ Ver CIDH, caso 10.506 , Inf. 38/96, Informe Anual 1996, § 61.

²⁹ Informe 39/96, caso 11.673 contra Argentina, Informe anual de 1996 de la CIDH, § 50 y 51.

práctica, una imposibilidad concreta de control respecto de ciertos actos estatales, y no consideramos que sea pertinente y aconsejable el permitir la exclusión absoluta, *de iure* o *de facto*, de los órganos de contralor.

C. Sistema universal

Nos concentraremos en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, que tampoco ha receptado la doctrina del margen de apreciación en el examen de sus diversos casos, aun cuando reconozca las facultades de los Estados para determinar los medios para hacer efectivos sus compromisos internacionales.

En su Observación General n° 3, referida al artículo 2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, relativo a la aplicación del Pacto a nivel nacional, expresó que en general el artículo 2 “deja al arbitrio de los Estados Partes la elección del método de aplicación del propio Estado...”³⁰, pero exigiéndole actividades concretas, más allá de la promulgación de normas.

Tanto respecto de las restricciones autorizadas a los derechos protegidos por el Pacto como de la interpretación de conceptos ambiguos como el de “seguridad nacional”, el Comité ha examinado su conformidad con el Pacto sin recurrir a la doctrina del margen de apreciación. En un caso, el Comité aceptó la necesidad de restringir el derecho protegido por el artículo 12.3 porque estaba prevista por la ley, era en principio necesaria para proteger la seguridad nacional y el orden público, y no era discriminatoria ni violaba otros derechos previstos por el Pacto³¹. En otro, en cambio, concluyó en la violación del artículo 19 del Pacto (libertad de expresión) cuestionando la legitimidad (interés legítimo) de la restricción y la necesidad de la medida³².

V. Modalidades de ejercicio y ámbito de aplicación del margen de apreciación

El ámbito de aplicación de esta doctrina por los órganos europeos es relativamente vasto. La jurisprudencia la ha invocado primeramente en

³⁰ Doc. ONU HRI/GEN/Rev. 2. Observaciones generales del Comité de Derechos Humanos.

³¹ “Lauri Peltoni c. Finlandia”, Comun. 492/1992, A/49/40, vol. II, ps. 246-251.

³² “Albert Womah Mokong c. Camerún”, Comunicación 458/1991, A/49/40, vol. II, p. 186.

relación con el artículo 15³³ del Convenio Europeo (derogación durante estados de excepción) y luego también respecto de otros supuestos tales como la verificación de las condiciones mínimas para la “detención regular de un alienado”³⁴, en relación con el artículo 5; para controlar si hubo aplicación extensiva de la ley penal³⁵, en referencia al artículo 7.1; para determinar si las diferencias entre situaciones análogas justifican tratos distintos³⁶ según el artículo 14; o aun para verificar la licitud de injerencias al derecho de propiedad³⁷ en relación con el artículo 1 del 1º Protocolo Adicional. Sin embargo, esta doctrina ha sido utilizada especialmente respecto a las restricciones particulares autorizadas por los artículos 8 a 11³⁸.

La extensión del margen de apreciación es variable según las circunstancias, las áreas y el contexto³⁹. El margen concedido a las autoridades nacionales será particularmente amplio cuando se invoca en relación con nociones susceptibles de interpretación subjetiva y que varían según el tiempo y el espacio, como por ejemplo las nociones de “utilidad pública”⁴⁰, la “protección de la moral”⁴¹ o la “seguridad nacional”⁴², pero tam-

³³ A partir del primer caso de derogación, caso “Grecia c. Reino Unido”, informe de 26 de septiembre de 1958 de la Comisión, vol. I, p.165, vol. II, p. 382, *Annuaire Convention*, vol. II, p. 177.

³⁴ Caso “X c. Reino Unido”, *op. cit.*, p. 20, § 43; caso “Winterwerp” de 24 de octubre de 1979, A, nº 33, p. 18, § 40.

³⁵ *Digest*, vol. 3, p. 4.

³⁶ Caso “Sindicato sueco de conductores de locomotoras” de 6 de febrero de 1976, Serie A, nº 20, p. 17, § 47; caso “Abdulaziz, Cabales y Balkandali” de 28 de mayo de 1985, Serie A, nº 94.

³⁷ Caso “Sporrong y Lonnroth” de 23 de septiembre de 1982, Serie A, nº 52, p. 26, § 69; caso “Handyside” de 7 de diciembre de 1976, Serie A, nº 29, § 62.

³⁸ Ver más adelante, lo referente a la aplicación del margen de apreciación a las restricciones.

³⁹ Caso “Rasmussen c. Dinamarca” de 28 de noviembre de 1984, Serie A, nº 87. Ver igualmente BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Ed. Dalloz, 5ª ed., París, 1996, ps. 302-303, § 803.

⁴⁰ Ver por ejemplo, caso “Handyside”, *cit.*, p. 29, § 62; caso “Sporrong y Lonnroth”, *cit.*, p. 26, § 69.

⁴¹ Ver, por ejemplo, caso “Handyside c. Reino Unido”, *cit.*, o caso “Vogt c. Alemania” de 26 de septiembre de 1995, Serie A, nº 323.

⁴² Ver caso “Irlanda c. Reino Unido”, de 18 de enero de 1978, Serie A, nº 25.

bién cuando se refiere a la política socioeconómica⁴³ o a la lucha contra el espionaje y terrorismo⁴⁴.

Por el contrario, cuando el margen implica nociones de apreciación objetiva como “autoridad e imparcialidad del Poder Judicial” (artículo 10.2) será mucho más estrecho⁴⁵. Por otro lado, la jurisprudencia también tiene en cuenta las particularidades del caso, tales como la protección de la vida íntima y sexual⁴⁶, para reducir el margen de apreciación. En opinión del Tribunal Europeo, para determinar la amplitud del margen de apreciación debe considerarse la importancia de determinado derecho para el individuo⁴⁷.

No obstante estos criterios básicos, la jurisprudencia europea no ha guardado coherencia en cuanto a la amplitud y aplicación del margen de discrecionalidad otorgado a cada Estado en cada caso concreto. Esto se ve bastante claro examinando los distintos casos de derogación y de aplicación del artículo 15 del Convenio donde los órganos europeos han ido más lejos en unos y se han retraído en otros según el contexto y el país en cuestión⁴⁸.

La tendencia ha sido de conceder un margen más amplio de maniobra frente a Estados de concepción dualista⁴⁹, así como en los casos que presentan una importante connotación política⁵⁰.

El margen de apreciación depende también del rigor concedido a ciertos conceptos como “absolutamente necesario” o “en la estricta medida de las exigencias de la situación” que pueden reducir el margen discrecional, pero esta afirmación no es absoluta pues puede desvirtuarse cuando se la confronta con la importancia de algunos derechos en cuestión, como por ejemplo el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, aun cuando este último adjetivo pareciera carecer del mismo rigor⁵¹.

⁴³ Ver caso “James” de 21 de febrero de 1986, Serie A, nº 98, § 40.

⁴⁴ Ver caso “Klass y otros c. Alemania” de 6 de septiembre de 1978, Serie A, nº 28.

⁴⁵ Caso “Sunday Times” de 26 de abril de 1979, Serie A, nº 30, p. 36, § 59.

⁴⁶ Caso “Rees contra Reino Unido” de 17 de octubre de 1986, Serie A, nº 106.

⁴⁷ Caso “Gillow contra Reino Unido” de 24 de noviembre de 1986, Serie A, nº 109.

⁴⁸ Ver el capítulo IV, 1 d) sobre aplicación del margen de apreciación referido a suspensión de derechos.

⁴⁹ Ver caso “Eckle”, citado.

⁵⁰ Ver ERGEC, RUSEN, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1987, p. 359.

⁵¹ En el caso “Handyside” citado, § 48 el Tribunal declaró: “La Cour note à cette occasion que si l'adjectif ‘nécessaire’, au sens de l'article 10, § 2, n'est pas synonyme d' ‘indispensa-

El objeto del margen de apreciación y su esfera de ejercicio somete todo acto discrecional a su fin, pero el control jurisdiccional europeo referido a actos poco discrecionales se extiende a los motivos, ligados al objeto y fin de los mismos. La base indiscutible es que no existen actos absolutamente discrecionales e independientes del fin que persiguen y las circunstancias en las cuales se adoptan.

A. Margen de apreciación relativo a restricciones de los derechos convencionales

La doctrina del margen de apreciación, como hemos visto, tiene un campo de aplicación variable, pero en general se refiere a la discrecionalidad en relación con la adopción de distintas formas de restricciones a los derechos protegidos.

Generalmente, las restricciones autorizadas por los tratados de derechos humanos están sometidas a ciertas condiciones y objetivos que permiten limitar el goce de algunos derechos. Otras veces, esas restricciones son consideradas injerencias legítimas en el ejercicio de ciertos derechos; en otros, se autoriza la derogación o suspensión de algunas disposiciones en relación con una crisis excepcional y de un peligro público grave, real o inminente, y la declaración de un estado de excepción.

En el marco de todas estas situaciones aparecen términos y conceptos ambiguos cuya interpretación es fundamental para valorar el fin perseguido con las restricciones, y agrega un elemento de complejidad donde también se incluye la doctrina del margen de apreciación, paralelamente a la de la autonomía de conceptos.

Veremos seguidamente cómo se ha aplicado la doctrina del margen de apreciación en función de las distintas situaciones señaladas.

1) Ambigüedad y vaguedad de conceptos

Cabe recordar la doctrina de la autonomía de conceptos (a la que nos refiriéramos anteriormente), que rechaza la posibilidad de una definición totalmente propia de cada Estado independientemente de la naturaleza del concepto según el propio tratado.

Asimismo, en el contenido concreto de algunos conceptos la jurisprudencia europea acuerda un margen de discrecionalidad a los Estados, en

ble' (comparé aux articles 2, § 2 et 6, § 1er, les mots 'absolument nécessaire' et, à l'article 15, § 1er, le membre de phrase 'dans la stricte mesure où la situation l'exige'), il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu' 'admissible', 'normal' (comparés à l'article 4, § 3), 'utile' (comp. le premier alinéa de l'article 1er du Protocole n° 1), 'raisonnable' (comp. les articles 5 et 6, § 1er) ou 'opportun' ". Ver igualmente ERGEC, op. cit., p. 363.

particular cuando se aplican en referencia a las nociones de naturaleza bastante subjetiva como la de “moral”. Sin embargo, ninguno de estos conceptos son independientes de la legitimidad de las medidas adoptadas con el fin de protegerlos y DE su necesidad.

En la jurisprudencia europea, el concepto de “orden público”⁵² por ejemplo, ya sea que se refiera a la no justificación de la utilización de penas corporales como arma de disuasión para mantener el orden público⁵³ o a la duración de una detención provisoria⁵⁴ o aun referida al derecho a la vivienda y a la propiedad⁵⁵, no excluye la consideración de la necesidad y peligro real de atentado contra el orden público, la naturaleza del disturbio social que justifique las medidas a través de razones suficientes y pertinentes, como la ausencia de proporcionalidad, exigiendo sólo las medidas inevitables, y recurriendo a alternativas menos onerosas para los derechos afectados cuando éstas existan.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “una aceptación posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”⁵⁶. La referencia a un sistema coherente de valores y principios como base sugiere la exigencia de un estricto balance entre los derechos y libertades individuales y los de la comunidad.

⁵² El concepto de orden público debe ser interpretado ciñéndose al contexto del derecho afectado por las restricciones, según los puntos 22 a 24 de los Principios de Siracusa, y los 66 a 68 de los Principios de Limburgo.

⁵³ Caso “Tyrer c. Reino Unido” (castigo judicial corporal en la Isla de Man), de 25 de abril de 1978, Serie A, n° 26. La Corte rechaza la interpretación interna basada en la “opinión pública local”, que no encuentra justificación ya que existen otras alternativas. El tribunal confronta las condiciones políticas, sociales y culturales con la práctica europea y excluye la posibilidad de protección del orden público mediante violaciones contrarias al artículo 3 del Convenio.

⁵⁴ Caso “Engel y otros c. Países Bajos” (sanciones y procedimientos disciplinarios militares), de 8 de junio de 1976, Serie A, n° 22.

⁵⁵ Caso “Scollo c. Italia” (imposibilidad para el propietario de un departamento de obtener la ejecución de una decisión de expulsión), de 28 de septiembre de 1995, A, n° 315-C. La Corte considera revestida de un fin legítimo de interés general la legislación que tendía a evitar las expulsiones simultáneas, considerando que podrían provocar importantes tensiones sociales que pondrían en peligro el orden público.

⁵⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, de 13 noviembre de 1985, A, n° 5, párr. 64.

En cuanto a la noción de “seguridad nacional” que está con frecuencia ligada al orden público, la jurisprudencia europea otorga “un margen de apreciación de gran amplitud”, pero exige la justificación de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos en la adopción de medidas restrictivas con el fin de protegerla⁵⁷. A pesar del poder discrecional en cuanto a las modalidades para proteger la seguridad nacional, el Tribunal Europeo afirmó que no podría tomarse en nombre de la lucha contra el espionaje o el terrorismo, cualquier medida que los Estados juzguen apropiada⁵⁸. No obstante reconocer la amplia extensión del poder discrecional en esta materia, como ya lo señaláramos, le agrega otras exigencias que lo condicionan, comenzando por el principio general que impone una interpretación restrictiva frente a las excepciones a un derecho garantizado.

El Comité de Derechos Humanos aceptó las restricciones del artículo 12.3 del Pacto para proteger la seguridad nacional y el orden público en un caso, pues estaba prevista por la ley; debía considerarse en principio necesaria para esos fines, no era discriminatoria ni violaba otro derecho previsto en el Pacto⁵⁹. Mientras que en otro caso concluyó en la violación del artículo 19 por considerar que el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional no podía alcanzarse mediante la adopción de las restricciones adoptadas, pues éstas atentaban contra la democracia pluralista y los principios democráticos y los derechos humanos⁶⁰. No sólo no recurre a la doctrina del margen de apreciación sino que además excluye la interpretación del Estado de las nociones de seguridad nacional que no incorpora la preeminencia de la democracia y los derechos humanos.

En cuanto a la protección de la “moral”⁶¹, donde el margen de apreciación otorgado a los Estados por los órganos europeos es particularmente amplio, la naturaleza de las cuestiones íntimas de la vida privada, lo limitan paralelamente mediante la exigencia de un interés legítimo, de una

⁵⁷ Caso “Leander c. Suecia” de 26 de marzo de 1987, Serie A, n° 116.

⁵⁸ Ver el caso “Klass” precitado.

⁵⁹ Caso “Lauri Peltonen c. Finlandia”, cit., ps. 246-251.

⁶⁰ Caso “Albert Womah Mokong c. Camerún”, cit., p. 186.

⁶¹ La señora Daes califica este supuesto como “una puerta abierta a la arbitrariedad”. Ver *La libertad del individuo ante la ley: análisis del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Serie de estudios n° 3, Centro de Derechos Humanos, ONU, Ginebra, 1990.

necesidad social imperativa, y de garantías contra las injerencias arbitrarias, controlando que existan razones “pertinentes y suficientes”⁶².

La realidad es que la mayoría de estos conceptos que no pueden ser predefinidos de forma precisa, no pueden justificar medidas restrictivas de derechos individuales por sí solos, y tanto el sistema europeo como el interamericano y el onusiano someten esas medidas al control de su necesidad, legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad, aun cuando los órganos europeos reduzcan extremadamente su contralor en algunos casos, como por ejemplo frente a la noción de “utilidad pública”, en la cual la necesidad de un “justo equilibrio” se evaluará infelizmente más que en su proporcionalidad en la exclusión de una desproporcionalidad manifiesta⁶³.

2) Limitaciones o restricciones legítimas⁶⁴

Las restricciones legítimas son aquellas autorizadas por las diversas disposiciones convencionales y sólo en las condiciones y con los objetivos específicamente establecidos.

Todas las restricciones deben cumplir ciertos requisitos: estar previstas por la ley⁶⁵; ser necesarias en una sociedad democrática; imponerse para proteger la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Las razones dependerán además de aquellas específicamente establecidas para cada derecho⁶⁶.

Esta necesidad debe traducirse como una “necesidad social imperiosa”⁶⁷, con el fin de asegurar la protección de un interés legítimo. Las me-

⁶² Caso “Handyside c. Reino Unido”, precitado.

⁶³ Ver el caso “James” precitado e igualmente CONDORELLI, Luigi, *Premier Protocole Additionnel. Article 1*, en *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Ed. Económica, París, 1995, p. 989.

⁶⁴ Ver PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 89-108.

⁶⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de 9 de mayo de 1986, Serie A, n° 6, párr. 37.

⁶⁶ Cf. Observación General n° 10 del Comité de Derechos Humanos, referida al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1 de marzo de 1996,

⁶⁷ Ver, por ejemplo, Caso “Silver y otros c. Reino Unido” de 16 de diciembre de 1992, Serie A, n° 251-B.

didas escogidas para defender este interés legítimo deben reunir los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁸.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana “las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos... y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno”⁶⁹.

Además, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁷⁰.

El Tribunal Europeo limita claramente la discrecionalidad del Estado afirmando que, aun frente al margen de apreciación, corresponde al Tribunal asegurarse de que las condiciones que rodean esos derechos no los reducen al punto de alcanzarlos en su sustancia misma y de privarlos de su efectividad, que persiguen un interés legítimo y que los medios empleados no se revelan desproporcionados⁷¹.

No obstante, en tanto que el legislador no sobrepase los límites de su margen de apreciación, al Tribunal Europeo no le corresponde pronunciarse sobre si ha elegido la mejor forma para tratar el problema⁷². Esta afirmación pone seriamente en peligro la exigencia de proporcionalidad y de elección del medio que afecte en menor escala los derechos protegidos. En el caso austríaco, esa posición reposa en la gran discrecionalidad concedida por los órganos europeos en el campo de las políticas sociales y económicas, pero los límites de la discrecionalidad se valoran según la conformidad con un fin legítimo de interés general, con la razonabilidad y la ausencia de medidas desproporcionadas o inapropiadas.

En cuanto a las restricciones particulares el poder discrecional de los Estados varía según los derechos en cuestión y los fines de protección per-

⁶⁸ Ver por ejemplo el Informe 38/96, caso 10.506 en el Informe Anual 1996 de la CIDH, párr. 60.

⁶⁹ Ver CIDH, Inf. 38/96, caso 10.506, § 58 y ss., Informe Anual 1996.

⁷⁰ Corte IDH, OC-5/85 precitada, párr. 46.

⁷¹ Caso “Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica” de 2 de marzo de 1987, A, n° 113. En conformidad igualmente con la observación general n° 10 del Comité de Derechos Humanos que considera que las restricciones “no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo”.

⁷² Caso “Mellacher y otros c. Austria” de 19 de diciembre de 1989, Serie A, n° 169.

seguidos. Por ejemplo, respecto a la libertad de expresión (artículo 10 de la CEDH), cuyas restricciones deben someterse a los requisitos generales (previstos por la ley, necesarios en una sociedad democrática y para los fines legítimos específicamente previstos en el tratado), el Tribunal constata que no puede establecerse una noción europea uniforme de moral según los diversos derechos internos, y admite que el artículo 10.2 concede a los Estados un margen de apreciación para decidir lo que sea necesario para proteger la moral. Sin embargo, este margen no es ilimitado y está sometido al control europeo, pues el Tribunal considera la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática agregando que toda restricción en la materia debe ser proporcional al fin perseguido y que incumbe al Tribunal determinar si las razones invocadas son pertinentes y suficientes⁷³. Así el Tribunal Europeo concluyó, en un caso, en la violación del artículo 10 por haberse excedido el margen de apreciación en función de la naturaleza de los hechos cuestionados y de la “ausencia de riesgo”⁷⁴.

La Comisión Interamericana excluye la posibilidad de restringir la libertad de expresión por otras razones que las previstas por la Convención (artículo 13), considerando ilegítima, por ejemplo, la restricción de esta libertad mediante censura previa, rechazando explícitamente el “dejar al arbitrio de los órganos del Estado” la posibilidad de limitar la libertad de expresión mediante censura previa como una forma de proteger la honra⁷⁵.

El Comité de Derechos Humanos a su vez señaló, en su Observación General n° 10, que las restricciones a la libertad de expresión deben respetar las condiciones de ser fijadas por ley, invocando únicamente las razones establecidas en los incisos a) y b) del artículo 19 del Pacto, y justificarse como necesarias en una sociedad democrática, agregando que de ninguna manera podrán poner en peligro ese derecho en sí mismo⁷⁶.

En cuanto a las restricciones a la libertad personal por cuestiones de seguridad nacional u orden público, o para hacer frente a un peligro público grave de conformidad con el artículo 15 del Convenio Europeo, los órganos convencionales tienden a ampliar el margen de apreciación con respecto a la existencia del peligro o a la necesidad de proteger el orden

⁷³ Caso “Handyside” precitado.

⁷⁴ Caso “Autronic AG c. Suiza” de 22 de mayo de 1990, Serie A, n° 178.

⁷⁵ CIDH, Informe 11/96, caso 11.230, en el Informe Anual 1996 de la CIDH, párr. 73.

⁷⁶ Ver nota 66.

público o la seguridad nacional, pero maximizan el contralor de las medidas adoptadas cuando afectan derechos fundamentales como el de la libertad personal.

Fuera de los supuestos del artículo 15, que examinaremos más adelante, el Tribunal también reconoce cierto margen a las autoridades nacionales para justificar, por ejemplo, el reencarcelamiento de una persona que constituiría un peligro público, considerando que existía en todo momento un recurso judicial ante un órgano independiente e imparcial⁷⁷, sometiendo así esa discrecionalidad a la obligación de ciertas garantías para hacer efectivo el derecho de defensa y el respeto del debido proceso.

En lo que se refiere a la protección de la seguridad nacional, los órganos europeos conceden un poder discrecional de gran amplitud pero exigen justificar la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos⁷⁸.

La Comisión Interamericana estima que debe probarse la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida. “No basta con invocar razones de seguridad para concluir en un objetivo legítimo; es necesario un balance entre el interés legítimo de los familiares y el interés público que garantiza la seguridad...”⁷⁹.

Esta noción de balance necesario también es utilizada por el Tribunal Europeo, exigiendo un equilibrio entre el bienestar general y el derecho individual al respeto del domicilio. Para determinar la amplitud del margen de apreciación de los Estados, debe considerarse la importancia de un determinado derecho⁸⁰.

En cuanto a las restricciones de la vida privada para proteger la moral pública, el Tribunal Europeo afirma claramente que el poder discrecional del Estado no es absoluto ni insusceptible de control, reservándose la competencia de verificar si una restricción se enmarca dentro del Convenio de conformidad con el criterio de proporcionalidad.

3) Suspensión o derogación de derechos

Las restricciones más drásticas y por lo tanto excepcionales a los derechos, se imponen a través de la suspensión del goce de algunos de ellos, mediante la aplicación de los supuestos recogidos en los artículos 15 de la

⁷⁷ Caso “Weeks c. Reino Unido” de 2 de marzo de 1987, Serie A, n° 114.

⁷⁸ Caso “Leander c. Suecia”, precitado.

⁷⁹ CIDH, Inf. 38/96 precitado, párr. 70.

⁸⁰ Caso “Gillow c. Reino Unido”, precitado.

CEDH, 27 de la CADH y 4 del PIDCP. Además de las condiciones específicas exigidas para los casos concretos de derogación (temporalidad, excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, no discriminación, etc.) existe una norma imperativa que prohíbe la suspensión en cualquier circunstancia de los derechos considerados intangibles que varían en su enumeración según los distintos tratados, pero que guardan un denominador común mínimo⁸¹.

La doctrina europea del margen de apreciación surge en este contexto excepcional de extrema gravedad donde todo intento de traslado a la jurisprudencia interamericana podría tener consecuencias nefastas habida cuenta de la práctica abusiva o de las desviaciones⁸² de este poder excepcional en el marco interamericano.

La Comisión Europea expresó en el caso “Lawless” que, tomando en cuenta la importante responsabilidad que incumbe a un gobierno de proteger a su población contra cualquier amenaza para la vida de la nación, es evidente que debe dejarse al gobierno un cierto margen de apreciación para determinar si existe un peligro público que amenaza la vida de la nación y reclama de su parte medidas excepcionales⁸³. El Tribunal Europeo confirma esta doctrina en el caso “Irlanda contra Reino Unido”, declarando que incumbe a cada Estado, determinar si existe un “peligro público” amenazante, y decidir “hasta dónde” debe avanzar para enfrentarlo⁸⁴.

Aquí se evidencia más crudamente la relación de esta doctrina con los conflictos que hemos descrito en referencia al derecho interno sobre el control jurisdiccional de los poderes de necesidad, así como con la interpretación jurisprudencial internacional que permite al Estado afectado determinar en primer lugar la existencia de dicha situación y las medidas apropiadas requeridas. El control jurisdiccional internacional interviene sólo en caso de abuso manifiesto⁸⁵.

⁸¹ Ver PRÉMONT, Daniel (comp.), *Droits intangibles et états d'exception - Non derogable rights and states of emergency*, Association de consultants internationaux en droits de l'homme (CID), Ed. Bruylant, Bruselas, 1996; en particular, DUFFY, Peter, *Note on the article 15 of the European Convention on Human Rights*; VALIÑA, Liliana, *Droits intangibles dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme*, y DE ZAYAS, Alfred, *Derogation and the United Nations Human Rights Committee*.

⁸² QUESTIAUX, Nicole, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1985/15, p. 22, párr. 97.

⁸³ Caso “Lawless” de 1 de julio de 1961, Serie A, n° 3, p. 56, § 28.

⁸⁴ Caso “Irlanda c. Reino Unido”, precitado. ps. 78 y s., § 207.

⁸⁵ Por ejemplo en la Sentencia Arbitral de M. HUBER, caso “Bienes británicos en el Marruecos español”, R. S. A., II, p. 615.

La jurisprudencia europea no contiene en cuanto a la amplitud del margen de apreciación ningún criterio ni elemento objetivo⁸⁶; más aún cuando la redacción del artículo 15 no permite inferir abiertamente la introducción de la doctrina misma.

Según lo señaláramos anteriormente, una interpretación en función del rigor de los términos utilizados implicaría que el poder de apreciación aquí es bastante reducido a través de conceptos tales como “en la estricta medida de las exigencias de la situación”, sin embargo, las dificultades en apreciar situaciones que escapan a menudo al juez, la distancia y la post temporalidad de la intervención jurisdiccional con respecto a los hechos, incitan a los defensores de esta doctrina a justificarla. El Tribunal mismo aceptó “un amplio margen de apreciación” para los Estados en este tema⁸⁷.

No obstante, la Comisión, cuando el caso implicaba una evidente mala fe del Estado, no dudó en reducir la discrecionalidad controlando intencionalmente la existencia del peligro público, intentando verificar si éste existía en los hechos. Esto muestra que, sometida a cuestiones de “realismo político” la doctrina del margen de apreciación no ha impedido, cuando los órganos europeos lo estimaron pertinente, reducirlo drásticamente con el fin de someter el poder discrecional del Estado que deroga, al poder discrecional de los órganos europeos de control⁸⁸.

En el ámbito interamericano, la práctica negativa de los estados de excepción, enunciada también como su aplicación patológica⁸⁹, la situación es distinta. En referencia a los poderes excepcionales, la Corte Interamericana declaró que “en un Estado de derecho, el ejercicio del control de la legalidad de tales medidas por parte del órgano judicial autónomo e independiente que verifica, por ejemplo, si una detención basada en la suspensión de la libertad personal se adapta a los términos en los cuales el estado de excepción lo autoriza, es fundamental”⁹⁰. Esta posición se concilia perfectamente con un control jurisdiccional internacional. Lamentablemente en los casos individuales examinados por los órganos interame-

⁸⁶ Así lo señala Rusen ERGEC, citando a Genshof VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁷ Caso “Irlanda c. Reino Unido”, precitado, ps. 78-79, § 207.

⁸⁸ Ver AUBY y DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, París, L. G. D. J., tit. III, ps. 44 y siguientes.

⁸⁹ ZAMUDIO, H. Fix, *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, p. 18.

⁹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de excepción (artículos 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 6 de octubre de 1987, Serie A, n° 9, párr. 21).

ricanos no se han analizado concretamente los supuestos del artículo 27 para deducir cuán lejos y detallado sería el control interamericano en esta materia; si bien considerando la práctica nefasta en la región, es difícil imaginar una autolimitación jurisdiccional en tantos casos, en los cuales existe una ausencia manifiesta de buena fe y de fines legítimos.

B. El margen de apreciación respecto de obligaciones positivas

La pregunta es, aquí, si cabe un control internacional para determinar si la obligación positiva concreta de protección de los derechos convencionales puede ser reducida por la discrecionalidad del Estado en su decisión de cómo hacerla efectiva y en qué medida.

Nuestra opinión personal es que el Estado cotidianamente y en la elaboración de sus políticas sociales, legislativas o económicas, adopta las medidas que considera apropiadas para garantizar los derechos humanos, pero los órganos internacionales son competentes para determinar si esas medidas son suficientes, adecuadas, razonables y compatibles con el tratado.

Sin embargo, en algunos casos, la jurisprudencia europea, en particular cuando se refiere a la protección contra injerencias arbitrarias a los derechos y libertades protegidos, destaca por una parte la exigencia de obligaciones positivas pero, por la otra, reconoce un poder de maniobra más o menos importante según el caso; si bien es cierto que exige ciertas garantías contra la arbitrariedad y sobre la pertinencia de las medidas⁹¹, tanto como que existan fines legítimos claramente establecidos⁹².

Así la existencia y la extensión de las obligaciones en esta materia dependen del “justo equilibrio” entre el interés general y el interés del individuo, en cuya apreciación los Estados tienen cierto margen⁹³, pero el Tribunal no dudó en declarar la “ruptura del justo equilibrio” y la consecuente violación del Convenio⁹⁴. Las injerencias a los derechos de un in-

⁹¹ Ver los casos de toma a cargo de niños por la autoridad pública contra Reino Unido, por ejemplo, de 8 de julio de 1987, Serie A, n° 120 y 121, donde la Corte declaró: *“s’il convient de réserver à l’autorité publique local un certain pouvoir d’appréciation, son processus décisionnel ne saurait manquer d’influer sur le fond de la décision, notamment en s’assurant qu’elle repose sur des considérations pertinentes et ne soit donc pas entachée d’arbitraire, même en apparence”*.

⁹² Caso “Olsson c. Suecia” de 24 de marzo de 1988, Serie A, n° 130, donde el Tribunal llega a la conclusión de que las medidas no se fundaban sobre razones suficientes de naturaleza para justificarlas como proporcionadas al fin legítimo perseguido, considerándolas innecesarias en una sociedad democrática.

⁹³ Caso “Rees c. Reino Unido”, precitado.

⁹⁴ Caso “B. c. Francia” de 25 de marzo de 1992, Serie A, n° 232-C.

dividuo deben, por lo tanto, someterse al control efectivo, sobre todo cuando el Ejecutivo goza de amplio poder discrecional.

Las obligaciones de respeto y protección del Estado implican que toda injerencia debe estar prevista por una ley que debe definir la extensión y las modalidades de ejercicio del poder discrecional, y esto con una claridad suficiente para otorgar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n° 2, referida a la aplicación del Pacto a nivel nacional, si bien declara “dejar al arbitrio de los Estados Partes la elección del método de aplicación” recuerda que “la obligación... no se limita al ‘respeto’ sino también a ‘garantizar’”, lo cual implica la obligación de actividades concretas más allá de las normativas⁹⁵.

VI. Límites a la doctrina del margen de apreciación

Además de todos los elementos que ya fueron indicados en cuanto a las exigencias de respeto de los requisitos para imponer cualquier restricción a los derechos protegidos (pues esos requisitos específicos no escapan en principio a la necesidad de justificación de su existencia), quisiéramos brevemente señalar aquí algunas otras nociones que de alguna manera reducen el margen de discrecionalidad de los Estados y amplían la de los órganos de contralor.

En primer lugar, la doctrina de la autonomía de conceptos excluye las interpretaciones absolutamente nacionales de los conceptos convencionales, independientemente del significado global y genérico atribuido por los órganos internacionales.

En segundo lugar, el principio general que prohíbe toda restricción que implique vaciar de contenido o de esencia⁹⁶, suprimir o anular los derechos protegidos⁹⁷, así como la existencia de un interés o fin legítimo, son garantías que están fuera de toda discrecionalidad, puesto que son criterios que no pueden obviarse en la implementación de restricciones.

⁹⁵ Ver también la Observación General n°4, referida al artículo 3 del Pacto, donde señala que la obligación de prevención de la discriminación exige acciones positivas para garantizarla.

⁹⁶ Caso “Mathieu-Mohin y Clerfayt”, precitado. También, Observación General n° 10 del Comité de Derechos Humanos.

⁹⁷ Ver Corte IDH, OC-6/86, precitada, p. 10, párr. 17

Otra regla importante es la iluminada por el principio *pro homine*, que exige una interpretación restrictiva de todas las restricciones o limitaciones de los derechos. Por lo tanto, pertenece a los órganos internacionales “la decisión final sobre la compatibilidad” de las restricciones con el Convenio⁹⁸. Esto implica igualmente que cuando el Tribunal Europeo concede un amplio poder discrecional, éste es paralelo a un “poder de control reforzado” del órgano europeo⁹⁹. El Tribunal también afirmó con toda claridad que los Estados no están autorizados a tomar medidas restrictivas que se justifiquen “automáticamente” según el Convenio.

Convergentemente, la Corte Interamericana declaró que en su interpretación de la Convención no se limitará en caso de duda, por una concepción restrictiva de los términos y disposiciones convencionales frente a denuncias de su violación. “Los fundamentos de la protección de los derechos humanos residen en la necesidad de salvaguardar a las víctimas del ejercicio abusivo del poder”¹⁰⁰.

VII. Conclusión

La doctrina del margen de apreciación no pareciera ser una feliz creación en el seno de los órganos europeos, tanto por el peligro de la vaguedad e imprecisión de sus modalidades, extensión y ámbitos de aplicación, como por la falta de coherencia en la utilización de los criterios que la fundamentan.

En un número importante de casos, su utilización no ha modificado esencialmente las conclusiones del contralor europeo, pero en otros, la aplicación de esta doctrina ha excluido indirectamente en la práctica un control exhaustivo para garantizar una eficaz labor de tutela de los derechos y libertades fundamentales.

Hemos podido constatar igualmente, que cuando los órganos europeos percibían la manifiesta mala fe o arbitrariedad de parte de las autoridades nacionales de un Estado, no han dudado en modificar restrictivamente el margen de discrecionalidad otorgado al mismo.

Creemos que el reconocimiento de la capacidad interna de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales y del control internacional integrando una interpretación realista, conciente de las diversidades naciona-

⁹⁸ Caso “Silver y otros c. Reino Unido” de 25 de marzo de 1983, Serie A, n° 61.

⁹⁹ SANSONETIS, Nicolas, *Title II, article 19*, en *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, op.cit., ps. 535-536.

¹⁰⁰ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, Excepciones Preliminares, p. 15, § 30 y p. 40, § 91.

les, basta conceder un limitado margen de apreciación o de maniobra en la práctica de los Estados inoponible al control internacional¹⁰¹.

El margen de apreciación de los Estados se manifiesta en sus decisiones cotidianas para poner en práctica y hacer realidad los derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales; los órganos internacionales no podrían sustituir a los Estados para delinear e imponer cada una de las medidas concretas. A estos órganos, que realizan generalmente un control *a posteriori*, les compete, sin embargo, supervisar que esas medidas guarden plena conformidad con los compromisos internacionales sobre los cuales deben velar.

No pueden existir situaciones en las cuales un Estado que se obliga voluntariamente a respetar las disposiciones de un tratado quede exento internacionalmente de justificar que las ha respetado o que se exima de rendir cuentas ante los órganos internacionales cuando se les reclama su violación o incumplimiento.

Si un tratado internacional de derechos humanos pudiera tener tantas interpretaciones como Estados parte, sería como aceptar en su equivalente a nivel interno, dejar librado a la interpretación personal absoluta de una misma norma por cada juez, sin prever un órgano que controle la compatibilidad de la misma con el respeto de los normas fundamentales y constitucionales de un Estado, abandonando a cada uno de los sujetos de derecho a la inseguridad jurídica, tanto en cuanto a sus obligaciones como a sus garantías de protección para el ejercicio de sus derechos.

Probablemente, los propios órganos europeos comenzarán a abordar de manera sensiblemente diferente esta doctrina, confrontados a los profundos cambios que representa la incorporación al sistema, de los países de la antigua Europa del este y cuestionándose esta visión algo *naïve* o angelical sobre la buena fe de los Estados europeos, en la que indirectamente se reposa la doctrina del margen de apreciación.

¹⁰¹ Existe una abundante doctrina que critica la doctrina y aun aboga por su desaparición. Ver HARTMAN, J., *Derogations from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, Harv. Int'l L. J., vol. 22, 1981, p. 50; WIENER y BRAIBANT, *Droit international et protection des citoyens*, E. D. C. E., 1971, p. 66; GREEN, L., *Derogation of Human Rights in Emergency Situations*, C. Y. I. L., 1978, p. 101; CALOGEROPOULOUS-STRAITIS, *Droit humanitaire et droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Sijthoff-Leiden, 1980, p. 84; etcétera.

Capítulo 2

El deber de tutela judicial y de reparación

Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*

Agustín Gordillo

I. Antes, ahora, después

El amparo tuvo un nacimiento promisorio en los casos “Siri”¹ y “Kot”², que luego se vio disminuido por el impacto de la llamada ley 16.986, que limitó su procedencia. En los años que siguieron se fue imponiendo en su virtud una jurisprudencia limitativa, que exigía entre otros recaudos la no

* Comparar, entre los comentarios posteriores a la reforma constitucional, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 311 y ss.; GOZAFINI, Osvaldo A., *El derecho de amparo*, Ed. Depalma, 1995 (y anteriormente, aunque de publicación ulterior, *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, “La Ley”, 21/XI/95); NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, 1995; COLAUTI, Carlos E., *Derechos humanos*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995; DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 159 y ss.; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*, “La Ley”, 7 de octubre de 1994, t. 1994-D, p.1551; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo, el habeas data y el habeas corpus en la reforma de la Constitución nacional*, en el libro colectivo *La reforma de la Constitución*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 109 y ss.; BARRA, Rodolfo Carlos, *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, “La Ley”, t. 1994-E, Sección Doctrina, ps. 1087 y ss.; RIVAS, Adolfo A., *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, “La Ley”, t. 1994-E, Sección Doctrina, ps. 1330 y ss.; *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, “El Derecho”, 1994; ROSALES CUELLO, Ramiro, *Nueva etapa en la vida del amparo*, “El Derecho”, 20/II/95; PANCALLO D’AGOSTINO, Martín, *Nuevas motivaciones y ámbito para el amparo*, “El Derecho”, 160-996; GELLI, María Angélica, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, “La Ley”, 15 de noviembre de 1995, Suplemento Especial, p. 54.

¹ Fallos, 239:459.

² Fallos, 241:291; “La Ley”, 92:632.

existencia de otra vía administrativa o judicial para defender el derecho, la gravedad o irreparabilidad del daño, el carácter manifiesto de la lesión a la garantía constitucional, la imposibilidad de pedir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza, etcétera.

Una de las causales favoritas de rechazo del amparo fue por ejemplo que la cuestión era susceptible de mayor debate y prueba (¡qué cuestión no lo es!)³, seguida por el no haber agotado la instancia administrativa (como si de algo sirviera que la propia autora del daño se haya pronunciado sobre un reclamo contra él), etcétera.

La reforma de 1994 tiene al menos un carácter múltiple: por una parte el nuevo texto del artículo 43, por otra la expresa recepción de las normas supranacionales en la materia. El artículo 43, a su vez, tiene *dos* supuestos diferentes de amparo en sus párrafos primero y segundo. Ello, sin computar los otros dos mecanismos de los párrafos tercero y cuarto: *habeas data* y *habeas corpus*. El *habeas data*, por lo general, se considera una modalidad de amparo⁴.

Es cierto que así como antes se discutía si los tratados tenían o no un rango superior a la ley, lo que la Constitución contesta por la afirmativa, ahora hay quienes se preguntan si tienen o no un rango superior a la Constitución. Ahora bien, lo menos que podrá admitirse es que integran el rango normativo superior del Estado, y que la Constitución debe ser interpretada en consonancia con ellos, sin que pueda negarse la existencia

³ Ya decía LEIBNITZ que mientras las características o datos de la realidad son infinitos, nuestra facultad de percepción es finita: para un desarrollo, ver la segunda parte del capítulo I del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Ed. Macchi, Buenos Aires, 1995, y más específicamente *El método en derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, reimpresión. RIVAS considera que la cuestión está superada con la actual reforma constitucional (*Pautas, op. cit.*, IX).

⁴ Ver, entre otros, BIANCHI, Alberto B., *Habeas data y derecho a la privacidad*, "El Derecho", 161-866; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Ed. Astrea, 1995; del mismo autor, *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo*, "La Ley", 15 de noviembre de 1995; BERGEL, Salvador M., *El habeas data: instrumento protector de la privacidad*, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Ed. Rubinzal Culzoni, vol. 7, p. 214; VANOSSI, Jorge R., *El habeas data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*, "El Derecho", 159-948; ЕКМЕКДЖАН, Miguel ángel, *El habeas data en la reforma constitucional*, "La Ley", 15/XI/95, Suplemento Especial, p. 42; ITZICOVICH GRIOT, Alejandro, *Habeas data. Un gran paso y una tarea pendiente*, "La Ley", Actualidad, 27/XI/94; SAGÜÉS, Néstor P., *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*, "La Ley", t. 1994-D, p. 1151; GOZAÍNI, *El derecho de amparo, op. cit.*

o el alcance de algún derecho de carácter supranacional sobre la base de la interpretación restrictiva o limitativa de alguna norma constitucional⁵.

La primera cuestión es, así, determinar si las normas supranacionales reconocen un mecanismo de tutela diferente en materia de amparo; la segunda, cuál es el orden de prelación de las normas en su interpretación y aplicación y si son susceptibles de armonización.

II. Las normas supranacionales

A. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre dice que “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. *Asimismo* debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Dicha disposición le da al individuo el *doble derecho* (concurrente, no alternativo o excluyente) de acudir ante los tribunales de manera genérica en cualquier caso y de manera específica *también* (“asimismo”) para hacer valer los “derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”, caso en el cual agrega un requisito adicional a favor del individuo: requiere que el Estado le provea de un procedimiento sencillo y *breve* para la tutela de tales derechos, *y no establece limitación alguna*, por ejemplo que no haya otro medio administrativo o judicial para hacerlo, que la violación sea manifiesta o el daño irreparable, etcétera.

La redacción es clara: en cada país signatario la tutela de los derechos constitucionales debe tener un remedio *sencillo y breve sin condicionamiento ni limitación alguna*.

B. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Lo mismo surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se dispone: “Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso *sencillo y rápido* o a *cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales *competentes*, que la ampare contra actos que violen *sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución*, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas

⁵ Tratamos el punto en la tercera edición del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, cap. VII, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1995.

que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a *garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso*; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

C. Declaración Universal de Derechos Humanos

Igual concepto encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 8° establece que “Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales *competentes*, que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*.”

D. Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos establece en su artículo 2, inciso 3: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso*, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

E. Resumen comparativo

Los textos

Convención Americana sobre Derechos Humanos: “un recurso *sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso *efectivo*... que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*”.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “un procedimiento *sencillo y breve*... (que) lo ampare contra actos... (que violen)... los derechos *fundamentales* consagrados *constitucionalmente*”.

Declaración Universal de Derechos Humanos: “un *recurso efectivo*... que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”.

Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos: “un *recurso efectivo*... (para) “los derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto”.

F. Primeras conclusiones

Todas las normas referidas son claras en distinguir la defensa en juicio en general, de la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los tratados, las constituciones o las leyes de cada país en particular: para los segundos exige, sin limitación ni recaudo alguno, un procedimiento especial, sencillo, breve, efectivo, ante los tribunales competentes.

Y como dice el artículo 2, inciso 3, apartado b) del Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos, “La autoridad competente, judicial... *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso*”. O en las palabras del artículo 25 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso*”.

El primer texto citado no incluye lo que sí hacen los tres últimos, que debe tratarse de un tribunal judicial competente, no cualquiera.

III. Conflicto o complementariedad entre los artículos 43 y 75, inciso 22

A. Jerarquía o armonía

Parece hoy en día claro que *si la Constitución y los pactos consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio*, lo menos que puede considerarse es que *resultan también inviolables todos los mecanismos de defensa tutelados por los pactos internacionales*, ya que de otro manera se privaría de sentido tanto al artículo 18 como a los pactos y al mismo artículo 75, inciso 22.

No debe pensarse que dando esta jerarquía a los tratados se lesiona el antiguo artículo 31 de la Constitución, pues es claro por ejemplo que él queda sin efecto en el supuesto del artículo 75, inciso 24. Del mismo modo el artículo 31 no puede ser óbice para una interpretación armónica entre los artículos 43 y 75, inciso 22.

En cualquier caso, es la misma Constitución la que recoge los tratados en dicha norma, y no puede entenderse que lo que resuelve en el artículo 75 inciso 22 quedara negado o recortado por otro artículo del mismo cuerpo normativo. Es necesario buscar una armonía de tales disposiciones. Ello, sin entrar a que en verdad las normas supranacionales tienen jerarquía sobre las locales⁶. Pero no es necesario recurrir a ello para resolver la cuestión.

⁶ El citado capítulo VII del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., 1995.

B. Comparación del artículo 43 y las normas supranacionales

Por lo expuesto, si bien existe un cierto margen de disfuncionalidad en la primera parte del artículo 43, ella debe ser resuelta a favor de la libertad y de la tutela de los derechos, en consonancia con el propio artículo 18 en su lectura a la luz de los pactos supranacionales.

Comencemos con la comparación de los artículos 43 y 75 inciso 22 en su remisión a una vía rápida, expedita, breve y sencilla para la defensa de los derechos y libertades fundamentales previstos en las constituciones o en las leyes.

IV. Diferencias entre el 43 y el 75, inciso 22

A. Mayor restricción del primer párrafo del artículo 43

El artículo 43 en su primera parte es más restringido sobre todo en dos causales de exclusión:

Exige *que no exista otro medio judicial más idóneo*, los textos supranacionales no. Sobre esto volveremos más adelante.

Requiere arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta*, los tratados no. La segunda cuestión en que existe aparente discrepancia entre el artículo 43 y las normas supranacionales, es en la exigencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Tales recaudos no aparecen en las normas supranacionales y pensamos que en su consecuencia deben prevalecer éstas por sobre la restricción constitucional. En cualquier caso, que el vicio sea manifiesto en definitiva queda librado a la apreciación judicial: no se trata de un grado de evidencia que deba reunir requisitos extraordinarios, basta con que el propio juez luego de analizados los documentos y pruebas aportados en el amparo pueda libremente arribar a la conclusión de que el acto es ilegítimo. *El vicio manifiesto no es un criterio de admisibilidad, sino que lo aprecia el juez en la sentencia: lo ve o no lo ve, esto es todo*⁷.

B. Mayor amplitud del 43

A la inversa, los tratados internacionales son más restringidos y el artículo 43 más amplio en otros dos aspectos:

El artículo 43 se refiere tanto a *todos* los derechos tutelados por la Constitución, tratados o leyes; los pactos de derechos humanos se refieren específicamente a los derechos y libertades *fundamentales* tutelados en la Constitución, los tratados o las leyes. Esta diferencia puede no ser sustan-

⁷ En sentido similar QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 125.

cial habida cuenta que hay consenso en que el amparo no procede para la tutela de cualquier derecho (los casos típicos de la ejecución de un pagaré, un desalojo, juicio de filiación, etcétera).

C. Los dos amparos del artículo 43 y el amparo del artículo 75, inciso 22

Los tratados internacionales reconocen el derecho al titular efectivo, personal y directo, de la libertad o derecho lesionado.

El segundo párrafo del artículo 43 reconoce legitimación amplia que incluye “*los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines*”. La legitimación es muchísimo más amplia en el segundo párrafo del artículo 43 al incluir a las asociaciones de usuarios y consumidores⁸ y al prever la tutela de derechos de incidencia colectiva, que es una categoría más amplia aún que las *class actions* del derecho norteamericano⁹. El recurso de los pactos es un recurso de carácter personal e individual.

Por ello GELLI ha señalado con acierto¹⁰ que el artículo 43 de la Constitución incluye dos amparos diferentes: uno, el contemplado en el párrafo primero, solamente relativo a personas directamente lesionadas en sus derechos individuales; otro, el del segundo párrafo, que tutela además expresamente los derechos de incidencia colectiva en general (incluyendo usuarios, consumidores, la competencia, el medio ambiente, la discriminación, etc.)¹¹. El segundo párrafo, al legitimar al defensor del pueblo¹²

⁸ Un curioso debate es si están legitimadas ya las asociaciones existentes o si deben en cambio esperar la ley. En la primera tesis BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 320; en la segunda SAGÜÉS, *op. cit.*, III-7. Va de suyo que adherimos a la primera.

⁹ Las equipara BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 317. Ver también QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 154, quien recuerda en igual sentido a MORELLO.

¹⁰ Artículo citado, punto IV, p. 55.

¹¹ Parece expresar lo mismo en el punto II, aunque concluye asimilándolos en el VI, GOZAÍNI, *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, *op. cit.*

¹² El defensor del pueblo aparece legitimado aquí a texto expreso para tales derechos de incidencia colectiva, en tanto que el artículo 86 lo legitima también a texto expreso para la defensa de los derechos humanos, a nuestro juicio con igual encuadre general de acción pública en defensa de la legalidad, sin necesidad de que también pleitee un individuo lesionado en forma directa e inmediata, o directa, inmediata y exclusiva según se quiera enfatizar el intento de restricción del acceso a la justicia.

y las diversas asociaciones expresamente está señalando que no se requiere aquí la lesión al derecho de una persona concreta, y con mayor razón que también están legitimados cuando tal lesión individual existe.

Ni siquiera hace falta discurrir acerca de la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo, interés difuso¹³, etc.: no requiere demostración alguna la legitimación del Defensor del Pueblo, pues se la da la Constitución¹⁴, y lo mismo ocurre para las asociaciones (cooperativas, fundaciones, etc.) entre cuyo objeto expreso o implícito¹⁵ pueda considerarse incluida la defensa de los derechos de incidencia colectiva: del usuario, el consumidor, la competencia, el medio ambiente, etc. Lamentablemente, algunos fallos todavía razonan como si el amparo del artículo 43 se agotara en el primer párrafo, y desconocen por entero el segundo¹⁶.

De lo expuesto se sigue otra consecuencia: los pactos de derechos humanos se refieren exclusivamente a las personas físicas, en tanto que la Constitución en su enumeración de derechos y garantías, incluido el amparo del artículo 43, se refiere a las personas físicas o jurídicas. También en este punto, pues, son más amplios los dos recursos de amparo del artículo 43 que el de los pactos de derechos humanos.

D. El procedimiento

Hay además otra diferencia:

– El procedimiento de la ley *de facto* 16.986, si bien resulta modificado por una importante jurisprudencia pretoriana según cada juzgado que intervenga, sigue siendo un procedimiento reglado (aunque cabe razonable-

¹³ Algunos autores, en un fallido intento al sarcasmo, gustan de llamarlo “interés confuso”. Pero la única confusión es no distinguir los supuestos del primer y segundo párrafo del artículo 43, tan diametralmente distintos como para impedir confusión alguna.

¹⁴ Según ya advertimos, en dos lados: el mismo artículo 43 y nuevamente el artículo 86. Pretender negársela en caso alguno es arbitrariedad manifiesta por desconocimiento del derecho objetivo.

¹⁵ Pues la interpretación restrictiva de la regla de la competencia del derecho público no cabe hacerla extensiva a la competencia de las asociaciones privadas, cooperativas, fundaciones, etc., sin fines de lucro, cuyo análisis ha de hacerse más próximo al concepto de capacidad del derecho privado. Sobre la discusión ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1º, 3ª ed., capítulo XII, “Los órganos del Estado”, punto 7, “La competencia”.

¹⁶ Es lo que ha ocurrido en el fallo de la sala V de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, *in re Cooperativa de Consumidores Libres Ltda.* en su impugnación a la írrita intervención a la CNT.

mente preguntarse si tiene sentido aplicar tal regulación al supuesto totalmente distinto e innovador del segundo párrafo del artículo 43).

– El procedimiento de los tratados en cambio no se encuentra reglado y queda entonces librado a la apreciación pretoriana de los jueces competentes, que pueden realizar en algunos casos una aplicación analógica o supletoria de algunas de las normas o principios de la ley *de facto* 16.986, aunque no necesariamente de todos.

E. La Convención Constituyente¹⁷

Si bien no lo consideramos un dato de importancia, puede tenerse presente que en la Convención constituyente de 1994 lo referente a los tratados y al amparo fueron tratados por comisiones separadas. Primero se tomó la decisión de sancionar el dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales, luego el mecanismo del amparo¹⁸. A su vez, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para los derechos humanos previstos en los tratados surge de otra cláusula (el art. 86) y otra comisión constitucional. Cuando tres distintas comisiones discutieron distintos temas dentro y sobre todo *fuera* del recinto, cada una por intermedio de miembros que a su vez consultaron a sus conocidos y amigos en la comunidad jurídica¹⁹. no pudieron sacarse demasiadas conclusiones del “debate” publicado –léase discursos dichos, leídos o directamente transcritos, como es la costumbre parlamentaria nuestra–. Le toca al intérprete armonizar las normas, sin que sean dirimientes los informes publicados por la mayoría y minoría de cada comisión, por su propia naturaleza formales. Son doctrina, opiniones de interés a ser juzgadas por su fuerza de convicción intrínseca y no porque nos cuenten lo que “verdaderamente” se resolvió. Lo que “verdaderamente” se resolvió es exclusivamente el texto constitucional, nada más.

¹⁷ Ampliar *infra*, 9.2.

¹⁸ Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4049.

¹⁹ Acerca de la supranacionalidad de los tratados se cita la opinión favorable de BIRDART CAMPOS, en un fax enviado a su constituyente consultante: coincidimos con ese aspecto de la opinión, pero obviamente no estamos hablando de interpretación auténtica sino de la doctrina como fuente. Por nuestra parte y para no quedarnos atrás, nos apresuramos a decir que fuimos consultados por miembros de distintas comisiones de más de un partido: ¿agrega eso algo a la interpretación auténtica de la Constitución? ¿Tendremos que producir prueba?

F. El derecho comparado

Otra diferencia ha sido apuntada por la doctrina, aunque sin desarrollo: en algunos países²⁰ el amparo es la vía normal²¹ de protección de los derechos fundamentales –es la misma solución de los tratados– pero el artículo 43 en su primer párrafo –no así en el segundo– parece caminar por otro andarivel. Si tomamos solamente el primer párrafo, estamos entre los pocos países que pretenden resolver distinto en el plano interno a como son las cosas en el plano externo. Es una dura lección que no terminamos de aprender²². Sin embargo, a gusto o a disgusto, debemos cumplir los pactos internacionales que hacen del amparo una vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales.

V. Similitudes

Ambos institutos comparten ciertas características básicas:

- Todos los textos expresan que debe tratarse de una vía “rápida” (en los tratados, “sencilla”, “breve”, “rápida”), aunque el artículo 43 enfatiza que debe además ser “expedita” (en los tratados, “efectiva”). Expedita significa sin condicionamientos ni cortapisas previas o ulteriores²³.

- En materia de legitimación procesal, el Defensor del Pueblo de la Nación la tiene en ambos supuestos: en el artículo 43, por el texto expreso de la norma; en los derechos humanos derivados de los pactos supranacionales, por lo dispuesto en el artículo 86²⁴.

²⁰ Algunos ejemplos en QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, ps. 132 y 133. Ver la nota siguiente.

²¹ La dispersión es muy grande, como explica BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *El amparo de los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, EJV, Caracas, 1993.

²² Otros aspectos en el capítulo IV “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio” y en el capítulo VII “Fuentes supranacionales” de la tercera edición, en 1995, del tomo 1 de nuestro citado *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ed. Macchi.

²³ Obstáculos previos son la existencia de otra vía; ulteriores los incidentes que pueden trabarla (QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 112). Por ello recuerda PALACIO que en el amparo no cabe recusación sin causa, cuestiones de competencia, excepciones previas, incidentes, etc. (*op. cit.*, II-4). Tal como lo hacen la mayor parte de los juzgados federales de primera instancia del país, tampoco parece indispensable la vista fiscal previa a la admisión formal y traslado del amparo: comparar Oscar AGUAD y Elisa CARRIÓ, citados por QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 134.

²⁴ Esto demuestra, una vez más, cómo distintas comisiones contribuyeron desde distintos ángulos a conformar un conjunto que es ahora el intérprete quien debe armo-

– Los derechos y libertades fundamentales, desde luego, son tutelados en ambos procedimientos, con lo cual puede existir identidad de objeto procesal en amparos concretos.

– En ambos se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o cualquier otro acto estatal, y *a fortiori* también la violación a los tratados internacionales.

– Ambos procesos suponen bilateralidad.

– Se tramitan solamente ante los jueces competentes (que pueden serlo del domicilio del demandado o del lugar en que los efectos del acto han de producirse).

– Los jueces tienen la *obligación* de pronunciarse sobre el fondo de los derechos ante ellos invocados. Un incumplimiento judicial a esta obligación de acceso a la justicia es además violación a los tratados supranacionales.

– Es claro que tales recursos o acciones no tienen por objeto sustituir procedimientos *especiales*: interdictos, desalojos (locaciones en general), ejecuciones (pagarés, hipotecas, etc.), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor²⁵, *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera.

La verdadera discusión es la que contrapone el juicio de amparo a un juicio ordinario, no a juicios o procedimientos especiales.

VI. Primera alternativa: los derechos supranacionales no son operativos

La forma más antigua de encarar el punto es pensar que los tratados *no son operativos* en cuanto requieren un medio sencillo, breve, expedito,

nizar. Correlaciona ambos artículos con el alcance de la legitimación del ombudsman para la defensa específica de los “derechos humanos” en el amparo: GOZÁFNI, *El derecho de amparo*, op. cit., ps. 88 a 94.

²⁵ Ley 24.240. El art. 53 establece que “Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario”. La discusión puede resultar especiosa y en la práctica tramitan como amparos los reclamos de usuarios de servicios públicos, lo que no nos parece una irrazonable extensión de la vía. Admite el amparo del usuario contra el concesionario BARRA, op. cit., p. 1093. Hemos visto en tribunales argumentar esta cuestión de manera risueña: a veces algunos letrados externos de determinadas licenciatarias pretenden que la ley 24.240 remite necesariamente al amparo, con lo cual a su juicio quien no hizo el juicio dentro de los quince días consintió el abuso. Y reputan carente de ética al abogado que citando el precepto del artículo 43 inicia una acción por la ley 24.240 contra el concesionario o licenciatarario. *O mores!*

para los derechos y libertades fundamentales, y que sólo tenemos el recurso de nuestro artículo 43, no los recursos del artículo 75, inciso 22.

Esta interpretación va contra toda sana hermenéutica constitucional, aún en nuestra jurisprudencia a partir del caso “Ekmekdjian”²⁶. Resultaría entonces una desinterpretación del sistema realizar una lectura limitativa de la primera parte del artículo 43 cuando establece que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta*, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

La norma de la primera parte del artículo 43 está reconociendo *menos* que lo que reconocen los pactos supranacionales que el artículo 75 inciso 22, expresamente recepta, *pero no prohíbe ni excluye aquéllos*. Tampoco podría hacerlo²⁷.

Entre los posibles medios de tutela de los derechos previstos en el ordenamiento nacional y supranacional, la primera parte del artículo 43 estatuye en efecto *uno* específico, expedito, breve y efectivo, para determinados supuestos de lesión. Pero ello en modo alguno excluye que existan *otros* también específicos en otra parte del mismo texto constitucional y sus remisiones.

Ello ocurre en el caso del medio ambiente, de los derechos de incidencia colectiva, del habeas data y habeas corpus, y por supuesto de los derechos que emergen del artículo 75.

Una interpretación diversa llevaría las normas supranacionales a verdadera letra muerta, lo que no puede considerarse como el recto espíritu ni una lectura razonable de la Constitución. Es necesario pues realizar una interpretación que no prive a los ciudadanos de una expresa garantía supranacional. Y la interpretación es simple: la primera parte del artículo 43 se refiere a una forma básica y elemental de protección que no excluye ni puede razonablemente interpretarse que excluya la protección específica que le reconocen las normas supranacionales²⁸.

²⁶ “La Ley”, t. 1992-C, p. 543; “El Derecho”, 148:354.

²⁷ Por lo que hemos explicado en el capítulo VII, “Fuentes supranacionales”, de la tercera edición del tomo I de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1995.

²⁸ El sentido genéricamente no excluyente fue explicado por el convencional informante: “No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y espe-

En materia análoga, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en el caso “Factortame” de 1990 que “El Derecho Comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierne al Derecho Comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho Nacional, debe excluir la aplicación de esta regla”²⁹. Lo mismo ha aceptado, como es lógico, el Tribunal Constitucional español³⁰, entre otros tribunales nacionales.

En el conflicto entre el derecho nacional y el supranacional ha de preferirse, obviamente, al segundo, en especial en lo que hace a la rapidez y efectividad de los mecanismos de defensa en juicio.

Si eso ha sido dicho por el tribunal europeo para las medidas cautelares, es fácil imaginar qué puede decir la Corte Interamericana para la inadmisión local de un amparo expresamente previsto, sin cortapisas ni limitaciones o condiciones, por la legislación supranacional.

Así como nuestra Corte Suprema ha resuelto que el país debe cumplir de buena fe sus compromisos internacionales, así también puede decirse junto al juez francés ESTOUP que aplicar medios jurisdiccionales rápidos y abreviados es una cuestión de “honor de la justicia”³¹; parafraseando a BRAIBANT, “sin vacilaciones ni murmullos”³². Deberíamos hacer como en Europa, donde “se está generalizando la técnica de habilitar una “justicia provisional” inmediata y rápida, dejando la “justicia definitiva” remitida... a los largos y dilatados procesos”³³.

cífico la oportunidad de acceder a esta tutela”, Rodolfo DÍAZ, Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4050.

²⁹ Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 113.

³⁰ Como recuerda al respecto GOZAÍNI, este tribunal ha dicho que “La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia que se hubiesen ratificado” (*El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, punto I).

³¹ Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 134,

³² Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992, refiriéndose a la celeridad en la ejecución de la sentencia.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 342, citando a ZAGREBELSKI.

VII. Segunda alternativa: dos vías diferentes

A. Vías paralelas

Una segunda alternativa es considerar que estamos ante dos o tres vías diferentes:

a) Una, de carácter interno, en la cual se tutelan *todos los derechos* protegidos por *la Constitución, los tratados y las leyes* pero *sólo* cuando se da la doble condición mencionada en el primer párrafo. Otra, también de carácter interno, la prevista en el segundo párrafo en la cual la legitimación es sumamente amplia (derechos de incidencia colectiva: usuarios, consumidores, defensa de la competencia, medio ambiente, discriminación, etc.), tanto para los individuos como para las personas jurídicas, asociaciones, defensor del pueblo, etcétera.

b) La segunda o tercera vía, de origen supranacional, tutela *solamente los derechos y libertades fundamentales y únicamente de las personas físicas directamente afectadas en su persona o en sus derechos*, pero sin necesidad de que se den las otras condiciones de vía más idónea y carácter manifiesto del vicio que menta el primer párrafo del artículo 43.

En esta variante el procedimiento de la vía de los tratados sería comparable por analogía a la del primer párrafo del artículo 43 en los trazos generales de intervención de juez competente, existencia de bilateralidad e igualdad de las partes y plazos breves, pero *el trámite sería necesariamente de carácter pretoriano* hasta tanto se dicte una ley al respecto.

No es esto demasiada novedad en la práctica, pues los jueces en el amparo suelen actuar pretorianamente sin que ello haya llevado a nulidades ni problemas. Así por ejemplo la apelación en el amparo debe ser elevada por el juez a la Cámara dentro de las 24 horas, según la ley *de facto*, pero como ya la Corte Suprema resolvió hace décadas que se trata de un procedimiento bilateral, alguien tiene que dar traslado. Cuando el juez lo eleva sin traslado, lo da la Cámara. Otras veces el juez, con mejor criterio y menos apego a la norma *de facto*, da traslado en primera instancia y después eleva los autos, con el traslado cumplido.

B. La acumulación de amparos

Otra cuestión es que pueden impugnar un mismo acto tanto una persona jurídica y un usuario con legitimación amplia, con la limitación de que no haya vía más idónea y el vicio sea manifiesto (artículo 43), y también una persona física que se ve afectada en sus derechos y libertades fundamentales.

En tales casos deben acumularse las acciones y tramitarlas con un criterio unificador. Nuestra preferencia en tales casos será sumar lo que ambas vías tienen de más amplio: del segundo párrafo del artículo 43, la amplitud de legitimación y en general la tutela de derechos de personas jurí-

dicas; de los tratados, la no exigencia de recaudos adicionales como la inexistencia de otra vía o el carácter manifiesto del vicio. Posiblemente quepa retener, en estos casos, la limitación de que se trate de derechos y libertades fundamentales, aun tanto de personas físicas como jurídicas. Lo que no tiene sentido es tomar el primer párrafo del artículo 43 y desaplicar el segundo, cuando no se presenta un individuo lesionado en forma personal y directa. Es lo que, lamentablemente, hizo la sala V de la Capital con la intervención a la CNT.

En otro aspecto, obviamente sería una desinterpretación llevar derechos normales de carácter civil o comercial a una supuesta vía de amparo (ejecutar un pagaré, realizar un desalojo por falta de pago, etc.), pero pueden también existir casos de derechos civiles, comerciales o penales en los que se encuentre en juego una libertad o garantía fundamental (la intervención estatal a una persona jurídica, la prohibición de operar civil o comercialmente, el trato de los presos, etc.). Es una cuestión de hecho a resolver en cada caso concreto, como todos los problemas de derecho³⁴.

C. Hacia una interpretación unificadora

De todas maneras, más allá de las diferencias de textos normativos, es muy posible que la jurisprudencia deba evolucionar pretorianamente hacia una unificación de tales distintos medios y procedimientos de impugnación en vía de amparo, pues la diferenciación amenaza carecer de sentido práctico. En tal supuesto pensamos que el *mix* que venimos de explicar para la acumulación de amparos diversos, podría también servir como la fórmula unificadora para un solo amparo que adapte los diversos cuerpos normativos³⁵. Con el tiempo deberán abandonarse en todos los casos las demás restricciones que el amparo arrastra de una legislación *de facto* que hace tiempo debió abandonarse.

VIII. Tercera alternativa: el amparo es la primera vía más idónea

A. Es más idónea siempre

Autores como PALACIO, MORELLO y otros han señalado que el amparo es más idóneo que el juicio ordinario e incluso otros sumarios o sumarísi-

³⁴ Para la discusión nos remitimos a la segunda parte del capítulo I de la 3ª ed. del tomo 1 de nuestro tratado.

³⁵ O sea, el primer y segundo párrafo del artículo 43, y el amparo de los tratados.

mos³⁶, a lo que se ha replicado que no podría sustituir juicios como el ejecutivo, etc. Al margen de que la crítica es inadecuada, de todos modos una razonable posición minimalista da el mismo resultado, como veremos a continuación. Otros autores señalan simplemente que es más idóneo que la vía ordinaria³⁷.

B. Es más breve, sencilla y efectiva antes que, no en lugar de, la vía ordinaria

Es posible entender que el artículo 75 inciso 22 se complementa con el artículo 43 y que éste debe mirarse en una lectura integradora y armónica, para lo cual su doble requisito de que no exista otra vía idónea y haya ilegalidad manifiesta requiere una reinterpretación. En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*³⁸, no del demandado o del juez: si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces *es vía idónea* primero *el amparo* y no el juicio ordinario al efecto, que sólo operaría *secuencialmente*, luego de intentada la vía del amparo (y, claro está, dentro de los plazos procesales)³⁹.

El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley⁴⁰, no al juicio ordinario⁴¹. Al no estar especificado de otro modo en la Constitución no puede remitirse a las viejas doctrinas sobre mayor necesidad de debate y prueba en juicio ordinario, pues con ello se contravendría las normas supranacionales citadas: *más idóneo debe entenderse en el sentido de más “breve” o “sencillo” en una primera aproximación*. Por lo demás,

³⁶ PALACIO, *op. cit.*, II-3, quien recuerda a MORELLO, “Jurisprudencia Argentina”, t. 28-XII, p. 94, y RIVAS, *Pautas, op. cit.*, XVI-b.

³⁷ Ver DROMI y MENEM, *op. cit.*, p. 160; COLAUTI, *op. cit.*, p. 245.

³⁸ Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos: interdictos, desalojos, ejecuciones (prenda, *warrant*, pagarés, cheques, hipotecas), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.

³⁹ Ver GOZAÍNI, *El derecho de amparo, op. cit.*, ps. 144 a 146, por el tema de la cosa juzgada.

⁴⁰ Los ya mencionados: interdictos, desalojo (locaciones en general), ejecución (pagarés, hipotecas, etc.), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor, *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera.

⁴¹ En todo caso, dice PALACIO que aun comparándolo con los procedimientos sumario y sumarísimo el amparo (los) “aventaja con creces... en punto a la simplicidad de sus dimensiones temporales y formales y, por lo tanto, desde el punto de vista de su mayor idoneidad para lograr una más rápida definición del conflicto” (*op. cit.*, I-4).

si en el amparo se concluye que hace falta más debate y prueba, pues allí está el juicio ordinario que *luego* se puede iniciar.

Dado que la vía ordinaria no es *ab initio* más breve ni más sencilla que la del amparo, entendemos que este requisito de que no haya otra vía más idónea, solamente puede permitir distinguir entre el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*, el amparo ambiental, algunos interdictos y juicios sumarios o sumarísimos, pero *nunca el juicio ordinario* como acción inicial y primera. En otras palabras, la mayor o menor idoneidad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación: es lo que surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de una tal vía a favor del individuo.

Por lo demás, es un mito glorificar el juicio ordinario y temer al amparo: el juicio ordinario lleva varios años como mínimo en sus diversas instancias, y el amparo puede durar desde algunos meses hasta un par de años. Ocurre con el amparo algo parecido que con la cautelar en el juicio ordinario: quien la obtiene prácticamente ganó el juicio, quien la pierde virtualmente lo perdió. Y si bien todo esto es esgrimido por algunos a favor de la prudencia judicial, lo cierto es que los justiciables se dan por satisfechos cuando obtienen un pronunciamiento en un tiempo razonable, como requieren también los pactos supranacionales⁴². Estemos o no de acuerdo de *lege ferenda*, la garantía supranacional de que haya un pronunciamiento judicial dentro de un lapso “razonable” solamente se cumple en el país en el juicio de amparo y demás procesos análogos, raramente en el juicio ordinario. En todo caso luego de tramitado el amparo nada impide tramitar el juicio ordinario, dentro de los términos procesales previstos para cada uno, que son perfectamente compatibles según veremos a continuación.

C. La secuencia amparo-juicio ordinario

No ha pensarse que la elección del amparo en lugar del juicio ordinario implica la pérdida de éste: iniciado el amparo dentro de los quince días hábiles del acto lesivo, tenemos todavía los noventa días hábiles judiciales para decidir si hacemos o no el juicio ordinario⁴³.

⁴² No nos referimos a la garantía de un recurso breve, sencillo y rápido, sino a la garantía de que la sentencia en un juicio ordinario se produzca en un plazo “razonable”, como lo quiere el artículo 6.

⁴³ Sobre la cuestión de la cosa juzgada ver GOZAÍNI, *op. ult. cit.*, ps. 145/6.

Interponer el amparo no importa perder la vía ordinaria, sino tener dos vías en orden secuencial o sucesivo. Se lo privilegia en orden temporal e instrumental, no en atención a su “esencia” “intrínseca”⁴⁴.

Quien elige el ordinario pudiendo hacer el amparo, pierde éste; quien hace el amparo puede todavía hacer el ordinario, si no se olvida de los noventa días para iniciarlo, en el caso de la administración nacional.

Si para esa fecha el amparo no está terminado, el ordinario puede iniciarse bajo el principio de eventualidad procesal, y pedirse que se reserven los autos sin ordenarse el traslado hasta tanto se resuelva el amparo, o simplemente no dar traslado de la demanda por el plazo de perención de instancia, lo cual habitualmente será suficiente para tener decisión firme en el amparo.

D. La competencia *ratione loci*

Otra ventaja del amparo que lo hace más idóneo que la vía ordinaria es que la competencia lo es tanto por el domicilio del demandado –generalmente, la Capital Federal– como la del lugar en que el acto ha de producir sus efectos.

Ello permite litigar en el verdadero lugar de los hechos o efectos del acto, no en la sempiterna ciudad de Buenos Aires donde la concentración de población vs. cantidad de jueces es mucho más perjudicial a la posibilidad de ser oído en justicia.

También puede ser diferente la percepción de los hechos y por ende del derecho por parte de los jueces del lugar, a veces con beneficio para el actor.

IX. Conjetura, réplicas, refutación

No es difícil imaginar las réplicas a las afirmaciones precedentes. Las enunciaremos e intentaremos su respuesta.

A. Abroga la parte dogmática de la Constitución

Podría sostenerse que como el inciso 22 establece que tales tratados no derogan los derechos reconocidos en la primera parte y son complementarios de ella, entonces no prevalecen frente al artículo 43.

a) El razonamiento desconoce, sin embargo, que los tratados no están derogando ni denegando derechos reconocidos en la parte dogmática, si-

⁴⁴ Para ello, en todo caso, nos remitimos a la primera parte del capítulo I de nuestra obra citada en la nota 1.

no ampliándolos y complementándolos tan sólo en cuanto a la garantía de su implementación o cumplimiento. No hay pues contradicción alguna entre ambos.

b) De sentido análogo es la argumentación conforme a la cual la ley 24.309 que convocó a la Convención estableció que no se modificarían las declaraciones, derechos y garantías. El sentido de la norma es que no se *limitarían* los derechos, *no una prohibición de ampliarlos y menos en las vías procesales*: esto último es fundamental, *no se están modificando los derechos en sí sino tan sólo perfeccionando y ampliando sus medios de tutela*. No hay así modificación alguna a la parte dogmática. De todos modos, el argumento es especioso pues la ley que declaró la necesidad de la reforma requirió consagrar el amparo en la Constitución Nacional⁴⁵ lo cual ésta hizo de dos maneras: por las vías del artículo 43 y por la vía del artículo 75 inciso 22.

c) En cualquier caso, debe tenerse presente que el carácter supranacional de los tratados es preexistente a la Constitución; ésta no hace sino reconocerlos, pero de todos modos están por encima de ella.

B. La interpretación auténtica de la Constitución es otra⁴⁶

Es bien sabido que los textos se despersonalizan y desprenden de sus autores, y que las razones que los convencionales hayan expresado a título individual o de su partido para dar su voto unánime a la incorporación de los tratados, no altera lo que éstos dicen. El razonamiento por el “debate publicado”⁴⁷ recuerda la tesis de la *original intent* de ANTONIN SCALIA, que ha quedado justamente dejada de lado en el derecho norteamericano.

De todos modos el convencional informante del dictamen de mayoría, si bien recuerda la jurisprudencia que consideraba que el amparo es una vía excepcional, también declara que “El amparo es una institución central de la mecánica de garantías que establece la Constitución Nacional”⁴⁸ y en todo caso aclara que la jurisprudencia de la Corte sufre “innovacio-

⁴⁵ Ley 24.309, artículo 2°, apartado N. Que la inteligencia previa era amplia lo ratifica GARCÍA LEMA, Alberto, *La reforma por dentro*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1994, p. 251: “se lo considera una garantía *genérica* que tutela *todos* los derechos individuales cuando no exista otra vía *pronta* y *eficaz*”.

⁴⁶ Ver también lo dicho *supra* en el punto 4.5.

⁴⁷ Cuyas limitaciones son por otra parte sustanciales, según lo explicamos en distintas partes.

⁴⁸ Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4046.

nes” en el texto propuesto⁴⁹, entre las cuales se encuentra precisamente lo referido al “dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales”⁵⁰.

El mismo convencional informante concluye que “el desarrollo científico de estos nuevos temas no está terminado ni maduro”, pero que la fórmula propuesta es “un avance importante en la constitucionalización de la tutela. *No limita las posibilidades* sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela”⁵¹.

Parece injusto entonces, teniendo presente que el tema de los tratados lo trató otra comisión, reprocharle a ésta una supuesta interpretación restrictiva del artículo 43, que excluya los otros medios de tutela previstos en los tratados, en remisiones de otras partes del texto constitucional. En todo caso, también el Presidente de la Convención Constituyente ha dicho que con la reforma, el amparo “Ha dejado de ser el remedio de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario”⁵²; y esa era la interpretación de GARCÍA LEMA previa a la reforma respecto del acuerdo programático⁵³. Cuanto menos, pues, la cuestión es opinable.

No creemos por ello que en consideración a que triunfó el dictamen mayoritario, venciendo al de la minoría, pueda estimarse “curiosa”⁵⁴ esta opinión de Eduardo MENEM. Nuestra propia lectura del informe del convencional DÍAZ no respalda la opinión restrictiva, ni tampoco –según se ve– lo hace la interpretación ulterior del presidente de la Convención Constituyente, ni menos la anticipaba uno de los autores que instrumentó el pacto previo y también fue destacado convencional constituyente:

⁴⁹ Lo afirma dos veces: “Pero vamos a realizar esta tarea con algunas innovaciones”, p. 4047, y “Quiero referirme a algunas innovaciones que el texto que proponemos agrega a nuestra jurisprudencia, sobre todo la de la Corte Suprema”, p. 4049. Sus citas de jurisprudencia no tienen pues el valor de ratificación de ella, sino de explicación introductoria a la reforma.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 4049. Desde luego que la inclusión del artículo 75, inciso 22, dio lugar a un “áspero” debate autónomo, del que da cuenta PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. I, 3ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 80 a 91. La evolución jurisprudencial se advierte ya en algunos fallos recientes, de los que damos cuenta en *La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional*, Ed. Fundejus, Buenos Aires, 1995, en prensa. Ver también *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos*, nota en “La Ley”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 4 de setiembre de 1995, p. 28 y sus remisiones.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 4050.

⁵² DROMI y MENEM, *op. cit.*, p. 160.

⁵³ GARCÍA LEMA, *op. loc. cit.*

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 55, nota 11.

cabe razonablemente presumir que por la mayoría votó en el recinto lo que en su libro anterior a la Convención sostenía que era la *mens legis* del proyecto constitucional⁵⁵. Otras opiniones en la Convención fueron del mismo tenor⁵⁶.

Pero no es ése de todos modos el nudo de la cuestión, como jamás lo fue la discusión parlamentaria de norma alguna. El nudo de la cuestión en esta materia es *qué dicen los pactos internacionales* que el país ha suscripto y debe cumplir de buena fe. No nos enredemos en este punto con los *discursos transcriptos* (que tampoco reflejan los *debates reales*, acuerdos y consensos, obtenidos *fuera* del recinto) de la convención constituyente, pues perderemos el tiempo.

Si en la comisión del amparo vieron o no vieron qué aprobaban en la comisión de tratados internacionales, pero luego todos –mayorías y minorías, “vencedores” y “vencidos”– votaron todo en el plenario, dejémosle a sus propios autores discurrir acerca de qué pensó y quiso decir cada uno en el texto leído o transcripto para las actas, pero sepamos que ello sirve para una parte de la historia pero no es útil, en el caso, para la interpretación del derecho de los tratados internacionales. Es, en verdad, totalmente inatinerante.

Veamos las normas, simplemente, la doctrina y sobre todos los hechos: una justicia ordinaria a la que el sayo *giustizia ritardata giustizia denegata* le cae con toda la fuerza del *fugit irreparabili tempus*⁵⁷, por culpa de los poderes públicos que no designan jueces en número suficiente y de los jueces existentes que se rehúsan a resolver el fondo de los amparos.

Si el poder público no designa jueces, los poquísimos que existen⁵⁸ deben entonces decidir *siempre* en los amparos contra ese mismo poder pú-

⁵⁵ Nos referimos, claro está, al citado libro de GARCÍA LEMA, a la sazón Procurador del Tesoro de la Nación. Su jerarquía técnica y política previa y posterior en el mismo gobierno, en este contexto de discusión, merita pues tener en cuenta su opinión así expresada a la época de la Convención. La Convención comenzó sus sesiones el día 25 de mayo, y comentamos su libro el día anterior, en “La Ley”, 24/V/94.

⁵⁶ VELARDE, ps. 4140/1; CORACH, p. 4369; ARELLANO, p. 4284.

⁵⁷ Aunque a veces, bueno es admitirlo, son los propios letrados que apuntan a “lo opuesto, ... un tiempo esperanzadamente lento, a la espera del múltiple cambio que quizás jamás se dé” (*Ninguna clase de hombres*, “La Ley”, SJDA, 11 de octubre de 1995, p. 3). Otra faceta es la política temporal del tribunal, cuestión distinta a la duración de los juicios, que explicamos en el libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, capítulo II.

⁵⁸ O subsisten, pues aún el fuero federal guarda memoria de más de un magistrado que renunció y uno que literalmente *murió* por el *stress* causado por el atraso constante y sobre todo *creciente* de su juzgado.

blico que los condena a realizar la injusticia de la demora ordinaria, hasta que ello convenza al gobierno de integrar un poder judicial en que un juicio ordinario sea un trámite normal y no un calvario. Mientras tanto, que las medidas cautelares y el juicio de amparo sean, en palabras de ORTIZ ÁLVAREZ⁵⁹, “la tabla de salvación de la –desesperadamente lenta– justicia administrativa”. El tema, como se advierte, es universal⁶⁰, y la aproximación a él también. Nos falta acompasar el ritmo, nada más.

C. La doctrina lo considera excepcional (y “residual” o “heroico”)

Es un argumento de rancia autoridad, citado por el miembro informante al efectuar el *racconto* histórico previo a la constituyente, pero es replicable con la mayor autoridad de los tratados posteriores que él mismo dejó a salvo. Los tratados vigentes de manera alguna dicen que sea un remedio excepcional, sino al contrario indican que es normal. Mucho menos “heroico” o residual. Frente a la letra clara y expresa de los tratados, la vieja doctrina y jurisprudencia no hace sino probar su propio error en predecir el desarrollo futuro del derecho; más aún, es la *causa eficiente* de ese nuevo derecho; ahora, ya *in claris et expressis non fit interpretatio*.

D. Los tribunales se abarrotarían de juicios

En el juicio ordinario sólo es competente la justicia de la Capital Federal⁶¹, en tanto que en los amparos lo es la justicia federal *de todo el país*, según donde los efectos del acto hayan de cumplirse, con lo cual se amplía enormemente el ámbito jurisdiccional y se disminuye la supuesta amenaza de abarrotar los tribunales *de la Capital*, pues de eso y no de otra cosa se trata la eventual crítica que aquí tratamos.

Los amparos en todo el país le complican la vida a los abogados de la administración, sin duda, pero no a los tribunales federales del interior. El tratamiento de los amparos en el lugar de los efectos del acto tiene un interesante efecto adicional de desconcentración del poder jurisdiccional.

⁵⁹ ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS A., *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, EJV, Caracas, 1995, p. 13.

⁶⁰ Además de las diversas transcripciones que efectuamos de las obras más recientes de GARCÍA DE ENTERRÍA, es lo mismo que ya habíamos dicho en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. loc. cit.*

⁶¹ En la generalidad de los casos al menos, por encontrarse allí el domicilio del demandado y tal vez incluso del actor.

Por lo demás, la crítica supone reconocer que de poder hacer más juicios la gente los haría: hay supuestos de necesidad de acudir a la justicia que no colma la vía ordinaria porque el justiciable percibe que no le sirve; se concluye de la misma crítica que los justiciables, de poder hacer más amparos los harían, precisamente porque son más idóneos, en la percepción del justiciable, para la defensa de sus derechos lesionados. Al menos como primer acceso a la justicia y sin perjuicio de ocurrir luego a la vía ordinaria si ello es necesario.

En cualquier caso, cualquier abogado litigante sabe que no todo el que es derrotado en un amparo inicia el juicio ordinario, y ésta es también una verdad universal, aplicable hasta para las medidas cautelares⁶². De donde es perfectamente postulable que admitir el juicio de amparo en forma amplia como lo exigen los tratados no implica llevar más juicios a tribunales, sino menos y de menor duración; también, de menos esfuerzo tribunalicio, salvo el compromiso de la justicia de decidir en fecha cercana a los hechos, que tanto agravio no es. De cada amparo resuelto en cuanto al fondo –denegado o admitido, no importa– no nace un juicio ordinario posterior. Simplemente, no es cierto. El amparo aligera la carga tribunalicia mientras aumenta las chances de los justiciables.

E. No tiene procedimiento. Crea inseguridad jurídica. La ley lo limitará. Hay que reformar el sistema

Esta observación sólo implica que la jurisprudencia debería una vez más actuar como en los casos *Kot* y *Siri*, o aplicar analógicamente *el procedimiento* (no las restricciones) del amparo de la ley *de facto* 16.986.

– Una variante argumental es que la falta de procedimiento crea inseguridad jurídica, lo que como vemos no tiene razón de ser pues la incertidumbre se resuelve sin demasiado problema. Parece un argumento extremo: es como decir que se tiene miedo a que haya justicia⁶³. La “inse-

⁶² Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 339, quienes pierden la cautelar o un proceso sumario a veces ya desisten de proseguir el juicio ordinario, sea porque advierten que no tienen derecho, o porque –agregamos nosotros– advierten que no se lo reconocerán. Es lo que pasa con muchos amparos: así por ejemplo en 1995 una írrita intervención a la CNT, justamente anulada en primera instancia a través de un amparo, encontró solución diversa en Cámara: ya nadie intentó la vía ordinaria, ni siquiera el Defensor del Pueblo en defensa objetiva de la ley.

⁶³ Se trata de una variante de la “búsqueda de lo incondicionado” a que hiciera referencia CARRÍO y que explicamos en la primera parte del capítulo I de la tercera edición del primer tomo de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, como también en el primero a la primera edición del tomo 2.

guridad” es, en buena hora, del que comete las violaciones que dan lugar al amparo, no de quienes ven sus derechos violentados por el poder público.

– Un enfoque diferente del mismo temor es afirmar que si el juicio ordinario no sirve, no hay que extender el amparo sino que hay que reformar el sistema⁶⁴. Pero ello es no advertir que ese problema lo vieron los tratados y previeron como solución *precisamente la reforma del sistema*, pero no la reforma como la sueña el crítico, sino la *reforma como la vieron los pactos: haciendo el amparo accesible a todos*. Coincidamos o discrepemos, pero no olvidemos que ese es el sistema de los pactos y por lo tanto el sistema del derecho interno que los jueces deben aplicar.

– Otra variante de esta crítica es que el legislador vendrá inmediatamente a limitar de nuevo el amparo⁶⁵: ello olvida a) que ahora hay un *texto supranacional*⁶⁶; b) que el legislador no es *de facto* como en la 16.986; c) que el propio tribunal nacional tal vez no guarde el silencioso acatamiento que antaño brindó la Corte a aquel decreto-ley; d) que ahora existe también recurso ante el *tribunal supranacional*. Tal vez más que apurarse a regular y limitar el amparo, el legislador debiera tomar guía de la Constitución de Salta que en su artículo 85 establece que “Son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta acción”.

F. Importaría la desprotección de quienes ven lesionados sus derechos

Ello no es así porque no pierde la vía ordinaria, si es que se supone que ella es más apta⁶⁷. En cualquier caso, para eso están los abogados que resolverán cómo mejor aconsejar a sus clientes para la mejor defensa de sus derechos⁶⁸: si consideran que el amparo los perjudica, su deber profesio-

⁶⁴ NATALE, *op. cit.*, p. 65, quien agrega “pero esa harina es de otro costal.”

⁶⁵ En tal sentido SAGÜÉS, *op. cit.*, III-7.

⁶⁶ Ver el artículo *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos*, citado.

⁶⁷ La defiende desde el ámbito tribunalcio SAGÜÉS, *op. cit.*, punto III-3: “es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos... que la acción de amparo”: trátase de explicárselo a un justiciable, desde el otro lado del mostrador.

⁶⁸ Como dice COLAUTI, *op. cit.*, p. 245, “el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio más idóneo se halla a cargo de la asistencia letrada”.

nal será no utilizarlo. Pero quienes discrepan no tienen el derecho de impedirles hacerlo a quienes piensen de otra manera.

Desde el punto de vista del actor, la vía del amparo es óptima: permite conocer de inmediato la posición de la administración, acceder a la documentación de que ésta se haya intentado valer, contestarla y quedar luego en condiciones de iniciar la vía ordinaria con mejor conocimiento de causa, si el pronunciamiento en el amparo le es adverso. Es, como se ve, especialmente apta para la defensa de los derechos de los ciudadanos y particulares en general. Quizás por eso desde el ángulo del poder se lo ve con disfavor: pero es el poder quien pierde protección; el individuo la gana.

Es que, en última instancia, está en juego la visión que se tenga de la justicia: si reconocemos que en el mundo hay por doquier una “dilación escandalosa de los procesos”⁶⁹, entonces es inevitable admitir con GARCÍA DE ENTERRÍA y ESTOUP que “‘el honor de la justicia’, nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos”⁷⁰.

G. Se desnaturalizaría el amparo

Este argumento olvida que las instituciones no son eternas, cambian, y en el presente caso existe el cambio fundamental de la introducción de un orden jurídico supranacional que debemos cumplir en el orden interno. No todo cambio es progreso, pero tampoco se puede decir que todo sea negativo porque sea cambio. Por lo demás, en el derecho comparado es común ver al amparo como el modo específico de tutela de garantías constitucionales.

– En otra variante, se puede argumentar que de este modo se “devalúa” el amparo⁷¹. Esto supone que en lugar de ser una medida excepcional, pasaría a ser moneda corriente⁷². Para este tipo de criterio, una vía

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 338.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 344, citando al juez francés ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédure d'injonction*, París, 1990, p. 11, a quien también recuerda en la página 134.

⁷¹ Que el temor a la inflación sigue pesando en el inconsciente colectivo lo demuestra el reiterado uso del término en SAGÜÉS, *op. cit.*, punto III-5. Pero el amparo no es moneda.

⁷² Similar es el temor de NATALE, *op. cit.*, p., 64, de que “terminaríamos transformando al procedimiento especialísimo en un vulgar trámite ordinario, con el disloque se causaría”. Esto se parece en fondo a la disidencia de BARCESAT en la Convención, en el

judicial usual y corriente es una medida judicial devaluada. ¿Solamente una vía judicial casi inaccesible por tardía y costosa es una medida “valiosa”?

– Todavía una variante más del mismo argumento es sostener que se “ordinarizaría” el amparo. Pero se olvida que no es infrecuente que un juicio iniciado como amparo efectivamente se ordinariza a instancias del actor, a lo que mal puede oponerse el demandado pues teóricamente le ofrece mayor amplitud de defensa y prueba. Si la crítica es que el amparo se torna en vía común, de principio, general, entonces el argumento está en un círculo vicioso: según las normas supranacionales, efectivamente es la vía ordinaria, de principio, general, para la primera defensa de derechos y libertades fundamentales. Lo que no excluye la ulterior defensa en juicio ordinario.

– Otra variante de este argumento es que se “amparizaría” el juicio ordinario. Este argumento olvida a) que el juicio ordinario de todos modos puede hacerse luego, no se lo “elimina”; b) que también un juicio ordinario puede perder sentido como tal en la vía diaria, por ejemplo cuando se declara la cuestión de puro derecho, o no hay pruebas de importancia como es frecuente en el caso de la administración pública que ya ha tramitado largos expedientes de los cuales surge la verdad o falsedad de los asertos de cada uno. En estos supuestos es el ordinario que se ha desnaturalizado y podría perfectamente haber tramitado como amparo.

H. Lleva al “gobierno de los jueces”

Como recordaba FIORINI, “no le temo a la dictadura de los jueces, le temo a la dictadura de la administración”; o como dice BICKEL, recordado por BARRA, es “la menos peligrosa de las ramas de gobierno”⁷³ y ciertamente la más necesaria para la tutela de los derechos.

I. Dejaría abierta la vía supranacional

Más que una crítica, es una constatación: rechazado el amparo (incluido el recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara) por motivos

sentido de que el amparo es una vía “regia”. Ni “regia”, ni “vulgar”, simplemente normal para toda violación de la Constitución. Si normal es que violen la Constitución, normal deberá ser que encontremos tutela. Por ello no nos parece “sagaz”, como considera GELLI, *op. cit.*, p. 55, nota 11, la observación de SAGÜES en el sentido que la posición de BARCESAT “resultó derrotada”: las ideas no se ganan ni vencen en votación, son tan sólo hipótesis y conjeturas sujetas a refutación (como ya lo explicamos en la primera parte del capítulo I del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*).

⁷³ BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, citado por BARRA, *op. cit.*, p. 1089.

formales y no de fondo, quedan agotados los recursos internos y se encuentra expedita la acción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por lesión a la garantía de acceso a la justicia en el derecho a tener un recurso “sencillo y rápido” “ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención” (art. 25 inc. 1), y a “que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado” decida “sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (art. 25 inc. 2).

Habida cuenta del hecho de que la Nación a veces transa estos juicios en la Comisión para no ser llevada ante la Corte Interamericana, y que tales transacciones son obligatorias en el derecho interno, no se trata de una advertencia baladí.

J. Elimina el privilegio del procedimiento administrativo previo

Sí⁷⁴.

X. Un día en la justicia

En la vida profesional, cuando un juez nos escucha de pie⁷⁵ un apurado alegato de cinco minutos en pro de una cautelar y efectivamente decide, por sí o por no, en ese corto lapso, nos quedamos satisfechos al menos con que hemos sido oídos. La famosa frase norteamericana de tener “un día en la justicia” puede traducirse aquí como tener “cinco minutos en la justicia”, y ciertamente no con sentido peyorativo: al menos tenemos la satisfacción de que alguien imparcial e independiente nos diga su visión de lo que para él es el derecho en el caso concreto. Quedaremos satisfe-

⁷⁴ CNFed. Contencioso administrativo, Sala III, “Schroeder”, “La Ley”, t. 1994-E, p. 449, cons. IV, c); CNFed. Paraná, “Velázquez”, “Jurisprudencia Argentina”, 28-XII-94; PALACIO, *op. cit.*, II-2; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 312; RIVAS, *Pautas, op. cit.*, IX; QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 113. Como dice con acierto BARRA, “el amparo no es subsidiario de las vías administrativas, precisamente porque el agraviado precisa de una acción expedita y rápida, sin estar sujeto a ninguna clase de agotamiento de la instancia administrativa”, aunque a su juicio la interposición del amparo no empece a la articulación de los recursos administrativos (*op. cit.*, p. 1093).

⁷⁵ Esto no es una figura de lenguaje, es una realidad que vivimos constantemente. La vieja afirmación española del siglo XIX de que en la instancia contencioso-administrativa la justicia resolvía “sentado” lo que la administración había resuelto “de pie”, es ahora al revés: lo que la administración resolvió sentada, lo trata el juez de pie. *Otempora*.

chos o insatisfechos con el resultado final, no lo quedamos con el rápido pronunciamiento jurisdiccional. Hemos tenido acceso a la justicia.

Cuando en un juicio ordinario nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia.

Con mayor razón tenemos entonces acceso real a la justicia en el amparo, en que el juez da traslado a la administración, ésta aporta los expedientes, se da nuevo traslado de ellos, se pide algún otro informe o prueba en su caso y se adopta una decisión, a favor o en contra, en un plazo de semanas. En un total de tres meses generalmente tenemos la confirmación o revocación de Cámara y ya el recurso extraordinario es una espera menos angustiante.

El amparo es al menos el equivalente a un día en la justicia. Para la vigencia concreta de los derechos individuales, es mejor que una página en la historia. No lo desinterpretemos con nuestros prejuicios y temores, pues la realidad es otra: en lo que va desde la reforma constitucional, el ámbito real del amparo se ha ampliado, pero no ha habido ningún trastocamiento institucional⁷⁶. Simplemente se ha afianzado la justicia.

Elijamos la segunda o la tercera variante u otras parecidas, no caigamos otra vez en variantes renovadas de la “naturaleza programática” de los tratados internacionales.

⁷⁶ Un recuento de algunos casos se encuentra en GELLI, artículo citado, p. 56, punto V. Otros casos son publicados en el SJDA de “La Ley”.

El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos

Daniel A. Sabsay

I. Introducción

El capítulo a nuestro cargo da comienzo con un breve desarrollo sobre la evolución de nuestro derecho público en la materia, en particular como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, como así también sobre los antecedentes generales del instituto del amparo. Luego, nos ocupamos de los cambios ocurridos en el texto constitucional a partir de su enmienda en todo lo que hace a la ampliación del “garantismo”.

Aclarados estos puntos, observamos el “amparo colectivo”, en particular. Se trata de una especie del género amparo abarcativa de la defensa de cierto tipo de derechos con claras consecuencias en el campo procesal-constitucional. Si bien el “amparo colectivo” presenta, *grosso modo*, las mismas características generales de tipo procedimental de su antecesor, sin embargo, encuentra una esfera de acción diferente como consecuencia de ciertos rasgos que le son propios.

Luego, consideramos al amparo como nueva vía para el control de la constitucionalidad de las normas a través de la justicia, como asimismo, las consecuencias de la extensión de la esfera de derechos que ella protege. Este punto nos lleva a centrar nuestra mirada en los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el texto de los tratados internacionales, materia que se entronca con otra de las enmiendas más trascendentes de la reforma constitucional.

Recurrimos a la observación de casos significativos, resueltos por la justicia luego de la reforma constitucional, tratando de encontrar bases generales de interpretación. Por último, efectuamos algunas consideraciones.

II. El derecho público argentino en la materia

A. Constitución del 53/60

Nuestra constitución histórica sancionada en 1853, como típico exponente de ley fundamental decimonónica, o sea fiel a los postulados del

constitucionalismo clásico, no hace referencia alguna a las garantías procesales constitucionales a favor de las personas eventualmente afectadas en el goce de sus derechos y libertades, con excepción de las garantías del proceso penal (art. 18, CN). La consagración de estos institutos en el derecho público nacional ha sido una creación de tipo pretoriano, es decir que su introducción ha sido la obra de la jurisprudencia, seguida luego por la legislación. Es de destacar que en materia de garantías el constitucionalismo provincial se adelantó al nacional. Es así como en éste, desde mediados de la década pasada, aparece un interesante abanico de garantías, que entre otras cuestiones, consagran el reconocimiento y la defensa de los derechos de tercera generación, permitiendo el acceso a la justicia a quienes invocan la protección de intereses colectivos o difusos. Merece destacarse que estas disposiciones ya contaban con numerosísimos antecedentes en la legislación general de cada provincia.

B. La reforma del 94

La reforma constitucional de 1994 marca un verdadero punto de inflexión en la evolución del derecho público nacional en la materia. En el fenómeno han incidido de manera preponderante el derecho público provincial de conformidad con lo ya comentado, y, por supuesto, el derecho comparado. Los cambios giran, principalmente, en torno a la incorporación de un nuevo capítulo a la parte dogmática –“*nuevos derechos y garantías*”– y de la modificación del régimen de los tratados internacionales.

Una serie de artículos ingresados con la reforma, tienden básicamente a modificar y aumentar el plexo de derechos, libertades y garantías individuales. Este acrecimiento se visualiza no sólo a través de artículos que explicitan o expresan muchos de los que eran considerados “derechos implícitos” con base en el art. 33 de la CN, sino también por la norma del art. 75, inc. 22, que otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia precisamente de derechos humanos (ALICE, 1995:3). A lo apuntado es importante agregar que dentro del citado capítulo se institucionalizan, por primera vez, las garantías individuales.

La Constitución en su actual redacción presenta cuatro garantías, dos de las cuales ya existían con anterioridad en la ley –el amparo individual y el *habeas corpus*– aunque ahora se les ha dado una extensión mayor; a ellas se suman dos nuevos instrumentos: el *habeas data* y el amparo “colectivo”. Estas dos últimas han sido tomadas del derecho provincial, pues la mayor parte de las constituciones de provincia, ya las habían adoptado tiempo atrás.

A los efectos del presente trabajo juzgamos trascendente la consideración del instituto del amparo colectivo que venimos de mencionar. Ello es así dado la extensión de los derechos cuya protección se ve satisfecha a través de esta figura, muchos de los cuales surgen del texto de tratados internacionales. Además, la amplitud que reconoce en materia de legítima-

ción para el acceso a la justicia le brinda ciertas características propias a una democracia participativa, pues da la posibilidad de que se persiga la defensa de intereses colectivos.

III. El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales

Se ha definido comúnmente al amparo como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos de la libertad física (pues ella está protegida por el *habeas corpus*), que tiene un ámbito diferente al de los procesos ordinarios, por cuanto éstos –por su propia naturaleza– no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente conculcados, lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo (ЕКМЕДЖАН, 1991:227).

A. Consagración y evolución en el derecho argentino

El amparo aparece por primera vez en América Latina en la Constitución mexicana de Yucatán de 1840 y luego es retomado en todo su vigor por la de 1917. Esta ley fundamental al igual que la de Brasil, bajo la denominación de Mandato de *Segurança* le dan gran fuerza a la institución. Es de destacar la ley orgánica del amparo de Venezuela de 1985, la que constituye un verdadero código en la materia. Pero, a nivel de nuestro continente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prevé la aplicación del amparo en su art. 25 a los países signatarios del mismo. Dicha disposición establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales. Recordemos que este tratado tiene jerarquía constitucional luego de la reforma constitucional del 94, con las consecuencias jurídicas que ello importa en lo que hace a su imperatividad.

En nuestro país el amparo tuvo su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los famosos *leading cases* “Siri” y “Kot”, que admitieron, pese a la ausencia de regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el *habeas corpus*, ya que se estimó que los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclamaban de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio plenos de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho (Fallos, 239:463). En el caso “Siri” se protegía la libertad de prensa frente a una violación del poder público. Mientras que en el otro precedente se admitió la acción respecto de una violación proveniente de particulares.

El Alto Tribunal en la mencionada jurisprudencia determina las características de la acción al tildarla de excepcional. Asimismo, considera que ella está reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales del hombre. La regulación legislativa recién aparecería una década después (1966-68) con la sanción de la ley 16.986 que reglamentó el amparo contra actos de autoridad, mientras que en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se da cabida a esta acción cuando va dirigida contra actos de particulares (art. 321, inc. 2º).

Sobre el perfil de la institución en nuestro derecho público, nos parecen importantes las siguientes observaciones de uno de los más destacados estudiosos de las garantías procesales de rango constitucional: “hemos interpretado, desde su sanción, que la constitucionalización del amparo importó –como se desprende de la lectura de la norma– emancipar a esa nobilísima institución de cualquier vasallaje procesal. Su ejercicio –en las condiciones y observando los presupuestos que determina la misma disposición– es directo, principal y no subsidiario” (MORELLO, 1995:1). Luego, nuestro autor trae la opinión del ministro de la Corte Suprema, BELLUSCIO, quien ha precisado con rigor el verdadero emplazamiento del amparo en el marco de la Constitución, habida cuenta de que el obvio carácter iuspublicista de la institución y su valor instrumental, es decir, de instrumento ágil, eficaz y expeditivo para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, obliga a centrar el examen de la conducta estatal (lo mismo de ser la de los particulares, o grupos económicos) que “en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos que la Constitución Nacional consagra en favor del actor”.

En relación con las cuestiones procesales el citado magistrado consideró que la Corte Suprema ha subrayado con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos, 239:459; 241:291; 307:2174, consid. 10). Se trata de la opinión del Dr. BELLUSCIO contenida en el fallo “Video Club Dreams vs. Instituto Nacional de Cinematografía” del 6/6/95.

B. Cambios ocurridos luego de la reforma constitucional de 1994

La incorporación del amparo al texto constitucional ha redundado en importantes innovaciones en relación con lo que establece la ley 16.986 y los arts. 321, inc. 2º, y 498 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, la norma constitucional prevé las dos formas de amparo ya reguladas en nuestra legislación –contra actos del Estado y contra actos de particulares– y exige para su admisibilidad formal la inexistencia de otro medio judicial hábil para hacer cesar la violación, res-

tricción ilegítima o peligro que impida el goce y ejercicio de un derecho. En este punto nos parece importante aclarar que aunque existieran otras vías judiciales, para que el amparo sea de todas maneras viable basta con probar que las primeras no resultaban aptas para lograr la protección que se persigue y en definitiva conseguir que cese el acto que origina la lesión. Es decir que el amparo resulta ser más apto y efectivo para dar cumplimiento a este objetivo que los restantes caminos procedimentales.

Sobre lo antedicho nos parece importante la siguiente reflexión: “Es dable (...) interpretar que en esta referencia al medio judicial más idóneo, el hecho de que la norma omita aludir a vías administrativas equivale a no obstruir la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa” (BIDART CAMPOS, 1995:312).

El constituyente ha seguido la redacción del art. 1º de la mencionada ley para categorizar los actos respecto de los cuales puede interponerse la acción de amparo, destacándose que la lesión al derecho afectado puede también provenir de un “no hacer” y no sólo de un acto positivo.

La nueva norma constitucional permite el ejercicio de esta acción no sólo para garantizar el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquéllos contemplados en tratados internacionales o en leyes comunes. Dado el nuevo orden de prelación de las leyes, surgido de las modificaciones introducidas en el artículo 75, incisos 22 y 24, esta ampliación del ámbito de actuación del amparo resulta trascendente y le concede un alcance compatible con la protección que intenta otorgar a los derechos humanos la comunidad internacional.

Además, y en consonancia con lo que expresaba una doctrina cada vez más numerosa, el constituyente avanza en materia de control de constitucionalidad, ya que le concede al juez que entienda en la acción la potestad de “*declarar –precisamente– la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”, solución que por otra parte ya había sido enunciada por la Corte Suprema de Justicia en el célebre caso “Peralta” (“La Ley”, t. 1991-C, p. 58; “El Derecho”, t. 141, p. 523, y “Jurisprudencia Argentina”, t. 1991-IV, p. 66).

A diferencia de los antecedentes citados, ahora estamos frente a una acción, ante un acceso supletorio a la jurisdicción. Debe tratarse de actos de arbitrariedad o de ilegalidad manifiesta, sin embargo la prueba no puede ser dificultosa o pesada, pues de ser así pierde el instrumento su carácter de remedio procesal rápido y expedito. Por otra parte, debe existir lesión actual o amenaza cierta de ello.

El gran cambio que la nueva norma plantea también se refleja en el tema crucial relativo a la legitimación activa. Es decir a la amplitud que se le concede a los eventuales accionantes. Sobre este tema trataremos en el próximo capítulo, ya que exige hacer una clasificación de las personas legitimadas en función del tipo de interés perseguido y del tipo de acción individual o colectiva que se pretenda deducir.

IV. El denominado amparo colectivo

En materia de garantías, la modalidad más novedosa para nuestro derecho público incorporada por la reforma constitucional es, sin lugar a dudas, el amparo colectivo. El art. 43, CN, establece al respecto:

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización” (2º párrafo).

Abordaremos nuestro tema a través del análisis del concepto, de su alcance y caracteres, para luego observar los campos que él protege.

A. Concepto. Alcance y caracteres

Se trata de una ampliación del amparo individual o clásico. Esta extensión involucra a dos elementos de la relación susceptibles de suscitar el ejercicio del amparo; ellos son: los derechos afectados o restringidos y los sujetos legitimados para su interposición. En cuanto a lo primero la nueva norma constitucional avanza sobre la regulación legal de la acción y en consonancia con los derechos consagrados en los nuevos artículos 41 y 42, amplía el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente y del consumidor, junto a los restantes derechos que persiguen la defensa de intereses difusos y/o de carácter colectivo. Asimismo, irrumpe en la consideración de la problemática de la discriminación, como causal pasible de ser invocada para el acceso a la jurisdicción.

En relación con el primer punto nos encontramos frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva (expresión a la que recurre el propio constituyente en la redacción de la citada disposición). Detrás de esta categoría de derechos subyace una gama variada de intereses difusos, cuya violación afecta a la ciudadanía en su conjunto o por lo menos a una importante porción de ella, sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares de resultados de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios.

Sabido es que los derechos de tercera generación persiguen la protección de intereses difusos. Es decir de aquellos intereses que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias. Estos caracteres plantean una seria dificultad de tipo procesal en cuanto a la defensa jurisdiccional de estos intereses. Se trata de determinar quién está habilitado para accionar ante la justicia, cuando no se puede invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo para ello. Y, de es-

te modo nos introducimos en la consideración del segundo elemento invocado al comienzo, el problema de la legitimación activa.

Esta cuestión ha sido tratada y ha evolucionado, sobre todo, en relación con la defensa del derecho a un ambiente sano. Se trató de resolver el problema del hombre y su entorno vital. La humanidad se enfrenta con la cuestión de establecer un ordenamiento jurídico que regule las relaciones de derecho público y privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional de los recursos humanos y a la preservación del medio ambiente, con el propósito fundamental de asegurar una calidad de vida sana y equilibrada y, a la vez, mantener un desarrollo sostenible que garantice iguales condiciones para las futuras generaciones. Además, la defensa muchas veces debe concretarse antes de producirse la lesión, o sea ante la amenaza que puede provocar un proyecto o una obra o un uso a darle a un recurso. Por lo tanto estaremos frente a la necesidad de articular una acción preventiva que se adelante al acaecimiento de los hechos de manera de evitar la producción de daños. Frente a tal situación, ¿quiénes se encuentran legitimados?

Se trata de un gran desafío para el derecho procesal y para el derecho administrativo. Se amplía el trípede: derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple. Estamos en presencia de una situación particular ya que estos intereses no están en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran diseminados entre todos los integrantes de la comunidad. Además, los afectados no están relacionados entre sí por medio de un vínculo previo y concertado. De todos modos queda en pie la necesidad de protección debida a los intereses cuando ha habido perjuicio. Pero, perdura la dificultad cuando el mismo no ha ocurrido.

El derecho constitucional va dando respuesta, desde su óptica, a una altísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados, pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental. Se trata de una coparticipación colectiva de intereses.

¿Cómo proteger entonces la lesión al ambiente o a otro bien de tipo colectivo? Surge entonces la necesidad de ampliar la clásica trilogía. Deben ingresar los intereses difusos en la jerarquía constitucional. En la especie se tiene parte en un interés colectivo y supraindividual, ello constituye la faz subjetiva de la cuestión. Es decir que si bien no se puede demostrar un perjuicio personal o actual, de todos modos quien participa de esta suerte de relación consorcial, compuesta por todos los damnificados actuales o potenciales, puede invocar una suerte de “cuota parte” que, en tanto partícipe en la cuestión, le da derecho a recurrir a la justicia.

B. Soluciones al problema de la legitimación

1) Modelos comparados:

- a) Ombudsman.
- b) El “denunciante” o “fiscal privado” (Gran Bretaña).
- c) Organizaciones no gubernamentales registradas a esos efectos.
- d) *Class actions*. En los EE.UU. se trata de una modalidad contemplada sobretudo a nivel estadual. Ellas son muy utilizadas en las demandas por actos ilícitos extracontractuales. Caso de la multa impuesta por un jurado de Alaska a los accionistas de la Exxon Corporation, a favor de los vecinos de ese Estado. Era sólo necesario acreditar la residencia allí.
- e) Acciones populares. Un ejemplo de este tipo de instrumento lo encontramos en la constitución de Colombia (1991). Varias constituciones provinciales han elegido esta solución, al igual que la de la Ciudad de Buenos Aires (cf. arts. 14 y siguientes).
- f) Amparo colectivo. Ahora incorporado a nuestra ley fundamental.

2) Argentina, antecedentes:

Tribunal de 1ª Instancia Civil, Com. y Minas de Mendoza n° 4 (2/VIII/86): “es procedente recurrir a la acción de amparo para brindar efectiva protección a los intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares hagan ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (...), para resolver la cuestión acerca de la legitimación de quienes requieren protección jurisdiccional para los intereses colectivos por su pertenencia indiferenciada a un número indeterminado de personas, las técnicas clásicas de protección jurisdiccional se revelan ineficaces, tal vez porque están imbuidas de un criterio excesivamente individualista y patrimonial de la juridicidad”.

Ley 10.000 de Santa Fe de protección de intereses difusos: se trata de un medio procesal abreviado. Desde su inicio, sin necesidad de prestar fianza, se traba una medida cautelar para evitar mayores perjuicios. Si se admite la demanda, el juez debe indicar concretamente la conducta que deberá observar la autoridad y el plazo dentro del cual deberá hacerlo. Salvo en caso de propósitos manifiestamente maliciosos, el actor popular nunca puede ser condenado en costas, alentándose así la participación cívica. Incumplida la sentencia dentro del plazo fijado al efecto, el juez, a petición de parte, puede adoptar todas aquellas medidas que procedan en derecho para que la sentencia se cumpla, pudiendo aplicar sanciones pecuniarias personales al funcionario contumaz y sin perjuicio de remitir los antecedentes a la justicia penal para que se le inicie proceso por incumplimiento de los deberes de funcionario público. Pueden promover esta acción los habitantes de la provincia que posean un interés simple o difuso lesionado. También pueden promoverla el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas o asociaciones específicamente constituidas con la finali-

dad de defender el interés en juego. Ella se da contra cualquier decisión, acto, omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o personas o entidades privadas en ejercicio de funciones públicas que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia.

3) La legitimación en el artículo 43, CN

La reforma reconoce legitimación propiamente dicha a favor de tres sujetos:

a) El “afectado”: decíamos que la situación ha quedado en cierto modo despejada con la instrumentación de esta herramienta jurídica (el amparo colectivo), aunque no totalmente, pues todavía falta la disposición legal o la interpretación judicial que fije el verdadero alcance de los legitimados. El término afectado resulta por demás enigmático y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Por una parte, una visión restringida, estima por “afectado” a aquel que es titular de un derecho subjetivo. Por otra parte, la posición amplia, piensa que una interpretación conjunta de los términos “afectado” y “derechos de incidencia colectiva en general”, permite suponer una consagración de la legitimación para actuar, a cualquier afectado en reclamo de derechos colectivos. Para el análisis de este tema recomendamos la lectura de los siguientes autores: Favorables a la postura amplia: WALSH, J. R.: *El medio ambiente en la nueva Constitución argentina*, “La Ley”, Suplemento de Derecho Ambiental, año 1, n° 1, 6/12/94). Sostienen una interpretación similar, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, y *La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución*, “El Derecho”, 6/2/96; MORELLO, A. M., *El amparo después de la reforma constitucional*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, 1994, n° 7; GOZAÍNI, O. A., *La noción de afectado y el derecho de amparo*, “El Derecho”, 22/11/95.

SAGÜÉS, MORELLO y BIDART CAMPOS entienden que con la palabra “afectado” se cubre la legitimación para amparar intereses difusos (de incidencia colectiva general). Se debe acreditar un mínimo interés razonable y suficiente, de conformidad con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales. El derecho subjetivo está reservado para la primera parte del artículo, en cambio en la segunda es evidente que no se contemplan agresiones o daños de carácter personal o particular, sino que se está aludiendo a derechos supraindividuales de incidencia colectiva, que no son otros que los llamados intereses difusos.

En la vereda de enfrente, es decir favorable a la doctrina restringida que asimila al afectado con el titular de un derecho subjetivo y por lo tanto que persigue la satisfacción de un interés legítimo, se ubican principalmente CASSAGNE, quien considera que “si bien la cláusula constitucional

permite interponer esta acción a toda persona (art. 43, 1ª parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir, de una persona que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular al que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y Asociaciones de interés público) la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares” (CASSAGNE, 1995:3, y en el mismo sentido, BARRA, 1994:1043).

b) Defensor del pueblo: su habilitación es una resultante del papel que cumple este nuevo actor institucional como instancia pública de defensa de los intereses generales.

c) Asociaciones registradas: en este punto surge una importante tendencia jurisprudencial que ante la ausencia de sanción de la ley reglamentaria prevista en el texto constitucional, le brinda una amplia capacidad de acción a distintas categorías de organizaciones. De acuerdo con un fallo de la justicia federal “debe modificarse el criterio según el cual un caso en justicia es sólo aquel en el que se controviertan derechos propios de las partes adversarias. Los derechos de incidencia colectiva son representados por asociaciones que no necesariamente tienen que estar afectadas –al menos en forma directa– por el entuerto que procuran remediar. Se trata de la defensa potencial –ya sea por razones ideales, o por conveniencia política de derechos del conjunto, que no se quiere dejar sólo en manos de los afectados directos” (Asociación de trabajadores del Estado c/Armada Argentina s/amparo, Cámara Federal de La Plata, Sala de FERIA, 15/1/97).

C. La experiencia en el campo del medio ambiente

Como adelantáramos precedentemente, la defensa de los intereses difusos y la ampliación de la legitimación activa para posibilitar la apertura de la justicia, rompiendo con los esquemas procesales clásicos, ha venido de la mano, en gran medida, de la defensa del ambiente. Precisamente en la Argentina, ha sido una sentencia en esta materia la que poco después de la reforma ha abierto la instancia jurisdiccional de resultados de la utilización de este tipo de amparo. Al respecto veamos los siguientes precedentes:

Un pronunciamiento de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala III, 8/9/94 (“Schroder, Juan c/Estado Nacional, Secretaría de Recursos Naturales s/amparo”, “E. D.”, 14/12/94), ha establecido una primera interpretación del alcance de la legitimación que establece la norma a los efectos de la defensa de intereses de tipo colectivo. Al respecto, le reconoce legitimación a un vecino de la localidad elegida para la construcción de una planta de tratamiento de residuos peligrosos. El nombra-

do entra dentro de la categoría de “afectado” y se considera válida su pretensión de anular el correspondiente procedimiento licitatorio. En lo relativo a esto último, la sentencia hace valer el derecho consagrado en el art. 41 de la Constitución Nacional. Asimismo considera, luego de una detallada fundamentación que en la especie no se ha cumplido con los requisitos de evaluación del impacto, ni de celebración de audiencias públicas, prescriptos en la ley 24.051. En cuanto a la legitimación del amparista la Cámara expresa que “el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego, los requisitos señalados, ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”

Luego del citado fallo se produce otro pronunciamiento en el mismo sentido (“Seiler, M. L. c. MCBA s/amparo”, CNCiv., Sala D, agosto 28/1995, publicado en “El Derecho”, 22/11/95, con nota de O. Gozáñi). Nos parecen relevantes los siguientes considerandos de dicha sentencia: “Cualquiera sea la posición que se adopte frente al art. 43 de la Constitución Nacional, no cabe duda de que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentra ubicado a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de un modo directo”

En la causa “Moro y otros c/Municipalidad de Paraná”, recientemente resuelto por el Tribunal Superior entrerriano, los magistrados intervinientes en las dos instancias del juicio adhieren a la postura amplia de consideración del término “afectado”. En tal sentido su actitud se inscribe en el mismo camino que con posterioridad a la reforma constitucional han transitado los otros dos casos citados. En el presente fallo, al igual que en los dos anteriores el “afectado” aparece de algún modo bajo el ropaje de “vecino”. Es cierto que en esta sentencia no se utiliza el término, como en sus precedentes, pero de hecho se le reconoce calidad de amparistas a un grupo de personas que en su calidad de ciudadanos y de vecinos próximos al lugar donde se está efectuando la construcción de un albergue deportivo, se sienten agraviados por los efectos que sobre el ambiente producirá dicho emprendimiento. En este caso se extiende la noción de ambiente a la defensa del patrimonio histórico y cultural, ya que la obra que se estaba efectuando atacaba el Parque Rivadavia en su fisonomía y modo de utilización y por ello producía un daño grave e irreparable (de llegar a su culminación) en el entorno “histórico-referencial” dentro del cual transcurre la existencia de una comunidad humana.

D. Amparo colectivo y discriminación. Operatividad de los tratados internacionales

En materia de discriminación, la figura ofrece un amplio campo de acción que permite la aplicación en ámbitos diversos de aquéllos estrictamente contenidos dentro de los derechos de tercera generación. Así, nos parece que esta consideración puede abrir la legitimación a grupos o individuos que invoquen un interés de resultados de actos u omisiones basados en normas que desconocen de manera arbitraria y manifiesta los derechos fundamentales surgidos de la Constitución y de los tratados internacionales, sobre todo aquellos que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Todo este tipo de transgresiones, en la medida que afecten los derechos sociales, políticos, culturales o económicos, pueden traer aparejada la discriminación que menoscaba a un grupo determinado de personas, sea por su posición económica o social o por cualquiera de las restantes causales consideradas en el derecho internacional de los derechos humanos.

En este punto nos parece fundamental rastrear las bases para la operatividad de este tipo de tratados. Al respecto, existe una abundante jurisprudencia comparada, ya que en última instancia acá se encuentra el secreto sobre la eventual aplicación de estas cláusulas. “El tema central que domina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la ejecución o *enforcement*. Desde el punto de vista del individuo, la consideración primaria será la medida o extensión en que las disposiciones de los tratados tienen efecto dentro del sistema jurídico interno” (TRAVIESO, 1996:142).

Cuando el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) establecen el deber de los Estados de respetar y garantizar todos los derechos que cada uno de tales tratados contiene, obligan a no discriminar para su ejercicio entre las personas. Y cuando enunciativamente mencionan cuáles son los motivos por los cuales queda prohibida la discriminación, citan “..., posición económica” o “cualquier otra condición social”.

Por ejemplo: art. 2.2. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Recordemos que los tres instrumentos citados poseen jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22); no olvidemos que todos estos tratados son los que de conformidad con lo que dispone el nuevo inc. 23 del citado artículo, obligan a la promoción y

a la adopción de medidas positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos. Si trasladamos nuestro razonamiento a una situación concreta de la Argentina de hoy, el conflicto planteado entre la ley de Educación Superior, en particular en sus preceptos relativos a la posibilidad de suprimir la gratuidad de la enseñanza universitaria, consideramos que los mismos se oponen a cláusulas tanto constitucionales como convencionales.

Ahora bien, si esto debe ser así por prescripción contenida en nuestra ley fundamental, ya que por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado argentino se obliga a garantizar el pleno goce del derecho a la educación, estipulándose el establecimiento progresivo de la gratuidad de la enseñanza media y universitaria (cf. arts. 1 a 4). No hay duda de que la nueva ley en sus disposiciones relativas al arancelamiento, lejos de promover la profundización de este derecho lo devalúa, contradiciendo abiertamente el programa establecido por el constituyente en la materia y los compromisos internacionales contraídos.

Continuando con el hilo de nuestro razonamiento, consideramos que en la especie se produce discriminación por causa de posición económica y/o de condición social en la medida que quienes no cuenten con los medios para afrontar los pagos que un eventual arancelamiento suponga, quedan privados del goce del derecho humano fundamental a la educación universitaria.

Pero, volviendo a la utilidad del amparo en relación con la operatividad de las normas de origen internacional, queremos recordar que la doctrina norteamericana ha elaborado tres criterios para determinar el carácter autoejecutivo de las disposiciones de un tratado: la intención de las partes; la precisión y los detalles de los términos utilizados; y la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que de las ramas legislativa o ejecutiva (VON POTOBsky, 1997:462). En el caso argentino la solución del constituyente de reforma, ya comentada, no deja dudas sobre la operatividad de las normas contenidas en los tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

En tal sentido, se ha sostenido en un caso en que se consideró que una decisión administrativa afectaba el derecho a la salud de los amparistas que “la preservación de la salud y la posibilidad de asistencia médica son derechos garantizados por el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, incorporadas con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la ley fundamental vigente” (“Asociación de Trabajadores del Estado c/Armada Argentina s/amparo”, enero 15/1997).

Por último, la declaración de inconstitucionalidad de oficio posibilita que el juez vele por el cumplimiento de los tratados en la medida que evitará que continúen en vigencia aquellas normas que se opongan a ellos.

V. Evolución del amparo en la jurisprudencia surgida a partir de la reforma

En este capítulo queremos hacer referencia a lo que consideramos como una sana evolución, lograda de la mano de la aplicación judicial en materia de amparo en general, independientemente de su categoría individual o colectiva. No olvidemos que la creación jurisprudencial de nuestra figura fue luego objeto de legislación, como ya ha quedado dicho al principio, y que la respectiva ley 16.986, “muchas veces funcionó para relativizarlo, cuando no para neutralizarlo (...) Si computamos las distintas obturaciones que ha padecido, veremos que el amparo fue concebido en nuestro medio jurídico como un andamiaje subsidiario. Cuando se insiste en la exigencia de haber dejado exhaustos a los demás procedimientos administrativos y/o judiciales, o cuando se circunscribe a un radio limitado el alcance del conocimiento del juez amparista, se está diciendo –ni más ni menos– que el amparo deviene un último recurso, luego de haber intentado todos los demás mecanismos posibles que depara el ordenamiento jurídico en su arsenal procesal” (CARNOTA, 1995:1 y 2).

Lo interesante es que precisamente la nueva jurisprudencia ha tendido a considerar al amparo como alternativa principal y no subsidiaria. En el caso que da lugar a la cita, se ventilaba la privación irregular de un beneficio de jubilación y procedimentalmente existían otras vías además del amparo para hacer lugar al requerimiento. Claro que ninguna era tan adecuada en razón a la consideración del derecho a la vida, en tanto y cuanto se trataba de una persona anciana que sólo podía verse satisfecha en su pretensión si recibía respuesta de la manera más rápida posible. Precisamente la sentencia de la Cámara Nacional de Seguridad Social III del 23/12/94, consideró que frente a un acto administrativo que había extinguido de manera arbitraria un beneficio jubilatorio, cabía abrir la vía del amparo en razón del riesgo “para su vida, causado por el acto cuestionado” a su titular.

Otro caso interesante hizo lugar a la acción de amparo intentada por una persona a la que el Instituto de Obra Social le había retirado las prestaciones médico-asistenciales. Para hacer lugar a la pretensión, la decisión considera que con la reforma han quedado derogados los condicionamientos impuestos por el artículo 2 de la ley 16.986. Sobre tan trascendente fallo destacamos los siguientes considerandos del voto del Dr. PÉREZ DELGADO: “Un texto legal que ha reglamentado el amparo sobre la base de un distinto soporte constitucional, no se puede considerar vigente frente a un nuevo texto de la Constitución que lo ha regulado de modo autosuficiente”. La decisión se apoya en la doctrina MORELLO, SPOTA y en particular el magistrado cita la opinión de RIVAS, “quien además, sostiene expresamente que el nuevo texto constitucional importa la derogación de los condicionamientos impuestos por el art. 2 de la ley 16.986, inclusive el plazo de caducidad que contemplaba el inc. e” (“Guezamburu, I c/IOS s/amparo”, Causa 30.317/95).

Además, los jueces han decidido sobre la operatividad inmediata del amparo; y, en consecuencia no han esperado ley reglamentaria alguna para hacer lugar a los amparos que eran sometidos a su consideración. Han aplicado la argumentación derivada de los casos “Siri” y “Kot”, que en lo fundamental estableció que: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”.

Además, como resultado de la posición favorable al control de constitucionalidad directo por medio del amparo, la jurisprudencia va aceptando de a poco esta corriente. Una gran mayoría de juristas apoya esta tendencia, esto es, la de la posibilidad de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad por parte de los jueces, para hacer efectivo el principio de que los jueces, son fundamentalmente jueces de la Constitución. Por otra parte, no se advierten razones que justifiquen que un juez deba aplicar una norma que considera inconstitucional, debido a que se halla imposibilitado de efectuar el control constitucional por no haber sido solicitado por las partes (TRAVIESO, 1997:491). A continuación nuestro autor cita a un elevado número de colegas entre quienes nos incluye, como así también menciona un trabajo específico que gira en torno a esta temática (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1996:235). En todos los casos se trata de opiniones concordantes con lo que se expresa en el párrafo transcripto.

Confirmando lo expresado, en un fallo reciente en el que se ventilaba la procedencia del denominado “rebalanceo tarifario” (decreto 92/97), el magistrado actuante, en ejercicio del control de constitucionalidad directo, consideró que “las restricciones, limitaciones, suspensiones o derogación de lo normativizado en el decreto 92/97, vulnerarían seriamente disposiciones supremas de nuestra Ley Fundamental, en las que se ha constitucionalizado el derecho individual del amparista, el que es oponible, *erga omnes* en aras de la seguridad individual inserta solemnemente en nuestra Carta Magna como objetivo trascendental del constitucionalismo que garantiza derechos fundamentales que son imperativos del valor justicia en un estado de derecho” (“Tognarelli, H. D. c. Estado Nacional y Telecom S. A. - Amparo”, Juzgado Federal n° 1, Córdoba, febrero 13/1997, “El Derecho”, 27/5/97).

VI. Consideraciones finales

1) El balance de la reforma constitucional de 1994 nos permite afirmar –transcurridos tres años– que las materias relacionadas con la parte dogmática han sido las que más han enriquecido a nuestras instituciones. Al respecto y por los motivos ya expuestos, el amparo “colectivo” del art. 43, 2° párrafo, nos parece una herramienta de particular utilidad para posibilitar la apertura de la justicia a la defensa de los derechos humanos, tornando operativo el contenido de los tratados internacionales.

2) Un instituto de este tipo debería constituir un instrumento capaz de

controlar desbordes a nivel de la vigencia de los derechos fundamentales; asegurando la vigencia de los principios de igualdad y de equidad. Ello, en aras de reequilibrar el debilitamiento de las estructuras estatales, instituyendo un elemento de control social propio de la democracia participativa.

3) Por lo antedicho, la consagración del amparo colectivo debería servir para fortalecer a la sociedad civil. El fenómeno debería repercutir no sólo en la esfera individual, sino también en el sector no gubernamental, o sea, desde el universo de organizaciones que lo componen.

4) La existencia de una importante corriente doctrinaria en lo jurídico, avalada por la opinión de muchos de los más prestigiosos publicistas argentinos, ha servido para situar a la nueva figura y en especial, al alcance de quienes están legitimados para interponerla, en un punto ideal para dar cumplimiento a los objetivos de participación y de control a que hacemos mención en los puntos anteriores.

5) Asimismo, la jurisprudencia se ha visto jalonada por importantes fallos que desde las diversas instancias judiciales, se han pronunciado en el mismo sentido que la señalada doctrina de los autores. Inclusive reconociendo en el instituto la capacidad de habilitar una vía de control directo de constitucionalidad a ser ejercitada de oficio por los magistrados.

6) Sin embargo, estas señales positivas, no pueden dejarnos perder de vista los riesgos que se ciñen sobre el amparo colectivo. En efecto, una corriente doctrinaria minoritaria tiende a interpretar su alcance con la mayor restricción posible.

Bibliografía

ALICE, Beatriz, 1995, *Acrecimiento de la Dogmática Constitucional*, "El Derecho", 7/12/95, Buenos Aires, Argentina.

BARRA, Rodolfo C., *La acción de amparo en la Constitución reformada*, "La Ley", Sección Doctrina, 1994-E, Buenos Aires, Argentina.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI. *La Reforma Constitucional de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995.

CARNOTA, Walter F., *El amparo previsional en el contexto de la reforma constitucional*, "El Derecho", 2/3/95, Buenos Aires, Argentina.

CASSAGNE, Juan C., *Sobre la Protección ambiental*, "La Ley", 4 /12/95, Buenos Aires, Argentina.

EKMEKDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *La legitimación para obrar y los derechos difusos*, Voces Jurídicas, BUENOS Aires, 1996.

JIMÉNEZ, Eduardo P., *Derechos Humanos de la Tercera Generación*, Ed. Ediar (en prensa).

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones en torno a la declaración de constitucionalidad de oficio*, Ed. Depalma, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires.
- MORELLO, Augusto M., *Posibilidades y Limitaciones del Amparo*, "El Derecho", 22/11/95, Buenos Aires, Argentina.
- RIVAS, Adolfo, *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, "El Derecho", 26/11/95, Buenos Aires, Argentina.
- SABSAY, D. A. y ONAINDIA, J. M., 1997, *La Constitución de los argentinos*, Ed. Errepar, 3ª ed., Buenos Aires, Argentina.
- SABSAY, Daniel A. *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana*, "El Derecho", 16/4/96, Buenos Aires, Argentina.
- El denominado "amparo colectivo" consagrado por la reforma constitucional de 1994*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- El control de constitucionalidad y sus enfoques en tratados internacionales*, "La Ley", Doctrina Judicial, año XIII, n° 9.
- VON POTOBSKY, Geraldo, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿Una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*, "Derecho del Trabajo", 1997-A, Buenos Aires, Argentina.

El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales

Susana Albanese

*“El tiempo de los seres humanos no es el
tiempo de los astros”.*

P. REUTER

I. Introducción

Varios son los caminos que han sido transitados en la búsqueda de soluciones idóneas para abreviar los procesos administrativos o judiciales a lo largo de la historia del derecho. No es este el espacio para presentar el origen y la evolución del derecho procesal, interno o internacional. Sí lo es para presentar decisiones que han arrojado alguna luz frente a diversos casos concretos donde las extensiones temporales en los procesos no conciben con la realización del derecho a la justicia.

Todos tienen derecho a un proceso sin dilaciones. La celeridad está íntimamente vinculada con la seguridad jurídica¹. Es necesario destacar que un derecho que no se realiza no es un derecho o, en términos diferentes, transitar por los tribunales no es ejercer el derecho a la jurisdicción.

Teniendo en cuenta la importancia de los tiempos procesales para las personas que deben ejercer el derecho de petición ante las autoridades

¹ GOZAÍNI, Osvaldo A., *La justicia constitucional*, Ed. Depalma, 1994, p. 315. Sostiene el autor que la seguridad de la justicia “... fue pensada en la dimensión de la rapidez intrínseca del procedimiento y en la ejecutividad inmediata de las resoluciones judiciales”. J. V. PICÓ MARCO plantea si el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas es un derecho fundamental autónomo y distinto de la tutela judicial efectiva, en *Aplicabilidad de la ley de protección jurídica de los derechos fundamentales en la impugnación ante negación de la recusación*, “Revista General de Derecho”, n° 526/527, Sección de Derechos Humanos y Convención Europea, Valencia, España.

competentes en defensa de sus derechos y garantías, se ha decidido expresar algunas consideraciones recogidas esencialmente en la aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos. No se ha circunscripto el tema sólo a aquellos instrumentos con jerarquía constitucional después de la reforma de 1994, sino que se han incorporado otros que enriquecen con sus aportes el tema seleccionado.

De esta forma, se citarán en primer lugar, algunos de los instrumentos internacionales del sistema regional americano de protección de los derechos humanos donde se receptan disposiciones vinculadas al tema convocante; posteriormente, se mencionarán otros, pertenecientes tanto al ámbito del sistema universal, como a los sistemas regionales. A continuación, se reseñará la aplicación de las disposiciones convencionales surgidas de diversos órganos internacionales, incluyendo las cortes internacionales de derechos humanos. Simultáneamente, se llevarán a cabo algunas referencias a fallos de la Corte Suprema Argentina, precisando la interacción entre los diferentes ámbitos de aplicación del derecho. Las diferencias y similitudes entre diversas disposiciones convencionales, la tendencia a fijar pautas objetivas en la valoración del “plazo razonable” y la responsabilidad del Estado son algunos de los aspectos que serán expuestos en la búsqueda de posiciones convergentes que puedan llegar a ser aplicadas en los ámbitos competentes.

II. Diversos instrumentos internacionales americanos

A. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre², fuente de obligaciones para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos³, ha establecido en su artículo XVIII que toda persona “...debe disponer de *un procedimiento sencillo y breve* por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”⁴.

También en la Declaración Americana se ha receptado el principio de

² Aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 45.

⁴ El destacado es nuestro. A fin de evitar reiteraciones, en adelante todas las disposiciones transcritas vinculadas a “plazo razonable” se encontrarán destacadas sin que ello sea mencionado en cada oportunidad.

la celeridad de los procesos al reconocer el antiguo derecho de petición en estos términos: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener *pronta resolución*”⁵.

Asimismo, y siempre en el mismo instrumento con jerarquía constitucional, al reconocer el derecho de protección contra la detención arbitraria, se ha regulado: “... Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique *sin demora* la legalidad de la medida y a ser juzgado *sin dilación injustificada* o, de lo contrario, a ser puesto en libertad...”⁶.

En consecuencia, la Declaración Americana ha recogido en sus cláusulas la importancia de las pautas temporales en los procesos judiciales. Se debe tener en cuenta que en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965, que modificó el Estatuto de la Comisión Interamericana y amplió sus funciones, se decidió solicitar a la Comisión “... que preste particular atención a esa tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I [derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona], II [derecho de igualdad ante la ley], III [derecho de libertad religiosa y de culto], IV [derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión], XVIII [derecho de justicia], XXV [derecho de protección contra la detención arbitraria] y XXVI [derecho a proceso regular] de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”⁷. Se trata de los derechos y garantías que componen el núcleo irreductible de los derechos humanos; entre ellos, como se viene de precisar, se encuentran el derecho de justicia y el derecho de protección contra la detención arbitraria, donde las pautas temporales han sido contempladas específicamente.

B. Convención Americana sobre Derechos Humanos

1) Plazos convencionales que deben regir en los procesos internos

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconoce también el concepto que motiva estas reflexiones. Así, en el artículo 5 al tratar el derecho a la integridad personal en el aspecto relacionado con los

⁵ Artículo XXIV.

⁶ Artículo XXV.

⁷ Texto completo en el *Acta Final de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria*, OEA, documentos oficiales OEA/Ser.C/I.13, 1965, ps. 33/35.

menores establece que ellos deberán ser "... llevados ante tribunales especializados, *con la mayor celeridad posible*, para su tratamiento"⁸.

Bajo el derecho a la libertad personal y en la Convención que se viene de enunciar, en varias disposiciones se regula la vigencia del aspecto que queremos subrayar. En efecto, dice el artículo 7: "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 retenida o detenida debe ser llevada, *sin demora*, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado *dentro de un plazo razonable* o ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso... 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..."⁹.

En cuanto a las garantías judiciales reguladas en la Convención Americana¹⁰, aplicables al ejercicio de todos los derechos, incluyendo el de la libertad personal, en ellas también se fijan las siguientes expresiones: "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..."¹¹, similares a las empleadas por la Convención Europea de Derechos Humanos y que ha dado lugar a múltiples interpretaciones¹² que serán comentadas posteriormente.

A su vez, en el artículo 25 denominado protección judicial, que regula la acción de amparo, dispone: "1. Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus dere-

⁸ Artículo 5.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹ En las normas citadas se destaca la celeridad en función de la información que debe recibir el detenido, de la presencia de un juez y de la acción de *habeas corpus*.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Con respecto al artículo 8, la Corte sostuvo que "... no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención", párr. 27 *in fine*.

¹¹ Términos que han sido interpretados tanto por la Comisión Interamericana cuanto por la Corte.

¹² Artículo 6.1 Convención Europea de Derechos Humanos.

chos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”¹³.

Al tratar el tema de la suspensión de garantías, disposiciones que junto con el Capítulo Segundo introducido en la reforma constitucional de 1994 regulan el artículo 23 de la Constitución Nacional, la Convención Americana reconoce que “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas...”¹⁴. Y en el mismo artículo, en el apartado 3, en dos oportunidades se destaca el cumplimiento de los plazos: “3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión *deberá informar inmediatamente* a los demás Estados Partes... y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Se ha sostenido reiteradamente que los sistemas de protección internacionales son coadyuvantes y complementarios de los sistemas judiciales internos, razón por la cual el agotamiento de los recursos internos constituye uno de los requisitos indispensables para presentar una denuncia ante un órgano de control internacional¹⁵ en tanto regla del derecho que atribuye al Estado la posibilidad de reparar la violación de derechos en el ámbito interno antes de que los damnificados puedan acudir a los órganos de control internacionales. El artículo 46 de la Convención Americana fija los requisitos de admisibilidad de una petición o comunicación¹⁶. De esta forma, en el numeral 1.a, se regula la necesidad de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. En el numeral 2 se fijan las excepciones a la regla anterior. Entre ellas la que sostiene que no es preciso agotar los recursos internos cuando: “c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”. No debe interrelacionar-

¹³ El texto es similar –en lo esencial– al establecido en la Declaración Americana, ya citado.

¹⁴ Artículo 27.1 de la Convención Americana.

¹⁵ ALBANESE, Susana, *El agotamiento de los recursos internos y algunas excepciones enunciadas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos*, en “Jurisprudencia Argentina”, 19 de junio de 1996, n° 5990, ps.11 y siguientes.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos).

se necesariamente esta disposición con la del artículo 8.1 a la cual ya se hizo referencia.

El derecho a ser oído dentro de un plazo razonable es el principio general que debe regir el tema; las excepciones enunciativas a los recursos internos, entre ellas, la que establece que no es necesario agotarlos cuando hay un retardo injustificado en la decisión, constituye un aspecto accesorio del principio de referencia. En este último caso, debe plantearse la no justificación de la demora en decidir un caso; en el principio general, todo el proceso debe llevarse a cabo dentro de un plazo razonable, es decir, dentro de un lapso en el cual deben realizarse los actos procesales que abarca, por lo tanto, todo el tiempo que transcurre entre la iniciación y su término.

Por ello, entre los deberes de los jueces y, específicamente, entre los de dirigir el procedimiento, corresponde señalar el de concentrar, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sean necesarias realizar, el de mantener la igualdad de las partes, el de vigilar que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal, o bien, tomar de oficio medidas tendientes a evitar la paralización del proceso, evitando siempre el exceso ritual manifiesto. Por ello, también, MORELLO ha sostenido "... cuando la seguridad y el orden que [las formas] representan para la adecuada estructuración de los actos y actividades en los que se va desarrollando la trama litigiosa, reciben una preferencia excesiva, esto es, que trasponen el eje de equilibrio, se transmutan en un disvalor, negativo para la adecuada composición del caso¹⁷.

2) Plazos convencionales que deben regir en los procesos internacionales

El proceso internacional, en tanto medio estructurado al servicio del cumplimiento del objeto y fin de los respectivos tratados o instrumentos internacionales, regula elementos temporales que deben ser destacados. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tanto en su texto, cuanto en los Reglamentos de los órganos de protección correspondientes, puntualizan dichos elementos. Algunos de ellos son mencionados brevemente y sólo a título enunciativo.

Al tratar las condiciones de admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, se requerirá según lo regula el artículo 46.1.b) "que sea presentada dentro del plazo de seis me-

¹⁷ MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario*, Ed. Librería Platense, Buenos Aires, 1987, p. 163.

ses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”.

El artículo 38 del Reglamento de la Comisión ordena que deberá abstenerse de conocer aquellas peticiones que se presenten después del plazo de seis meses, reiterando, a continuación, los términos del artículo 46.1.b) que se vienen de transcribir, y agregando “en caso de agotamiento de los recursos internos”. Y frente a las excepciones enunciativas de dicha regla de derecho internacional, se establece que el plazo para la presentación a la Comisión “... será un período de tiempo razonable, a criterio de la Comisión, a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, considerando las circunstancias de cada caso concreto”¹⁸.

Respetando el orden de presentación de las disposiciones convencionales, en la sección 4 del Capítulo VII de la Convención Americana, sector destinado a la Comisión Interamericana, al tratar diversos aspectos del procedimiento ante ese órgano de control, se establece que una vez admitida la petición o comunicación se solicitarán informaciones al Gobierno del Estado denunciado. A nuestros fines se fija que “... Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso...”¹⁹.

El artículo 50 de la Convención Americana remite al Estatuto de la Comisión Interamericana el plazo para que la Comisión emita un informe en el que deberá exponer los hechos y las conclusiones, formulando las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas²⁰. En cumplimiento de esta disposición, el Estatuto regula que de no llegarse a una solución amistosa, la Comisión redactará dentro del plazo de 180 días el informe requerido por el artículo 50 de la Convención.

¹⁸ Artículo 38.2 del Reglamento de la Comisión IDH. Ver una reciente aplicación de estas cláusulas en Informe n° 45/96, Caso n°11.492, 16 de octubre de 1996, en OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997, p. 625.

¹⁹ Artículo 48.1.a) Convención Americana. En el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —con las modificaciones vigentes, incluidas las aprobadas en su 92° período extraordinario de sesiones, en la sesión 1311a, celebrada el 3 de mayo de 1996— en su artículo 34.5 se establece: “La Comisión solicitará al Gobierno aludido que suministre la información solicitada dentro de los 90 días a partir de la fecha del envío de la solicitud”. Y en el apartado siguiente se amplían los plazos de la siguiente manera: “El Gobierno del Estado aludido, justificando el motivo, podrá pedir prórrogas de 30 días, pero en ningún caso se concederán prórrogas que excedan los 180 días, a contar de la fecha del envío de la primera comunicación al Gobierno del Estado aludido” (art. 34.6).

²⁰ Artículo 50.1 y 3 de la Convención Americana.

En el artículo 51, que ha dado lugar a interpretaciones por parte de la Corte Interamericana²¹, se fija un plazo de tres meses para que la Comisión o los Estados interesados eleven el caso ante la Corte Interamericana.

En el ámbito de las competencias de la Corte Interamericana, se encuentra otra pauta temporal en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo emitido por dicho órgano judicial, que podrá ser interpretado a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que la solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de notificación del fallo²².

En todos los sistemas de protección internacionales, ya universal, ya regionales, en procedimientos especiales o generales, se han establecido disposiciones similares a las que se vienen de transcribir, como voces simultáneas de aceptación unívoca sobre la materia.

C. Otros tratados americanos

En otras Convenciones suscriptas en el ámbito americano también se han regulado cláusulas relacionadas con los plazos razonables correspondientes a la naturaleza de los derechos reconocidos en ellas.

En este contexto corresponde destacar las disposiciones vinculadas al tema en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²³. En su artículo 8 se señala que en caso de denuncia o razón funda-

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez”, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 75; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana) especialmente párrs. 46, 47 y 52; Corte IDH, caso “Caballero Delgado y Santana”, sentencia del 8 de diciembre de 1995; ver Germán J. BIDART CAMPOS y Susana ALBANESE, *La interpretación del término ‘recomendaciones’ a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2 de la Convención Americana)*, en “Jurisprudencia Argentina”, 25 de septiembre de 1996, n° 6004. En el Documento de Trabajo de la Secretaría General de la OEA para el Consejo Permanente “Una nueva visión de la OEA” –Washington D. C., abril 1995– se sostiene que “las nuevas realidades exigen que la Comisión fortalezca su metodología de trabajo y amplíe la dimensión jurídica del desarrollo de sus tareas”, se estima importante la ampliación de las labores de instrucción por parte de la Comisión. Ello “... requiere que el trámite de los casos esté acompañado de las garantías propias de un proceso judicial, sin que ello implique demoras engorrosas...” (p. 20).

²² Artículo 67 Convención Americana.

²³ Suscripta en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigencia el 28 de febrero de 1987 conforme al artículo 22 de la Convención. Argentina es Parte.

da para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados parte garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Asimismo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁴ sostiene que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva. Además se subraya que toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora a la autoridad judicial competente²⁵. En la parte correspondiente a la protección internacional de la materia convocante, se fijan con más rigurosidad los términos relacionados con los plazos. En efecto, cuando la Comisión Interamericana reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada, se dirigirá en forma urgente y confidencial al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida²⁶.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”²⁷, reitera el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos²⁸.

En esta reseña de convenciones interamericanas vinculadas a los derechos humanos también corresponde citar el Protocolo de la Convención

²⁴ Adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, entró en vigencia el 28 de marzo de 1996. La Argentina es Parte y el Congreso de la Nación le ha reconocido jerarquía constitucional –ley 24.820, B.O. 29/5/1997–.

²⁵ Artículos X y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

²⁶ Artículo XIV de la Convención citada en nota 25.

²⁷ Adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, entró en vigencia el 5 de marzo de 1995. La Argentina es Parte.

²⁸ Artículo 4.g) Convención de Belem do Pará.

Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte²⁹. Entre sus Considerandos se destaca que la tendencia en los Estados americanos es favorable a la abolición de la pena de muerte, que la aplicación de la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado. Teniendo en cuenta los múltiples errores judiciales que registran las estadísticas especializadas, donde los plazos razonables no se cumplieron y personas privadas de su libertad, donpreciado si los hay, salen de internaciones obligatorias sumando nuevos daños a los producidos por el error en sí mismo, creemos indispensable ratificar el Protocolo para que nunca en nuestro suelo se pueda llegar a pensar en aplicar un tormento tan extremo y aberrante.

III. Otros instrumentos internacionales

Reseñaremos a continuación algunos instrumentos internacionales que establecen disposiciones vinculantes con el tema seleccionado.

A. Sistema universal

1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el sistema universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional, regula en varias cláusulas la importancia de la celeridad de los procesos. De esta forma, en primer lugar corresponde resaltar el artículo relacionado con las situaciones de excepción y las obligaciones de los Estados frente a ellas, hacia los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción. Dice el art. 4.3 “Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Si bien esta norma no alberga estrictamente el alcance del plazo en los procesos, se trata de fijar obligaciones que determinan la relevancia de no suspender determinados derechos y garantías más allá del tiempo necesario para solucionar los motivos que dieron lugar al dictado de medidas ex-

²⁹ Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, entró en vigencia el 18 de agosto de 1991. La Argentina no es Parte.

cepcionales, y en tanto garantía de todas las personas que vivan bajo un régimen de excepción, merece ser transcrita en este sector del trabajo.

En lo que respecta a la libertad personal se fijan las siguientes reglamentaciones. “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”. También se establece: “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...” Asimismo corresponde citar: “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”³⁰.

Al regular las garantías mínimas durante los procesos penales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vuelve a insistir en la necesidad de informar a las personas sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella, así como el derecho de las personas a ser juzgadas sin dilaciones indebidas³¹.

En cuanto al plazo razonable en los procesos en general, el Pacto recepta las “debidas garantías” en su artículo 14. Por otra parte, como este tratado establece que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce, o los reconoce en menor grado, si se aceptase que la Convención Americana reconoce en mayor grado las garantías mínimas vinculadas con el plazo razonable en todos los procesos, interrelacionando disposiciones, debe ser esta última Convención la que deberá aplicarse según las circunstancias del caso concreto, en beneficio de las personas.

2) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, con jerarquía constitucional, reconoce entre sus

* N. del comp.: sobre el plazo de la prisión preventiva, ver, en este mismo ejemplar, BOVINO, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los tratados humanos*.

³⁰ Artículo 9.2.3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³¹ Artículo 14.3.a) y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

cláusulas la importancia de la celeridad de los procesos. En efecto, el artículo 6.4 declara: “Cuando un Estado [...] detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados [...] El Estado que proceda a la investigación [...] comunicará *sin dilación* sus resultados...”. Asimismo, en el artículo 12 se establece que “Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una *investigación pronta e imparcial*”. Y en el artículo 13 se señala: “Todo Estado Parte velará porque toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea *pronta e imparcialmente examinado* por sus autoridades competentes...”.

B. Sistemas regionales (europeo y africano)

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sustenta garantías similares a los que se vienen de señalar en materia de protección al derecho a la libertad personal.

En lo que respecta al debido proceso legal, en general, reconoce que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella³².

Tanto la Comisión cuanto la Corte Europea de Derechos Humanos han tenido oportunidad de recibir denuncias sobre diversos aspectos vinculados con el incumplimiento del plazo razonable por parte de los tribunales administrativos y judiciales nacionales y han elaborado criterios muy valiosos que serán destacados a continuación.

En lo que respecta a los procesos internacionales, el Protocolo n° 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que aún no está vigente, fue proyectado, entre otras finalidades, con la de reducir la duración de los procedimientos en Estrasburgo. Este punto fue subrayado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, en estos términos: “Desde la entrada en vigor del Convenio en 1953, el número de Estados contratantes casi se ha triplicado y otros Estados van a

³² Artículo 6.1 Convención europea de derechos humanos, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953.

adherirse al mismo una vez convertidos en miembros del Consejo de Europa. Somos de la opinión que resulta muy urgente que se adapte a esta evolución el mecanismo de control actual con el fin de obtener en el futuro una protección internacional efectiva de los derechos humanos. El objetivo de esta reforma es el aumento de la eficacia de los medios de protección, la reducción de la duración de los procedimientos y el mantenimiento del elevado nivel actual de protección de los derechos humanos”³³.

Frente a esta reforma institucional, la Comisión europea expuso su opinión al respecto; entre otras consideraciones vinculadas a la eficacia del sistema, la Comisión admitió la necesidad de adoptar medidas dirigidas a reducir la duración de los procedimientos previstos por la Convención³⁴.

En el sistema regional africano, al igual que en el europeo que sucintamente se viene de citar, se establece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable por una corte o tribunal imparcial³⁵. En efecto, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se recepta el concepto convergente entre las garantías judiciales presentadas en el artículo 7 que se encabeza con el principio general según el cual “toda persona tiene derecho a ser oído”, que comprende el derecho a recurrir ante los órganos nacionales competentes; el derecho a que se presuma su inocencia; el derecho a defenderse, incluyendo el derecho a ser defendido por un abogado a su elección y, finalmente, el derecho citado al comenzar este párrafo.

El artículo 56 regula que las comunicaciones relativas a los derechos humanos serán consideradas por la Comisión si “... 5. Son enviadas después de haberse agotado los recursos internos, en caso de existir, salvo que sea obvio que este procedimiento sea excesivamente prolongado; 6.

³³ Protocolo nº11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, mayo de 1994. Declaración de Viena del 9 de octubre de 1993, reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

³⁴ *Reforme du système de controle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Estrasburgo, diciembre 1992, Conseil de l'Europe, p. 42. En este sector del trabajo no es necesario segregar este aspecto del proceso internacional de las pautas temporales de los procesos internos por tratarse de breves referencias que ayudan a enmarcar el tema central. Ver en cuanto a la duración de los procesos internacionales: “Cour Européenne des Droits de l'Homme. Trente-cinq années d'activité”, Conseil de l'Europe, Ed. Carl Heymanns Verlag, Estrasburgo, 1995.

³⁵ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, art. 7.1.d).

Son sometidas dentro de un plazo razonable desde que se han agotado los recursos internos o desde la fecha en que la Comisión ha comenzado a entender en el asunto... ". El artículo 56.5 reitera esencialmente los conceptos del artículo 50, que se encuentra en el sector del capítulo 3, regulando el procedimiento de denuncias interestaduales, de manera que se imprime a las pautas temporales, en el proceso internacional, un espacio trascendente.

En este panorama se debe mencionar, asimismo, que se fijan plazos para la intervención de la Comisión frente a las comunicaciones interestaduales –artículo 48–, para la preparación de un informe, después de intentar la obtención de una solución amistosa –artículo 52–, así como frente a la obligación de los Estados de presentar informes sobre las medidas legislativas o de otro carácter tomadas con el objeto de poner en vigencia los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la Carta –artículo 62, cada dos años–, entre otras cláusulas sobre la materia.

IV. La aplicación de las disposiciones convencionales

A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es la intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶; sin embargo, se debe tener en cuenta que su función principal es la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización [de los Estados Americanos] en esta materia”³⁷. En consecuencia, la interpretación de las disposiciones convencionales vinculadas con el tema convocante llevada a cabo por la Comisión y su actualización, en tanto no se oponga a la que de ellas haya

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez”, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, n° 1, párr. 29; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, n° 2, párr. 34 y caso “Godínez Cruz”, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, n° 3, párr. 32; Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 39.

³⁷ Art. 112 de la Carta de la OEA. Estatuto de la Comisión IDH, aprobado mediante la Resolución n° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, art. 1.1. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 49.

efectuado la Corte Interamericana, resulta de gran utilidad para desentrañar el alcance otorgado en el ámbito internacional, en función de la posición asumida por el órgano máximo de la judicatura argentina sobre el tema³⁸, en respuesta a la reforma constitucional de 1994.

Es preciso manifestar que puede un órgano de protección internacional modificar sus posiciones anteriores, en la medida en que esas modificaciones tiendan a un más efectivo cumplimiento del objeto y fin para el que ha sido creado, teniendo en cuenta siempre aquella interpretación que sea más favorable a las personas³⁹.

Se debe remarcar que los casos en los cuales la Comisión Interamericana ha interpretado uno de los requisitos del debido proceso legal, el “plazo razonable”, se sustentaron en denuncias vinculadas con el ejercicio del derecho a la libertad personal. En este contexto, se presentarán a continuación algunos casos. Asimismo, se señalarán algunas divergencias entre la posición actual de la Comisión y la de la Corte Suprema argentina.

– La Comisión Interamericana resolvió en el caso n° 9058⁴⁰ exhortar al gobierno denunciado a que adopte las medidas pertinentes a fin de que los tribunales competentes agilicen el procedimiento, dado el prolongado lapso transcurrido sin que se hubiera producido una resolución que defina la situación de los indiciados; con posterioridad –1° de julio de 1985–, la Comisión ratifica la resolución que se viene de mencionar y declara que en el caso se han violado “... las normas de la Convención Americana sobre el debido proceso, dada la injustificable demora observada en el desarrollo del proceso y su retrotramiento, una vez más, a la etapa inicial de

³⁸ CS, “Giroldi, H. D. y otro”, 7/4/95, “Jurisprudencia Argentina”, t. III-1995, ps. 571 y siguientes. Se reconoce que la jurisprudencia internacional “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”; además, en el caso “Riopar c. T. F. A.”, 15/10/96 [ED,171-541] la Corte afirmó que reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

³⁹ Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 52; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.2; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 23; Convención sobre los derechos del niño, art. 41; Convención sobre el estatuto de los refugiados, art. 5; Convención europea para la prevención de la tortura, art. 17; Carta social europea, art. 32, entre otros tratados internacionales.

⁴⁰ Comisión IDH, Resolución n° 2/84 del 17 de mayo de 1984, Informe Anual de la CIDH, 1984-1985, OEA/ Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1, 1° de octubre de 1985, ps. 133 y siguientes.

formulación de cargos con el consiguiente mantenimiento de la prisión indefinida de los inculpados, lo que evidentemente configura un retardo injustificado en la decisión de este asunto...”, exhortando a continuación al Estado denunciado para que a través de las autoridades competentes se adopten las medidas para acelerar el proceso y para que se dicte sentencia decidiéndose definitivamente en cuanto al fondo del asunto y la situación de los encausados.

Se debe subrayar que uno de los argumentos planteados por el Gobierno para justificar las demoras del proceso estaba relacionado con “... hechos atribuibles a los propios enjuiciados y sus defensores definitivos...”⁴¹; posición que caracteriza a los Estados acusados de presuntas violaciones a las garantías judiciales reconocidas en los tratados de derechos humanos.

Para resolver de la manera como se expuso precedentemente, la Comisión tuvo en cuenta que los hechos que motivaron el proceso y, en consecuencia, la privación de libertad de los peticionarios, se produjeron el 6 de octubre de 1976; al 1º de julio de 1985 no se había dictado sentencia definitiva. Se volverá tanto sobre los fundamentos presentados por los Estados, cuanto con otros elementos vinculantes, al tratar algunos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha sido el tribunal internacional que más veces ha sido convocado para interpretar la fórmula del “plazo razonable”.

– En otras oportunidades, la Comisión ha exhortado a los Estados denunciados a que realicen investigaciones “en el plazo más breve posible”, sancionando a los responsables⁴².

En relación con la regla del agotamiento de los recursos internos y sus excepciones enunciativas contempladas en la Convención Americana, la Comisión ha expresado en uno de los casos que “... no procede esperar el agotamiento... puesto que desde que ocurrieron los hechos la lentitud de la investigación y su falta de resultados configura un claro caso de retardo injustificado en la administración de justicia que, de hecho, implica una denegación de la misma, que permita el esclarecimiento de los hechos...”⁴³. Conceptos reiterados por la Comisión al apreciar que “un re-

⁴¹ Documento citado en nota 40, p. 140.

⁴² Comisión IDH, Informe Anual 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 de septiembre de 1987. Entre otros ver los siguientes Informes: Resolución nº 17/87, p. 124; Resolución nº 18/87, p. 129; Resolución nº 19/87, p. 133; Resolución 21/87, p. 141.

⁴³ Comisión IDH, Resolución nº 17/87 del 28 de marzo de 1987, Doc. cit. nota 42, p. 124.

tardo injustificado en la administración de justicia, [...] exime del agotamiento de los recursos internos como paso previo al examen del asunto”⁴⁴.

– La Comisión ha jerarquizado las garantías convencionales por considerar que “.... precautelan la situación de la persona humana en la compleja relación individuo-Estado. En consecuencia, la efectiva vigencia de estos principios no se puede limitar a la mera constatación formal de recaudos procesales”⁴⁵.

– La Comisión ha tratado en múltiples casos el tema del agotamiento de los recursos internos y, en tanto excepción de dicha regla, el alcance del plazo razonable. En efecto, en la resolución 17/89⁴⁶, al analizar aspectos de la excarcelación la Comisión, señala que “... conforme a los principios de Derechos Internacionales generalmente reconocidos, corresponde observar que siendo el problema de la excarcelación del procesado una incidencia dentro de los propios procesos incoados contra [...], el agotamiento de los recursos internos se cumplió con la interposición de los petitorios respectivos de excarcelación y las resoluciones denegatorias...”.

En el caso que se viene de citar, la Comisión profundiza el alcance del término “plazo razonable” en el contexto de la Convención Americana; así, expresa que un aspecto “... de particular relevancia... se refiere al concepto de ‘plazo razonable’, ya que ni el Pacto de San José ni la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950) cuya relación con el Pacto es, induda-

⁴⁴ Resolución 20/87 del 30 de junio de 1987, Considerando 6, doc. cit. nota 42, p. 140.

⁴⁵ Comisión IDH, Informe n° 74/90 del 4 de octubre de 1990, párr. III. 17. Entre los hechos relevantes, se sostiene que los recursos de pedido de libertad condicional y pedido de revisión que se interpusieron para lograr el cese de la detención fueron rechazados en primera y segunda instancia, no haciendo lugar esta última al recurso extraordinario por inconstitucionalidad y arbitrariedad interpuestos contra dichas sentencias. Por ello se recurrió en queja por denegación de justicia directamente ante la Corte Suprema. “Pese a que han transcurrido casi dos años de su presentación y a la existencia de una solicitud de pronto despacho... aún sigue sin resolver”. Finalmente, una sentencia de la Corte Suprema dispuso un proceso de revisión del caso; asimismo, se dispuso la libertad del peticionario sin condición alguna, lo que demuestra, una vez más, la interacción entre los diferentes ámbitos de aplicación del derecho. Ver, ALBANESE, Susana, *Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992, Cap. XII, ps. 126 y siguientes.

⁴⁶ Comisión IDH, Resolución n° 17/89 del 13 de abril de 1989, Informe Anual 1988-1989, OEA/Ser.L/V/II.76, Doc. 10, 18 de septiembre de 1989, ps. 38 y siguientes.

blemente, explícita en este concepto; de lo cual resulta que para esclarecerlo correspondería aplicar otros criterios fundados en la regla general de interpretación de los tratados...” haciendo referencia al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Comisión reconoce que la Corte Interamericana “no ha incursionado aún en el tratamiento del artículo 7.5 de la Convención” remitiendo el tema a la interpretación otorgada en el contexto del sistema regional europeo⁴⁷.

Los conceptos que transcribe la Comisión en virtud del receptado en el sistema europeo son los siguientes: “Hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que se analiza es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable”. Cita a continuación el caso “Stögmüller”⁴⁸ del que extrae, entre otros aspectos, que “... la razonabilidad de la medida o de un plazo debe apreciarse en su contexto propio o específico, es decir, que no existen criterios generales de validez universal...”.

Dijo el magistrado PETTITI en referencia al caso “W. c. Suiza”⁴⁹ que justificar cuatro años de detención provisoria, es operar un retraso en la historia del derecho penal, retornar a la época prehistórica de la doctrina de Lombroso⁵⁰.

Retomando el Informe de la Comisión Interamericana, vuelca los conceptos generales establecidos en la respuesta efectuada por el Gobierno denunciado. Plantea, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la fecha a partir de la cual se debe tener presente el análisis del ‘plazo razonable’. Como en el caso hay un pedido de extradición, la Comisión considera que el tiempo “que insume una extradición no se encuentra directamente supeditado a la actividad judicial del Estado requirente”.

– Con posterioridad al caso que se viene de reseñar, que avala algunos

⁴⁷ Informe cit. en nota 46, párr. 11. p.q. y r., doc. cit. en nota 42, p.47.

⁴⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Stögmüller”, sentencia del 10 de noviembre de 1969. En cuanto a los siete criterios que se refieren a la celeridad del juicio en procesos penales, ver LORCA NAVARRETE, Antonio, *Tratamiento que tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional español otorgan a la garantía procesal del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, en “Revista Uruguaya de Derecho Procesal”, 1985, citado por Osvaldo A. GOZÁINI en *La justicia constitucional*, op. cit., p.319. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA E. y OTROS, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Ed. Civitas, Madrid, p. 87.

⁴⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, “W. c. Suiza”, sentencia del 26 de enero de 1993.

⁵⁰ Michèle PICARD y Patrick TITIUN, *Artículo 5.3*, en *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Dir. Pettiti, París, 1995, p. 226.

fundamentos del Estado denunciado con referencia a la privación de la libertad personal, un nuevo caso evaluado por la Comisión permite extraer algunos conceptos que tienden a valorar pautas objetivas. En él se expresa: "... su reconocimiento al Estado argentino por el significativo avance logrado con la aprobación de la ley que establece límites a la duración de la prisión preventiva, consistente con las normas de la Convención Americana que garantizan el derecho a la libertad personal"⁵¹.

El reconocimiento que se viene de puntualizar, no fue receptado por la Corte Suprema argentina en el caso Bramajo, posterior a la emisión del informe citado. Al respecto, se deben transcribir los siguientes términos del tribunal argentino, después de señalar la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "... la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales..." (Consid. 8).

En este contexto, es difícil aprehender esas y otras consideraciones expresadas por el máximo órgano de la judicatura argentina en el caso Bramajo⁵², teniendo en cuenta que el tribunal considera que la validez del art. 1 de la ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 308 y 319 CPr.Cr. y CPr.Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable. Sostiene la Corte argentina, a continuación, que la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquella reglamenta⁵³. Para ello la Corte argentina tuvo en cuenta, por una parte, una interpretación de la Comisión Interamericana que, como ya se ha expresado, no es el intérprete final de la Convención Americana, y, por la otra, se ha basado en un Informe cuyos fundamentos sustanciales, la misma Comisión no los ha consolidado en posteriores informes o, al menos, ha alojado conceptos que recogen las nuevas tendencias que relevan pautas objetivas para los períodos de privaciones de libertad.

En efecto, en el Informe n° 12/96 del 1° de marzo de 1996, en el caso n° 11.245, es decir, pasados siete años del Informe al que hace referencia la Corte Suprema argentina y al que considera aplicable el máximo tribu-

⁵¹ Informe n° 12/96 del 1° de marzo de 1996. Punto 2 de la parte resolutive, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev. 28 de febrero de 1996, ps. 33 y siguientes.

⁵² Corte Suprema, caso "H. J. Bramajo", sentencia del 12 de septiembre de 1996, "Jurisprudencia Argentina", n° 6012, ps. 45 y siguientes.

⁵³ El destacado es nuestro, Cons. 13 y 14 del fallo cit. en nota 52.

nal argentino, la Comisión elabora una serie de aspectos muy interesantes sobre el plazo razonable que se extienden no solamente al tema de la libertad personal, sino también al relacionado con el ejercicio de otros derechos en el reconocimiento genérico de las garantías judiciales (art. 8 de la Convención Americana) o, del debido proceso legal, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴.

Por un lado, la Comisión no comparte el criterio del Gobierno denunciado en el sentido de que el "... pretendido agravio denunciado ha perdido virtualidad, todas vez que la sentencia que lo condenó a la pena de 9 años de prisión [...] computó el tiempo transcurrido en detención para efectos de la purgación de la pena impuesta en la sentencia"⁵⁵. La Comisión no comparte este punto de vista, se reitera, "... porque el agravio por el cual se denuncia trata del tiempo de privación de libertad sin condena" y agrega la Comisión: "El hecho de que un individuo sea posteriormente condenado o excarcelado no excluye la posible transgresión del plazo razonable en prisión preventiva conforme la normativa de la Convención"⁵⁶.

Por otro lado, la Comisión reconoce que "... ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso", conforme se acepta en todos los ámbitos donde este tipo de disposiciones procesales debe ser aplicado. "Sin embargo, [dice la Comisión] esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso". Aclarando: "Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal". Aquí, la Comisión destaca la tendencia actual en la materia –ya mencionada– al afirmar: "la tendencia moderna se orienta hacia el establecimiento de límites objetivos en el plazo", marcando como ejemplo, el Código de Procedimiento alemán y la Constitución española a los mismos fines⁵⁷, que establecen un plazo máximo de 6 meses para la detención preventiva .

⁵⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 28.

⁵⁵ Informe n° 12/96 del 1° de marzo de 1996, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 Rev., 28 de febrero de 1996, párr. 54, p. 41.

⁵⁶ Informe cit. *ut supra*, párr. 55.

⁵⁷ Ver GARCÍA SORIANO, M. V., *La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950*, "Revista General de Derecho", n° 598/599; CATALÁ BAS, A. H., *Comentario introductorio a la*

Si "... la opinión de la Comisión Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" como dice la Corte Suprema –Considerando 8, caso "Bramajo"–, y frente a la ausencia notoria de armonía entre la posición actualizada de la Comisión Interamericana y la de la Corte Suprema argentina, resulta intrincado interpretar el sentido que ha querido otorgar el tribunal argentino a las cláusulas convencionales "en las condiciones de su vigencia" como reza la Constitución reformada.

La Comisión expresa el alcance del art. 7 de la Convención Americana y la afirmación del derecho a la libertad. El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. Y a continuación expresa los siguientes conceptos que sintetizan y valorizan el núcleo del tema: "... De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad". Considera la Comisión que la privación de libertad es un "castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados".

Al evaluar las condiciones personales por parte de los tribunales nacionales para mantener la prisión preventiva del peticionario, la Comisión admite que es ilegítimo porque vulnera el principio de inocencia, dado que esas condiciones no constituyen un criterio suficiente para justificar la extensión de la prisión preventiva por un período de cinco años⁵⁸.

La Comisión unifica los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana al sostener que ambos "... persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conllevan para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes. Sin embargo, a continuación, reconoce que no son idénticos en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable; y lo sintetiza en estos términos: "... El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y en el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin per-

sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de fecha 8 de julio de 1987 (Caso H [c.Reino Unido]), "Revista General de Derecho", n° 568-569, citando un fallo, recoge las siguientes expresiones "por proceso sin dilaciones indebidas hay que entender 'el que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en los que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción". Afirma el autor el carácter autónomo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. GIMENO SENDRA, J. V., Constitución y proceso, Ed. Tecnos, 1988.

⁵⁸ Informe cit., párrs. 95 a 98 inclusive.

juicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio”.

La Comisión, asimismo, recepta elementos largamente utilizados por la Comisión y la Corte europeas. En efecto, al tratar el artículo 8, manifiesta que “... la duración del proceso debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculgado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso”.

El órgano de control interamericano, en aplicación de estos lineamientos, considera que en el caso concreto la prolongación del proceso por más de cinco años, sin que se haya dictado sentencia en término, constituye una violación del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable que establece el art. 8.1 de la Convención Americana. También se ha violado el art. 7.5 (derecho a la libertad personal), “... en particular el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que el proceso continúe” y el art. 8.2 (el derecho a que se presuma su inocencia).

Se puede afirmar que los conceptos vertidos por la Comisión en aplicación del tratado –con jerarquía constitucional en Argentina a partir de la reforma de 1994– no concuerdan con algunas de las consideraciones de la Corte Suprema argentina en el caso citado⁵⁹.

– Para completar el panorama de interpretaciones llevadas a cabo por parte de la Comisión Interamericana, se debe mencionar el caso que lleva el n° 11.430⁶⁰, en el cual se ha establecido que “... el derecho a un proceso ‘dentro de un plazo razonable’ que prevé la Convención Americana se fundamenta, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en una privación y denegación de justicia en perjuicio de personas que invocan la violación de derechos protegidos por

⁵⁹ Caso cit. en nota 52; dice la Corte Suprema que interpreta la ley 24.390 a la luz del tratado con jerarquía constitucional, recordando el caso “Girolodi” (G.342. XXVI, sentencia del 7 de abril de 1995), donde la Corte señaló: “... la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación’ (Consid. 11).

⁶⁰ Informe 43/96, Caso n° 11.430 del 15 de octubre de 1996. Informe Anual de la Comisión IDH, 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. 14 de marzo de 1997, ps. 585 y siguientes.

la referida Convención”⁶¹. Sostiene, asimismo, que ni la Convención Americana, ni la Europea han aclarado el alcance de la expresión ‘plazo razonable’, no obstante: “... existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia de órganos internacionales de acuerdo con los cuales se ha considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios: la complejidad del litigio, la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso”⁶².

En este caso, una vez más, uno de los argumentos del Estado denunciado ha estado vinculado con la actitud del procesado como la que origina el exceso del cumplimiento de los plazos razonables durante el proceso⁶³. La Comisión, recordando a la Corte Europea en el caso “Toth”⁶⁴, contesta el planteamiento del Gobierno: “... aunque el caso era complejo y el peticionario apeló en diversas oportunidades, la prolongada duración de los trámites no podía atribuirse directamente a dicha causa. Por el contrario, la demora se habría debido a las reglas de procedimiento de las cortes austríacas, que tuvieron efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades”. Concluye la Comisión que “... a pesar de que pareciera que la conducta del detenido ha dilatado el proceso, la misma no es directamente proporcional al largo tiempo que ha transcurrido sin obtenerse sentencia”, razón por la cual el Estado denunciado se ha excedido en su obligación de brindar las garantías necesarias para que se lleve a cabo un proceso rápido y sin dilaciones en los términos establecidos por la Convención⁶⁵.

B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recientemente ha dedicado un espacio al tema convocante. En efecto, en el caso *Genie Lacayo*⁶⁶, la Corte hace referencia al art. 8.1 de la Convención Americana. Dice que el concepto de “plazo razonable” no es de sencilla definición. Y

⁶¹ El destacado es nuestro. Informe cit. en nota 60, párr. 53.

⁶² Informe cit. en nota 60, párr. 54.

⁶³ Informe cit. en nota 60, párr. 105.

⁶⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Toth c. Austria”, sentencia del 12 de diciembre de 1991, A. 224.

⁶⁵ Informe cit. en nota 60, párr. 106.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997.

agrega: “Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales...”⁶⁷.

Se puede observar que la valoración de estos elementos para encauzar el alcance del “plazo razonable” coincide con la posición de la Comisión Interamericana. En el caso bajo estudio, la Corte los aplica para sacar sus conclusiones. Cita los casos “Motta, Vernillo y Unión Alimentaria Sanders S. A.”, de la Corte europea⁶⁸, destacando que para determinar el “plazo razonable” en el conjunto del trámite, ese tribunal acude a lo que llama “análisis global del procedimiento”. Y agrega: “aun cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República [...] para formular la acusación ante el juez de primera instancia [...] han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención”⁶⁹.

C. Corte Europea de Derechos Humanos

Como ya se ha precisado, en el sistema europeo el plazo razonable es reconocido entre las garantías del debido proceso legal –art.6.1 Convención Europea de Derechos Humanos– al igual que en el sistema americano –art.8.1 Convención Americana–, y en el art.5. 3 y 4 –art. 7.5 y 6 Convención Americana–. La jerarquía de esta garantía ha sido señalada por el

⁶⁷ Caso cit. en nota 66, párr. 77.

⁶⁸ Corte Europea de DH, caso “Motta”, sentencia del 19 de febrero de 1991, A 195-A; caso “Vernillo”, sentencia del 20 de febrero de 1991, A 198; caso “Unión Alimentaria Sanders S. A.”, sentencia del 7 de julio de 1989, A 157.

⁶⁹ Caso cit. en nota 66, párr. 81. Frente al “comportamiento de las partes” como elemento de evaluación del plazo razonable, Gozáñi sostiene que “... la conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo; es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el procedimiento, obligando a demoras injustificadas; o con alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de la propia sinrazón”, Gozáñi, Osvaldo A., *La justicia, op. cit.*, p. 318.

tribunal al considerar que el alcance del ‘plazo razonable’ se lo podía tratar de oficio⁷⁰.

Tanto en materia civil, como en materia penal, la Corte Europea ha sido convocada para tratar el alcance del tema convergente. En materia civil ha sostenido que el punto de partida para la evaluación del ‘plazo razonable’ debe comenzar el día en que se acude a la jurisdicción competente⁷¹. En materia penal, se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una ‘acusación’: puede ser en el momento del ‘arresto’⁷², de la ‘acusación’⁷³, de la ‘iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado’⁷⁴, de la fecha en la cual el presunto acusado recibe la notificación de una orden de arresto⁷⁵, entre otros momentos a tener en consideración.

En cuanto al momento que debe considerarse como determinante del final para evaluar el ‘plazo razonable’, la Corte Europea engloba el conjunto del proceso. En consecuencia el mismo debe darse por concluido en el momento en que el interesado es notificado de la sentencia definitiva; en este concepto quedan comprendidas todas las apelaciones que la legislación permita⁷⁶.

⁷⁰ Corte Europea de DH, caso “Moreira de Azevedo c. Portugal”, sentencia del 23 de octubre de 1990, A 189.

⁷¹ Corte EDH, caso “Buchholz”, sentencia 6 de mayo de 1981, A 42; caso “Zimmermann y Steiner”, sentencia 13 de julio de 1983, A 66; “Pretto y otros”, sentencia 8 de diciembre de 1983; caso “Guincho”, sentencia 10 de julio de 1984, A 81; si es necesario acudir en primer término a la vía administrativa, es a partir del comienzo de la utilización de dicha vía, el inicio del cómputo del ‘plazo razonable’, caso “König”, sentencia 28 de junio de 1978, entre otros. Ver Corte Europea de Derechos Humanos, Jurisprudencia relativa al artículo 6 de la Convención por Marc-André EISSEN, Secretario de la Corte EDH.

⁷² Corte EDH, caso “Wemhoff”, sentencia 27 de junio de 1968, A 7; caso “Corigliano”, sentencia 10 de diciembre de 1982.

⁷³ Corte EDH, caso “Neumeister”, sentencia 27 de junio de 1968.

⁷⁴ Corte EDH, caso “Ringeisen”, sentencia 16 de junio de 1971, A 13.

⁷⁵ Corte EDH, caso “Eckle”, sentencia del 15 de julio de 1982, A 51.

⁷⁶ En las citas siguientes seguimos el orden mencionado en la obra citada de Marc-André EISSEN: caso “König”, sentencia del 28 de junio de 1978, A 27; caso “Wemhoff”, ya cit.; caso “Neumeister”, ya citado; caso “Delcourt”, sentencia del 17 de enero de 1970, A 11; caso “Engel y otros”, sentencia 8 de junio de 1976, A 22; caso “Foti y otros”, sentencia 10 de diciembre de 1982, A 56. Asimismo, y en cuanto a las resoluciones internas que ordenen archivar las actuaciones o retirar la acusación: caso “Ringeisen”, sentencia 16 de julio de 1971, A 13; “Minelli”, sentencia 25 de marzo de 1983, A 62.

Frente a la necesidad de acudir a la instancia correspondiente a las cortes constitucionales y su vinculación con los cómputos de los tiempos procesales, la Corte Europea determinó que deben ser tenidos en cuenta en la medida en que el resultado que se obtenga en aquéllas pueda influir en el éxito del litigio debatido ante las jurisdicciones ordinarias⁷⁷.

Corresponde reseñar, en este contexto, el tema del recurso extraordinario en el ámbito interno –argentino– y su valoración de instancia a fin de esbozar el planteo de la necesidad de acudir a él para considerar agotados los recursos internos y, de acuerdo a las circunstancias del caso, para acudir a los sistemas de protección internacionales. Para ello se deben tener en cuenta las palabras de MORELLO⁷⁸: “La concesión o denegación del recurso extraordinario –resolución que siempre debe ser fundada–, es un acto de trascendentes repercusiones. Abre o cierra la competencia del principal Tribunal de la Nación, determina los efectos suspensivos del recurso y posibilita con certeza la eventual ejecución de la sentencia”. Por lo tanto, si internamente se puede ejecutar la sentencia con el acto mencionado, mal podría internacionalmente un Estado alegar la existencia de un recurso de queja que no haya presentado el peticionario, aludiendo a la regla del agotamiento de los recursos internos. No obstante, puede una persona presentar el recurso de queja y el tiempo que demore su diligenciamiento debe computarse para el cálculo del plazo razonable en los términos de la Corte Europea que se citaron precedentemente.

Todo ello en armonía con la esclarecedora posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de los casos “Velásquez Rodríguez”, “Godínez Cruz y Fairén Garbí” y “Solís Corrales”⁷⁹, en materia de recursos internos y de excepciones a la regla del agotamiento en la jurisdicción nacional.

Algunas precisiones de la Corte Europea brindan testimonio sobre la importancia del tema; en el caso “Tomasi”⁸⁰, la Corte europea dijo que el

⁷⁷ Corte EDH, caso “Ruiz Mateos”, sentencia 23 de junio de 1993, A 262.

⁷⁸ MORELLO, Augusto Mario, *Interposición, concesión y denegación del recurso extraordinario federal (Variaciones sobre la queja)*, “El Derecho”, 16/2/1996.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988 –también, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987–; caso “Godínez Cruz”, sentencia del 20 de enero de 1989 –Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987–; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, sentencia del 15 de marzo de 1989 –Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987–.

⁸⁰ Corte EDH, caso “Tomasi”, sentencia 27 de agosto de 1992, trad. María V. GARCÍA SORIANO, en “Revista General de Derecho”, Valencia, España, n° 597, junio 1994.

período a tomar en consideración comenzó el 29 de marzo de 1983 y la fecha final fue el 6 de febrero de 1989, período de cinco años y diez meses. Sostiene que "... la responsabilidad de la lentitud apreciada pesa esencialmente sobre las autoridades judiciales. En particular, el Fiscal [...] dejó pasar más de un año y medio antes de dirigirse al tribunal de Casación para solicitar la designación de la jurisdicción de instrucción competente... Por su parte el Juez de Instrucción [...] no escuchó más que una sola vez al señor Tomasi y no parece que haya realizado ninguna actuación de instrucción entre marzo y septiembre de 1985, ni tampoco entre enero de 1986 y enero de 1987. Ha habido por consiguiente violación del art. 6.1".

El objetivo de la Convención Europea de evitar la prolongación de las detenciones provisionales, es un objetivo que se distingue del derecho a ser indemnizado por la privación de la libertad; así, en el caso Tomasi, el gobierno francés había planteado la excepción de la falta de agotamiento de los recursos internos, alegando que el peticionario disponía de un procedimiento de indemnización en el derecho interno que no había utilizado, posición rechazada por la Corte Europea. Por ello se sostiene que, de modo similar al rechazo de la excepción planteada por el gobierno y con el mismo espíritu, "la Corte [europea] no tiene en cuenta el hecho que la detención provisional se imputará, finalmente, sobre la pena, para considerar que ella se justifica"⁸¹.

En el caso "Scopelliti"⁸², el tribunal europeo puntualiza que en Italia el procedimiento civil se encuentra regido por el principio dispositivo que da a las partes el poder de impulso e iniciativa. Semejante principio no disculpa a los jueces de asegurar el respeto a las exigencias del artículo en materia de plazo razonable... En total el lapso transcurrido entre el 10 de diciembre de 1980 y el 14 de enero de 1988 no puede pasar por "razonable", dice la Corte. Ha habido, en consecuencia, violación al art. 6.1 de la Convención.

Los criterios para evaluar la razonabilidad del plazo en aplicación del artículo 5.3 de la Convención Europea, en el caso "Wemhoff", por parte

En el caso "Abdoella", sentencia 25 de noviembre de 1992, A 248, el tribunal europeo considera inaceptable que transcurrieran en total 21 meses a la hora de remitir las causas de un órgano jurisdiccional a otro. Ver comentario introductorio a este último caso por A. CATALÁ BAS en "Revista General de Derecho", n° 606.

⁸¹ PICARD, Michèle, y TITIUN, Patrick, *La Convention Européenne*, p. 219.

⁸² Corte EDH, caso "Scopelliti", sentencia 23 de noviembre de 1993, en "Revista General de Derecho", n° 608, mayo 1995.

de la Corte Europea difieren de los adoptados por la Comisión Europea en el mismo caso, situación que permite reafirmar que son los tribunales de derechos humanos en los dos sistemas regionales –europeo y americano– los intérpretes finales de las convenciones respectivas.

En el caso “Poiss”⁸³, reconociendo su complejidad, el tribunal europeo consideró que la prolongación excede lo razonable teniendo en cuenta en particular el deber de actuar con especial diligencia como imponía la transferencia provisional de las tierras –los peticionarios eran granjeros austríacos que recurrieron contra los procedimientos de concentración parcelaria llevados a cabo en sus tierras, en ocasión de un plan que afectó a 530 propietarios, entre ellos los peticionarios, a los que se les otorgaba, en compensación, otras parcelas–.

Son varios los argumentos planteados por los Estados denunciados para justificar las demoras en los procesos, sean penales o civiles, por diferenciarlos según esté en juego el ejercicio del derecho a la libertad o el de otros derechos reconocidos en los respectivos instrumentos internacionales, como ya se expusiera.

En el sistema europeo se recogen disímiles fundamentos estatales para la justificación de las demoras procesales. Así, en el caso “Baraona”⁸⁴, respondiendo a los planteos del Estado denunciado, la Corte afirmó que aun cuando la legislación interna permita al Estado –Ministerio Público– demandar una prórroga de plazos, no excluye su responsabilidad por los retardos resultantes, ya que hubiese podido renunciar a solicitar esas prórrogas o el juez rechazarlas. Si el juez hubiese adoptado esta posición, transformando en operativas las garantías convencionales, habría evitado el proceso internacional y sus efectos.

Cuando los diversos órganos que componen el Estado no asumen su nivel de responsabilidad y, por ejemplo, no aplican la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes, provocan con su accionar el desarrollo del procedimiento internacional correspondiente, con todas las consecuencias que ello implica para el Estado denunciado, en las que la reparación es sólo una de las fases que debe ser considerada.

Continuando con el sistema europeo y, en particular, con la jurisprudencia de la Corte, en otra oportunidad, un Estado justificó la demora en los procesos internos por a la gran cantidad de causas acumuladas en materia laboral, surgidas como consecuencia de un período de recesión; otro

⁸³ Corte EDH, caso “Poiss”, sentencia 23 de abril de 1987, en “Revista General de Derecho”, n° 548.

⁸⁴ Corte EDH, caso “Baraona”, sentencia 8 de julio de 1987, A 122.

Estado planteó la justificación de la lentitud procesal en la aparición de nuevos delitos económicos, la existencia de perturbaciones locales, la acumulación de competencias de ciertos tribunales o la imposibilidad práctica de una separación precisa entre las competencias de algunos tribunales nacionales fueron motivaciones que originaron en la Corte respuestas apropiadas. En efecto, la Corte Europea precisa que los Estados Partes de la Convención han asumido la responsabilidad de adoptar las medidas adecuadas con el objeto de solucionar esas situaciones, a fin de responder a las exigencias establecidas en el art. 6.1 de la Convención Europea. Como se remarcara, los Estados han argumentado “sobrecarga de trabajo”. Al respecto la Corte europea ha puntualizado: tal argumento “... no debe tenerse en cuenta: el art. 6.1 obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal manera que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias”⁸⁵.

Ante el cuestionamiento de la paralización de un año, un mes y dos semanas frente a los tribunales alemanes –una de las etapas del proceso denunciado– el Gobierno alega dos circunstancias: la constitución de una nueva Sala y los sucesivos cambios de presidente. El tribunal europeo tiene en cuenta que la duración de la causa se extiende a diez años, siete meses y tres semanas, y considera que de acuerdo a sus circunstancias “... semejante duración se revela anormal, teniendo en cuenta la particular diligencia requerida en materia de seguridad social”. El período a considerar es dividido en seis fases distintas, correspondientes a otras tantas instancias. A juicio de la Corte “quedan algunos retrasos que son imputables a ciertas jurisdicciones... Acumulados y combinados, han supuesto una superación del plazo razonable que el artículo 6.1 señala al respecto”⁸⁶.

La conducta de los demandantes es uno de los elementos que la Corte evalúa frente a la denuncia de violación a la garantía de la celeridad de los procesos. En una oportunidad se objetó el tiempo empleado para la producción de ciertas pruebas; la Corte Europea precisó al respecto que “... teniendo en cuenta los límites de las funciones de las partes en los procesos, la principal responsabilidad por el retraso en la elaboración de los informes periciales corresponde, en última instancia, al Estado. Es cier-

⁸⁵ Corte EDH, caso “Francesco Lombardo”, sentencia 26 de noviembre de 1992, “Revista General de Derecho”, n° 608, trad. José GIL CASTELLANO, mayo 1995. La Corte Europea cita el caso “Tusa”, sentencia del 27 de febrero de 1992, A 231; caso “Baggetta”, sentencia 25 de junio de 1987, “Revista General de Derecho”, n° 549, trad. J. A. R. CABELLERO, junio 1990.

⁸⁶ Corte EDH, caso “Deumeland”, sentencia 29 de mayo de 1986, “Revista General de Derecho”, n° 537, Valencia, España.

to que el juez estableció un tiempo límite de sesenta días para la preparación de cada informe; también lo requirió para que el segundo de los mismos fuera presentado, pero sólo lo hizo cuando el plazo límite había expirado y un poco antes de que se trasladara a otro destino [...]. No menos de nueve meses transcurrieron hasta que efectivamente fue reemplazado; durante dicho período el proceso permaneció paralizado y, en consecuencia, nadie pudo comprobar el ritmo de trabajo del perito... ⁸⁷.

En torno al comportamiento de las partes, la Corte Europea tiene en cuenta su relación con la complejidad del caso, otro de los elementos siempre evaluados, frente a la pluralidad de partes, marcando la importancia de lo que estaba en juego para la demandante –el proceso no solamente era decisivo para las futuras relaciones de la madre con su propia hija, sino que estaba marcado por la irreversibilidad, dado el pedido de adopción pendiente–. En semejantes casos, sostiene la Corte, incumbe a las autoridades demostrar una excepcional diligencia... pues cualquier retraso en el proceso corre el peligro de resolver, antes de los debates, la cuestión sometida al tribunal... ⁸⁸.

D. Comité de Derechos Humanos

También el Comité de Derechos Humanos creado a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art.28– ha analizado el tema en el contexto de los artículos 9.3 y 14.3.c) del instrumento que viene de citarse.

Al respecto, el Comité ha debido pronunciarse sobre el alcance del “plazo razonable”, a fines de los años setenta, es decir, desde el inicio de sus actividades, en relación con el ejercicio del derecho a la libertad personal. Este órgano de control internacional ha especificado, en cuanto a la duración del procedimiento ante el Tribunal de Apelación debido al retraso en presentar las transcripciones del juicio –el autor de la comunicación era un ciudadano de los Estados Unidos que cumplía una condena de pri-

⁸⁷ Corte EDH, caso “Capuano”, sentencia 25 junio de 1987, “Revista General de Derecho”, n° 555, diciembre 1990, traducción de Manuel MENÉNDEZ ALZAMORA, A 119.

⁸⁸ Corte EDH, caso “H c. Reino Unido”, sentencia 8 de julio de 1987, trad. Alejandro H. CATALÁ BAS, “Revista General de Derecho”, n° 568-569, enero/febrero 1992. También en el caso “Clerc”, sentencia 26 de abril de 1990, A 176, en el Informe de la Comisión europea –12/7/89– con respecto al argumento del Estado demandado –Francia– acerca del uso, por parte del peticionante, de todos los recursos que el derecho francés ponía a su disposición, la Comisión respondió “... no se puede censurar a un acusado por utilizar en un procedimiento penal todos los recursos normales que le proporciona el derecho interno”.

sión en Canadá–, que “... después de considerar toda la información relacionada con la demora de dos años y medio en la presentación de las transcripciones del juicio a efectos de la apelación, el Comité opina que las autoridades de Columbia Británica deben ser consideradas objetivamente responsables. Aun en las circunstancias particulares del caso, esta demora parece excesiva y podría haber sido perjudicial para la eficacia del derecho de apelación”. A continuación, el Comité reconoce la posición del gobierno en el sentido de afirmar que la Corte Suprema de Canadá tiene competencia para receptar esas quejas. Y agrega: “... no obstante, no parece probable que este recurso hubiera permitido evitar la demora. En este sentido, el Comité hace notar que el derecho proclamado en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 a ser juzgado sin demora indebida, debería aplicarse juntamente con el que se estipula en el párrafo 5 del artículo 14 a recurrir ante un tribunal superior y que, por consiguiente, en este caso se han violado las dos disposiciones consideradas en conjunto”⁸⁹.

La conculcación del derecho a ser juzgado sin demora fue denunciada reiteradamente en la época a la que se hizo referencia en el párrafo precedente ante el Comité de Derechos Humanos. Surge en las publicaciones oficiales⁹⁰ que este órgano de protección internacional ha respondido conforme al núcleo irreductible de los derechos en litigio, al contexto de las situaciones y al espacio donde se desarrollaron los hechos que motivaron las violaciones.

Con posterioridad, en un caso donde el peticionante estuvo detenido dos meses y medio antes de comparecer ante un juez o un funcionario judicial autorizado para decidir si su detención era ilegal, el Comité afirmó: “que una demora de más de dos meses vulnera lo expuesto en el párrafo 3 del artículo 9 [...] el derecho del autor en virtud del párrafo 4 del artículo 9 también queda vulnerado, ya que no tuvo la oportunidad a su debido tiempo y por propia iniciativa de recurrir ante un tribunal para que éste decidiera sobre la legalidad de su prisión”⁹¹.

En otro caso, el Comité observó que el Tribunal de Apelación rechazó la apelación interpuesta por los peticionarios el 10 de junio de 1981, pero no emitió un fallo por escrito hasta el 17 de julio de 1986; transcurrie-

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, Comunicación 27/1978, 29 de octubre de 1981, “Larry James Pinkney c. Canadá”, párr. 22.

⁹⁰ Ver doc.: Comité de Derechos Humanos, Selección de decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo (2º al 16º período de sesiones), N. U., Nueva York, 1988.

⁹¹ Comité de DH, Comunicación 330/1988 (“A. B. c. Jamaica”) Doc. CCPR/C/50/D/330/1988.

ron otros cuatro años antes de que el fallo fuera transmitido "... al abogado principal en Londres, que únicamente entonces pudo dar su opinión sobre el fondo de la cuestión de la solicitud de un permiso especial para apelar ante el Comité Judicial del Consejo Privado [...] El Comité concluye que los derechos de los autores en virtud del apartado c) del párrafo 3 y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto han sido violados"⁹².

Reiterando su posición, el Comité recuerda que el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto debe interpretarse en el sentido de que, si el derecho interno prevé otras instancias de apelación, la persona con sentencia condenatoria debe tener acceso efectivo a cada una de ellas, y "... refirma que el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 debe leerse juntamente, a fin de que [el peticionario] pueda ejercer el derecho a la revisión de la condena y la sentencia sin demora indebida en todas las instancias"⁹³.

Para concluir con las citas de algunos casos sometidos a consideración del Comité creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ese órgano internacional manifestó: "... una demora de casi cuatro años entre el juicio del Tribunal de Apelaciones y el inicio del nuevo proceso, período durante el cual el autor permaneció detenido, no puede considerarse compatible con las disposiciones del párrafo 3 del artículo 9 y el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto..."⁹⁴.

De esta forma el derecho a la libertad personal y el debido proceso encuentran en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la protección internacional proyectada a través de interpretaciones precisas.

V. Algunas conclusiones

Ocupa un lugar destacado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional o sin ella, el reconocimiento reiterado del derecho a un proceso sin dilaciones, ya se trate de acusaciones penales o de la determinación de otros derechos y obligaciones. El derecho a la libertad personal, debidamente garantizado, con su propio es-

⁹² Comité de DH, Comunicación n° 445/1991 ("L. C., D. P. y O. C. c. Jamaica"); Doc. A/49/40, vol. II.

⁹³ Comité de DH, Comunicación n° 355/1989 ("G. W. R. c. Jamaica"); Doc. A/49/40, vol. II.

⁹⁴ Comité de DH, Comunicación n°447/1991, "L. S. c. Trinidad y Tobago", dictamen del 4/4/1995, CCPR/C/53/D/447/1991.

pacio y sus singularidades, recepta el requisito convocante entre las normas que deben regir en los procesos internos.

Por otra parte, entre las normas que deben regir los procesos internacionales, algunas de ellas han establecido la determinación de plazos razonables en la dinámica especial que los enmarcan.

El derecho a ser oído dentro de un plazo razonable constituye el principio general; el derecho a una decisión sin retardos, un sector de aquél principio.

De acuerdo a algunas posiciones extraídas de ciertos órganos de control internacionales se puede sostener que en el sistema regional americano de protección de los derechos humanos, las exigencias impuestas en materia de legalidad de la privación de la libertad vinculadas al requisito del “plazo razonable” o a otras pautas, han sido violadas reiteradamente; ocupando, en consecuencia, un espacio esencial entre las actividades desplegadas por dichos órganos. Ello no se debe interpretar como la inexistencia de violaciones al debido proceso legal, en materia de pautas temporales, por parte de los Estados Americanos, en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter de los habitantes que se encuentran bajo su jurisdicción, como establece el artículo 8 de la Convención Americana.

Similares conceptos pueden aplicarse al sistema universal, a través de las decisiones del Comité en el marco del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, en el sistema regional europeo, el alcance del “plazo razonable” se ha planteado y ha sido interpretado tanto en acusaciones penales, cuanto en la determinación de los derechos y obligaciones civiles.

Se puede afirmar, asimismo, que hay jurisprudencia generada por los órganos de control del sistema regional europeo, esencialmente por la Corte Europea de Derechos Humanos, que comienza a ser receptada por los órganos de otros sistemas internacionales e inclusive también por algunos tribunales nacionales, que consiste en evaluar el concepto de “plazo razonable” dentro del cual se debe desarrollar el proceso, de acuerdo a las circunstancias de la causa, teniendo en consideración tres elementos: a) la complejidad del caso; b) el comportamiento del peticionario y c) la conducta de las autoridades competentes.

Las similitudes y diferencias entre los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana –equivalentes a los artículos 5.3 y 6.1 de la Convención europea y 9.3 y 14.1.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente– que viene de sostener la Comisión Interamericana, así como la interpretación de la segunda de las normas citadas –art. 8.1 de la Convención Americana– por parte de la Corte Interamericana transitan una etapa que abre perspectivas interesantes para la obtención de criterios interpretativos mínimos y uniformes en el sistema interamericano.

También se puede afirmar que, además de la aceptación generalizada de la necesidad del estudio de las circunstancias del caso, hay una tendencia en la búsqueda de pautas objetivas para la determinación de los plazos cuando se trata de detenciones preventivas y, en general, de privaciones a la libertad personal. Tendencia que se extiende y debería expandirse a todos los procesos y que debe ser aprehendida por los tribunales nacionales, en concordancia con la posición sustentada por la Corte Suprema argentina en el caso “Giroldi”⁹⁵.

Asimismo, y como corolario del sistema de protección de los derechos humanos, existe una tendencia a responsabilizar al Estado frente al exceso de los plazos en los que debe desarrollarse un proceso; ello así, debido a su responsabilidad primaria e indelegable de organizar el sistema de justicia de manera de poder brindar a todos los habitantes que se encuentran bajo su jurisdicción las condiciones adecuadas para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en las constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este principio es aplicable a los procesos en general y, en particular, en materia de legalidad de la privación de la libertad. El fundamento del valor de la libertad, en este entorno, lo ofrece la Comisión Interamericana: “... la posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados”⁹⁶.

Las justificaciones intentadas por los Estados frente a la demora en los procesos llevados a cabo ante los tribunales nacionales, basadas fundamentalmente en la complejidad del caso, en el comportamiento del interesado, o en circunstancias excepcionales por las que atraviesan los Estados, han sido rechazadas, en general, en forma reiterada. Dan prueba de ello, espe-

⁹⁵ Corte Suprema argentina, caso “Giroldi, H. D. y otros”, 7/4/1995. En el Considerando 11 se dijo: “Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana... ”.

⁹⁶ Comisión IDH, Informe n° 12/96, Caso 11.245, 1° de marzo de 1996, en OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev. 28 de febrero de 1996, p. 55.

cialmente, los fallos del tribunal europeo, que deben ser valorados en tanto medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Las conceptualizaciones emanadas de los órganos internacionales deben ser aplicadas, en lo que les compete, a los procesos internacionales. En el ámbito internacional, un Estado no puede, por ejemplo, so pretexto de prometer la modificación de legislaciones internas anacrónicas, o la obtención de normas reparadoras frente a la acción u omisión de la autoridad pública que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad derechos y garantías convencionales, o esbozando la posibilidad de arribar a una solución amistosa, solicitar prórrogas sobre prórrogas, en perjuicio de los peticionantes que acceden a los órganos de control internacionales, dilatando, con dicho accionar, irrazonablemente aquellos procesos. También en el ámbito internacional éstos deben llevarse a cabo sin dilaciones. Para ello, los textos de los tratados, los estatutos de los órganos de control internacionales y sus reglamentos, así como la extensión de interpretaciones convencionales emanadas de los órganos competentes con efecto en el ámbito interno, coadyuvan a la fijación de plazos razonables en beneficio de las personas.

Estas consideraciones generales tienden a la búsqueda de soluciones para los ciudadanos que deben acudir a los tribunales, ante la perduración incólume de las siguientes palabras: "... las causas entraban con frecuencia en el resorte de su jurisdicción sin que se supiese de dónde venían y salían de ella sin que se supiese por dónde..." (F. KAFKA).

Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales

**Víctor Abramovich
Christian Courtis**

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales y culturales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente. La intención global de este trabajo es la de demostrar que la adopción de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales generan obligaciones concretas al Estado, que –asumiendo sus particularidades– muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.

Para ello, presentaremos nuestros argumentos de acuerdo al siguiente plan. Como primer punto, señalaremos la relatividad de la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, sustentando la idea de que existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos. En segundo término, desarrollaremos la noción de que todos los derechos económicos, sociales y culturales tienen al menos algún aspecto que resulta claramente exigible judicialmente. Apoyamos este desarrollo en jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales que confirma la existencia de aspectos similares entre ambas categorías de derechos, presentando algunos criterios concretos que hacen justiciables derechos sociales aun cuando pueda considerarse formalmente que la norma invocada consagra un derecho civil

o político. Luego presentamos principios de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales que emanan de la labor de los órganos de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y señalamos algunas obligaciones concretas que este Pacto genera a los Estados parte. Dedicamos una parte sustancial del trabajo a la elaboración teórico-dogmática de la prohibición de regresividad, como obligación concreta del Estado que resulta directamente justiciable.

I. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exigibles

Aquellos que creen ver en la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad utilizan algunos argumentos que brevemente procuraremos enunciar, junto con las principales réplicas que han recibido en la doctrina y algunas consideraciones que estimamos oportuno realizar al respecto.

Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten de diferenciar la naturaleza de estos derechos, con la de los derechos civiles y políticos. Uno de los argumentos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público¹. De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen².

¹ Ver HAYEK, F. v., *Law, Legislation and Liberty*, Londres, 1976, vol. 2, cap. 9.

² Otro intento de diferenciación consiste en vincular un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos au-

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del papel y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa³. Sin embargo, incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica, como Adam SMITH y David RICARDO, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas “obligaciones negativas” del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio

tores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan sólo obligaciones de conducta. La diferencia tiene efectos concretos al momento de juzgar si un Estado ha violado un Tratado. En materia de derechos civiles se sostiene, la actividad del Estado contraria al deber de abstención produce la violación. La responsabilidad del Estado emana de resultados, sin que existan condiciones necesarias que supediten el cumplimiento de las normas en el Pacto respectivo. La violación sólo depende de la voluntad del Estado. Las obligaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, por el contrario, son principalmente de comportamiento. Como sostiene GARRETÓN MERINO con cita de NIKKEN: “*Su realización no depende “de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente”*. La violación, por lo tanto, no emana de un acto sino de una omisión, muchas veces condicionada a la existencia de recursos que permitan la satisfacción de estos derechos, por lo que para establecer que un Estado los ha violado no basta con comprobar que no se está gozando “*sino que el comportamiento del poder público, en orden a alcanzar este fin, no se ha adecuado a los standards técnicos apropiados*” (GARRETÓN MERINO, R., *La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, San José, 1996, p. 59. Lo citado en cursiva, NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, 1994. Ver EIDE, A., *Future Protection of Economic and Social Rights in Europe*, en BLOED, A. et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, p. 187-219. En contra, VAN HOFF, G., *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, en ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp. 97-110; ALSTON, P., *No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant*, en EIDE, A. y HELGESEN, J. (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, 1991. Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para distinguir derechos civiles y políticos de derechos económicos, sociales y culturales.

³ Carlos NINO califica a esta posición de “liberalismo conservador”, aunque aclara que es “más conservador(a) que liberal”. Ver NINO, C., *Los derechos sociales*, en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993, p. 17.

de la libertad individual. En SMITH, por ejemplo, se asigna al Estado un papel activo en la creación de las condiciones institucionales y legales en la expansión del mercado⁴. Lo mismo cabe señalar con respecto a muchos otros derechos “civiles y políticos”: el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la actuación de un colectivo de personas en cuanto tal, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.)⁵. Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de “obligación negativa”, es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares –por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o bien la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados–, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado⁶.

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición de la noción de Estado moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a “naturalizar” esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más

⁴ Cf. al respecto SMITH, A., *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Nueva York, 1937; BILLET, L., *Political order and economic development: reflections on Adam Smith's Wealth of Nations*, en “Political Studies 35”, 1975, ps. 430 y ss.; Santos, B. DE SOUSA, *Sobre los modos de producción del derecho y del poder social*, en *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, 1991, ps.175-8.

⁵ Ver VAN HOOFF, G., cit., ps. 97 y siguientes.

⁶ Cf. al respecto la opinión de NINO, C., *Los derechos sociales*, cit., ps. 11-17.

que diferencias sustanciales⁷. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina “derechos-prestación”⁸. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. Discutiremos este punto con más detalle, pero desde ya adelantamos que muchas de las acciones legales tendientes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, CONTRERAS PELÁEZ, haciéndose cargo de la imposibilidad de distinción tajante entre ambos tipos de derechos, afirma que “(p)ara los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”⁹.

Es aún posible señalar otro tipo de dificultad conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, marcando las limitaciones de estas diferenciaciones y refirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial. La concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que generan obli-

⁷ Cf. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21: “No existen, en resumen, obligaciones “negativas” puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos”.

⁸ Cf. CONTRERAS PELÁEZ, F., cit., ps. 17-20; DE CASTRO, B., *Los derechos sociales: análisis sistemático*, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981, ps. 15-17.

⁹ CONTRERAS PELÁEZ, F., cit., p. 21.

gaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más clásico al respecto, aunque no el único¹⁰. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa, ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos¹¹. Desde el ángulo inverso, la tradicional calificación de los derechos de sindicalización y huelga como derechos sociales también ha generado dificultades teóricas, ya que la distinción obligación negativa/obligación positiva resulta infértil al respecto. Algunos autores consideran que se trata de casos especiales de derechos civiles y políticos, y otros explican su adscripción al catálogo de derechos económicos, sociales y culturales a partir de argumentos históricos, reconociendo que no pueden ser caracterizados esencialmente como derechos que generen obligaciones positivas al Estado. Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenador, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente pasibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal

¹⁰ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 21.1: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*” (el destacado es nuestro).

¹¹ Cf. EWALD, F., *L'État Providence*, París, 1985, Libro IV.2.

sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda¹². En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria.

En línea con lo dicho, VAN HOOFF propone un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a su propuesta, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: una obligación de respetar, una obligación de *proteger*, una obligación de *garantizar* y una obligación de *promover* el derecho en cuestión¹³. Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones negativas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de proteger, asegurar y promover parecen envolver un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende VAN HOOFF, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Bajo el impacto de un proceso de marcada interdependencia¹⁴ entre am-

¹² Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo a VAN HOOFF, el Estado violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables. Ver VAN HOOFF, G., cit., p. 99. Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cf. las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre el informe presentado por la República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), puntos 11, 19 y 20 (citado por STEINER, H. y ALSTON, P., *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996, ps. 321-321).

¹³ VAN HOOFF, G., cit., p. 99. La distinción fue sugerida originalmente por Henry SHUE, *Basic Rights*, Princeton, 1980.

¹⁴ En el campo del derecho internacional, “(l)a interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales ha sido siempre parte de la doctrina de las Naciones Unidas” (STEINER, H. y ALSTON, P., cit., p. 263). Se menciona con

bas categorías de derechos, ellos requieren de los Estados en determinadas ocasiones obligaciones de garantizar y en otras obligaciones de promover. Por ejemplo, señala VAN HOOFF, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse –mediante la protección policial–, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar ni de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado.

El autor ilustra el modelo de las cuatro obligaciones en relación al derecho a la alimentación adecuada (arts. 11.1. y 11.2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC). Así, sostiene que la obligación de *respetar* el derecho a una alimentación adecuada, implica que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituye la única o principal forma de asegurar su alimentación, salvo que se adopten medidas alternativas apropiadas.

La obligación estatal de *proteger* el derecho incluye el deber de prevenir que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación, por otras personas, por ejemplo grupos económicos dominantes, en aspectos diversos como acceso a la tierra, al agua, al mercado, al trabajo.

La obligación de *garantizar* el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad, por ejemplo en casos de emergencia en los cuales el Estado debe agotar hasta el máximo de sus recursos para satisfacer las necesidades alimentarias. La obligación de garantizar el de-

frecuencia el discurso del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt en su mensaje de 1944 al Congreso como pionero de la noción de interdependencia: “Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres” (ROOSEVELT, F. D., Decimoprimer mensaje anual al Congreso de los EE.UU., 11 de enero de 1944, citado en STEINER, H. y ALSTON, P., cit., p. 258). Desde el campo de la filosofía del derecho, se afirma que “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido carece de todo valor” y que “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, ps. 486-487).

recho puede cumplirse por ejemplo recurriendo a la ayuda internacional para adquirir mayores recursos (art. 11.2, PIDESC) o implementando una reforma agraria en orden a mejorar la producción y distribución de los alimentos. Señala el autor que es difícil anticipar en abstracto qué medidas debe adoptar en cada situación un Estado para satisfacer adecuadamente su obligación de garantizar el derecho, pero lo cierto es que el Estado habrá violado claramente el precepto cuando en una situación de escasez de alimentos se limite a no hacer nada.

La cuestión de los medios a adoptar por el Estado es trasladable a la obligación de *promover* el derecho a la alimentación, pues se trata de medidas de largo alcance que en algunos casos podrían consistir, sostiene VAN HOOFF, en la implementación de programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola¹⁵.

Como puede apreciarse, amén de la aplicación que hace VAN HOOFF de este esquema al derecho a la alimentación, el cuadro es perfectamente

¹⁵ Ver VAN HOOFF, G., cit., p. 99. Al proponer una tipología similar de las obligaciones estatales, Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocará indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo –Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986– y que por lo tanto en un primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del estado de respetar la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo –o de colectividades como los indígenas– en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de proteger esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela es la más importante que ejerce el estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es similar al rol que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de asistencia que puede asumir formas diversas, por ejemplo el art. 11.2 del PIDESC, y una obligación de satisfacción –que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades. De tal modo afirma el autor, el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si enfocamos las obligaciones estatales en relaciones a los derechos económicos, sociales y culturales sólo en el tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas a los derechos civiles y políticos sólo en el primer nivel (respeto). Ver EIDE, A., *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, en EIDE, A., KRAUSE, C. y ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, ps. 21-49, en especial ps. 36-38.

aplicable a todo el espectro de derechos, sean éstos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física y psíquica (y correlativas prohibiciones de muerte y tortura), derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos, ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger, asegurar y promover estos derechos, a través de medidas diversas que van desde la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos, el juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales a sus perpetradores, la reparación a las víctimas, la modificación de la legislación que establezca fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura, la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad, la inclusión de formas de educación en derechos humanos en los planes de estudio regulares, etcétera.

El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción, la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia “juridicidad” de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Esta subordinación, denominada “condicionante económico”, relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados “derechos de segunda categoría”¹⁶.

Cabe repetir que esta objeción parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta¹⁷. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos,

¹⁶ BARBALET, J. M., *Citizenship*, Milton Keynes, 1988, p. 82; PLANT, R., *Needs, Agency and Rights*, en SAMPFORD, C. y GALLIGAN, D. J. (eds.), *Law, Rights and the Welfare State*, Beckenham, 1986, p. 31.

¹⁷ Cf., en el mismo sentido, la opinión de ALEXY, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo a su denominación, “derechos a acciones positivas del Estado”. Estos incluirían los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento (que a su vez subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la

sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerá la extensión y alcances de la exigibilidad de uno y de otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se definirían a través de la obligación de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación, etcétera.

En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que pueden exigirse del Estado. Con cierto automatismo, suelen vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar la satisfacción de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados:

a) Por un lado, algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de *establecer algún tipo de regulación*, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada. En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuen-

participación en la formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto. Ver ALEX, R., cit., ps. 419-501.

cias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia. Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición. Aún más, la sola creación de una norma permisiva que faculte a celebrar u acto de creación o de incorporación a una institución –*verbigracia*, de una norma que establezca los requisitos para casarse, para crear un sindicato, una asociación o un partido político, para presentarse como candidato a un cargo, para requerir información pública a los poderes del Estado, etc.– resultaría insuficiente para satisfacer plenamente los derechos a los que se alude. La satisfacción de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas –por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.–, de prohibiciones para el Estado –por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio– o incluso de mandatos para el Estado –obligación de reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales–.

b) En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etc., tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de

establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados. En otros casos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo de promover o favorecer el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se limitan al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona “el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros, y no sólo al propio Estado.

c) Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público –por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular, o la organización del sistema educativo público–, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura –por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo–, la gestión pública de créditos diferenciales –por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda–, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etcétera.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que pueden caracterizar un derecho es sumamente variado. Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de judiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas

de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas. Discutiremos algunas de ellas a lo largo del trabajo.

Por último, de acuerdo a algunas posiciones teóricas, las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales superan el marco del Estado y deben situarse en el plano de la cooperación internacional. Más allá de las atendibles razones de esta postura, el marco de este trabajo sigue refiriéndose a las obligaciones concretas que asume el Estado cuando adopta un instrumento internacional que consagra derechos económicos, sociales y culturales. Ello, debido a que, aun en el contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria. Nuestra intención es la de señalar la necesidad de implementación de formas concretas de exigir el cumplimiento de esta autolimitación por parte del sujeto obligado (el Estado) y por iniciativa de los sujetos beneficiarios (las personas).

II. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos¹⁸. Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho¹⁹. Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (por ejemplo, del

¹⁸ Hartley DEAN denomina a este proceso la juridificación del bienestar. Ver DEAN, H., *The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance*, en KJONSTAD, A. y WILSON, J. (eds.), *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1995, ps. 3-27.

¹⁹ Ver, en este sentido, International Human Rights Internship Program, *Una onda en aguas tranquilas*, Washington, 1997, p. 15.

derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre –art. 11.1 y 11.2, PIDESC–) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho²⁰.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.

En opinión de SCHEININ²¹ existen razones falsas y verdaderas que contribuyen a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre las razones falsas señala a las concep-

²⁰ Cf. al respecto, la posición clásica de Kelsen: “Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica –especialmente un Tribunal– tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción –demanda o queja– del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja” (Kelsen, H., *Teoría General de las Normas*, México, 1994, ps. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que “(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión” (Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid, 1995, p. 917).

²¹ Scheinin, M., *Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self Executing Treaties*, en Drzewicki, K., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Turku, 1994, ps. 73-87.

ciones que atribuyen la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables²². Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal²³. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos

²² Cf., al respecto, el voto separado del juez PIZA ESCALANTE, en la Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, punto 6: "... la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, "exigibles directamente por sí mismos", y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, "exigibles indirectamente", a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-4/84, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", del 19 de enero de 1984).

²³ Ver, al respecto, el lúcido análisis de José Reinaldo DE LIMA LOPES, *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito*, en FARIA, J. E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994, ps. 114-138.

económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Algunas de las facetas que se señalan al respecto están vinculadas con el carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, o bien la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente. Aun advirtiendo esta dificultad teórica –que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de *algunas* obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales– es necesario realizar un análisis teórico pormenorizado para deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de derechos económicos, sociales y culturales resulte corregible mediante la actuación judicial.

Por un lado, como hemos dicho, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Además de algunos de los ejemplos dados, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cf. art. 2.2 del PIDESC), que de hecho constituye centralmente una obligación negativa para el Estado. Este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basado en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulta discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, ve-

rificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la manifestación viciada de voluntad del Estado, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión. Este es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia la personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho económico, social y cultural. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido *a priori* (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o *a posteriori* (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de

casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la no producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a una grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*²⁴, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tanto en el caso del párrafo anterior –pluralidad de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables– como en el de este párrafo –decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia, y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos– las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica

²⁴ Ver, al respecto, Código Brasileño de Defensa del Consumidor, art. 81.

de los derechos, y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo DE LIMA LOPES, “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre”²⁵. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo muy limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos²⁶. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

²⁵ LOPES, J., cit., p. 136.

²⁶ Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de des-segregación racial del sistema educativo público, y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales, ofrecen ejemplos de estos casos-límite de activismo judicial. Evidentemente, el activismo judicial es motivado por la gravedad de la violación a los derechos en cuestión. Ver, como ejemplo de estos casos, “Wyatt vs. Stickney”, 344 F. Supp 373, 1972.

Por último, y como ya lo hemos adelantado, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales –surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado– resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. Ya hemos dicho que en muchos casos puede reconducirse la exigencia de derechos económicos, sociales y culturales al reclamo de derechos civiles y políticos, y en estos casos los mecanismos procesales tradicionales resultan al menos parcialmente adecuados. Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos²⁷. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, los mandados de *segurança* y de *injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar además que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica justamente en los privilegios con que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De mo-

²⁷ Cf. al respecto la opinión de FERRAJOLI: “Más difícil resulta hallar el equilibrio en materia de derechos sociales, aunque sólo sea porque las correspondientes técnicas de garantía son más difíciles y están bastante menos elaboradas... (S)ería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino ya de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante participación judicial de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación a los poderes públicos” (FERRAJOLI, L., cit., ps. 917-918).

do que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna característica* o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación. En palabras de ALEXY: “Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (alemán), en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”²⁸.

En la sección siguiente daremos ejemplos concretos de jurisprudencia de órganos internacionales de derechos humanos que han aplicado los criterios teóricos hasta aquí reseñados.

III. Obligaciones positivas, derechos sociales y justiciabilidad. Reseña jurisprudencial

Como ya ha quedado dicho, lejos de sostener que existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos, algunos autores afirman que existen por el contrario, obligaciones comunes a todos los derechos humanos. Esta visión integradora de los derechos humanos ha tenido interesantes efectos en la interpretación renovada de los derechos civiles y políticos, tanto por los órganos del sistema de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, CDH) como a nivel regional europeo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH), contribuyendo a flexibilizar la tradicional barrera que separaba a estos derechos de los derechos económicos, sociales y culturales, y aportando nue-

²⁸ Cf. ALEXY, R., cit., p. 497.

vas perspectivas al problema de la justiciabilidad de estos últimos. Los casos correspondientes al TEDH resultan particularmente relevantes para ilustrar nuestra posición y para proyectar su aplicación sobre nuestro medio, ya que el derecho positivo que el tribunal aplica –el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), habitualmente clasificado como instrumento que establece derechos civiles y políticos, y no derechos económicos, sociales y culturales– tiene evidentes analogías con la Convención Americana de Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica (CADH). Como veremos, de las decisiones comentadas se desprende la relatividad y aun la poca utilidad de esa distinción. En estos precedentes se ha afirmado que corresponden a los derechos civiles obligaciones de los Estados que van más allá de la mera abstención, y que consisten en la adopción de acciones positivas como único medio idóneo para tutelar el derecho²⁹. En algunas ocasiones la afirmación de tales deberes positivos

²⁹ Son numerosos los ejemplos de obligaciones positivas impuestas a los Estados en materia de derechos civiles. El TEDH, en el caso “Marckx” del 13/6/1979 (Publ. TEDH, Serie A, n° 31), interpretando el art. 8 del CEDH sobre protección de la privacidad y la vida familiar sostuvo: “El objeto de este artículo es esencialmente proteger al individuo contra las arbitrarias interferencias de las autoridades públicas. No obstante el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal” (Pár. 31). En el caso “X e Y vs. Países Bajos” del 26/3/198 (Publ. TEDH, Serie A, n° 91), se trató la situación de una joven discapacitada mental de 16 años que resultó violada. Su padre efectuó la denuncia policial pero el fiscal decidió no promover la acción penal, resolución contra la cual el padre de la menor recurrió. La Corte de Apelaciones desestimó el recurso por entender que siendo la menor incapaz de promover la acción, nadie más podía hacerlo en su representación. El TEDH consideró que la protección de la vida privada requería del Estado la adopción de medidas positivas de protección aun en la esfera de las relaciones entre los individuos. Si bien se estimó que la elección de los medios correspondía al margen de apreciación del Estado, en el caso particular el Tribunal sostuvo que la única medida idónea era la promoción del procedimiento criminal, por lo que el Estado había violado la Convención. Como resultado del fallo se modificó la legislación criminal, otorgándosele a los representantes de los discapacitados mentales legitimación para promover acciones penales en relación a delitos en que resultaran víctimas sus representados. En el caso “Plattform Ärzte für das Leben” del 21/6/1988 (Publ. TEDH, Serie A, n° 139), un grupo antiaborto denunció al Estado de Austria al estimar que la falta de protección policial de una manifestación que había organizado permitió a los grupos pro aborto interrumpirla, violándose de tal forma el derecho a realizar reuniones pacíficas (art. 11 de la CEDH). El TEDH consideró que el efectivo ejercicio de ese

coincide con la valoración del contexto económico y social en que los derechos civiles y políticos pretenden ejercerse, y del reconocimiento de que existen obstáculos materiales que impiden el goce en plenitud de esos derechos³⁰. Este enfoque contribuye a atenuar las barreras tradicionales entre ambos pares de derechos, principalmente al orientarse a proteger a la población económicamente vulnerable en el ejercicio de sus libertades fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, o el acceso a la justicia. En otras ocasiones los derechos económicos, sociales y culturales resultan analizados a la luz de la obligación de no discriminación y de garantía del debido proceso. En otros casos los derechos económicos, sociales y culturales actúan como límites razonables al ejercicio de un derecho civil. Analizaremos brevemente algunas de estas decisiones.

A. Obligaciones positivas en materia de derechos civiles y políticos en virtud del contexto económico y social

En un contexto económico y social desfavorable el ejercicio de los derechos civiles resulta evidentemente obstaculizado. Si el Estado se limitara a no intervenir, su comportamiento lejos estaría de garantizar el goce del derecho –más bien equivaldría a abandonar al ciudadano a su propia suerte–. Así lo ha entendido en relación al derecho a la vida consagrado en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el Comité de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar dicha norma en el sentido de que de ella deriva la obligación de los Estados de eliminar las amenazas reales en contra de este derecho³¹.

derecho no reducía la obligación del Estado a no intervenir, sino que lo obligaba a adoptar todas las medidas razonables y apropiadas para garantizar que la manifestación legal se desarrollara pacíficamente. Sin embargo entendió que el Estado no podía garantizar el resultado y que en el caso la policía había actuado correctamente. En el ámbito del sistema interamericano la CIDH fijó el sentido del término garantizar en el art. 1 de la Convención Americana al afirmar que los Estados deben: “organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de estas obligaciones los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29/7/1988, pár. 166).

³⁰ Cf. ALEXY, R, cit., ps. 486-489.

³¹ Observación General n° 6, Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37th Session, Supplement n° 40 (A 39/40), 1982. También ver Observación General n° 14, sobre el derecho a la vida y las armas nucleares (A 40/40).

“El Comité ha notado que el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión “derecho a la vida inherente a la persona” no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”.

Sin lugar a dudas la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el CDH roza obligaciones del Estado que corresponden a algunos derechos sociales, como el derecho a un nivel de vida adecuado que comprenda estándares apropiados de vivienda y alimentación (art. 11, PIDESC) y el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12, PIDESC) dejando en claro la cada vez más difícil separación entre ambas categorías de derechos³².

En el caso “Airey”³³ el TEDH enfrentó la cuestión de los obstáculos materiales al ejercicio de las libertades consagradas en el CEDH y el borroso límite que suele separar las dos tradicionales categorías de derechos. La Señora Johana Airey no pudo encontrar un abogado que la asistiera en el procedimiento de separación judicial de su esposo ante la *High Court* del estado de Irlanda. En ese país el procedimiento de separación judicial sólo podía tramitarse ante ese tribunal que por su jerarquía y procedimientos requería el auxilio de abogados cuyos honorarios eran excesivos para la reclamante. La complejidad probatoria del proceso y la práctica habitual de ese Tribunal hacían poco probable que la reclamante pudiera llevar adelante su separación sin patrocinio letrado, aun cuando la legislación irlandesa no lo impedía expresamente. Irlanda no había organizado hasta ese momento un sistema de asistencia jurídica gratuita que incluyera

³² Sobre la desaparición de los límites entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos ver VILJAMEN, Ver, *Abstention or Involvement? The Nature of State Obligations Under Different Categories of Rights*, en DRZEWICKI, K., KRAUSE, C. y ROSAS, A. (eds.), cit., ps. 43-66. La autora señala como ejemplo al respecto la interpretación amplia del derecho civil a elegir el lugar de residencia y su vinculación con el derecho social a la vivienda y por otro lado, cómo numerosos requerimientos vinculados a la idea de vivienda digna a partir de la interpretación del derecho a la vivienda, se vincula con algunos derechos civiles fundamentales, como el derecho a la vida privada, a la protección de la familia y del ámbito familiar.

³³ Caso “Airey” del 9/10/1979 (Pub. TEDH, Serie A, n° 32), que puede consultarse en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, ps. 563-577.

asuntos de familia. La reclamante invocaba la violación entre otras normas del art. 6.1 del CEDH, que consagra el derecho de acceso efectivo ante los Tribunales. En lo que interesa a nuestro razonamiento, el núcleo del conflicto planteado en el caso consistía en desentrañar qué tipo de obligaciones imponía a Irlanda la norma de la Convención, pues si bien el Estado demandado no había hecho nada para ayudar a la Sra. Airey a promover su juicio de divorcio, tampoco había hecho nada para impedirlo. El TEDH sostuvo en relación a este punto:

“El Gobierno trata de distinguir al asunto presente del caso Golder. En éste, el demandante fue privado del acceso al Tribunal en virtud de un “obstáculo positivo” interpuesto por el Estado: el Ministro del Interior había prohibido que el demandado consultase con un abogado. Por el contrario, según el Gobierno, en el presente caso no hay “obstáculo positivo” del Estado ni un propósito deliberado de impedir ese acceso: la alegada falta de acceso a un Tribunal no deriva de un acto de las autoridades, sino tan sólo de las personales circunstancias de la señora Airey, de lo cual no cabe deducir responsabilidad de Irlanda según el Convenio. Sin embargo, a pesar de que la diferencia entre los supuestos de hecho de ambos es ciertamente correcta, el Tribunal no coincide con la conclusión a la que llega el Gobierno. Por un lado, porque un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico (sentencia “Golder” del 21 de febrero de 1975 -Serie A, nº 18-). Por otro, porque el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio en ocasiones implica acciones positivas por parte del Estado. En esos casos, el Estado no puede permanecer pasivo y “no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones (ver, *mutatis mutandi*, la citada sentencia “Marckx”, 13 de junio de 1979, Serie A, nº 31, p.1 5 par. 31, y “De Wilde, Ooms y Versyp” de 10 de marzo de 1972, serie A, nº 15, p. 10 par. 22). El deber de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales entra en esa categoría de deberes”³⁴.

Ahora bien, si el TEDH imponía al Estado de Irlanda este deber positivo, ¿no estaba forzando la producción de progresos económicos y sociales y la puesta en juego de recursos públicos para satisfacer esa asistencia legal que Irlanda no había comprometido al ratificar el Convenio? El TEDH expresó al respecto lo siguiente:

“El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y dentro de su campo de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque, si bien el Con-

³⁴ *Ibíd.*, pár. 25, p. 572.

venio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, *gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social*. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio³⁵.

Finalmente, el TEDH estimó que si bien no existía un deber concreto de Irlanda como parte del CEDH de proveer asistencia jurídica gratuita en materia civil, pues correspondía a cada Estado la elección de las medidas razonables para garantizar el acceso a la justicia removiendo los obstáculos materiales apuntados (la asistencia jurídica puede ser un medio, pero hay otros, como la simplificación de los procedimientos). En el caso concreto de la Sra. Airey, quien no pudo encontrar un abogado que la asistiese en el procedimiento de separación judicial ante la imposibilidad de afrontar las costas que demandaba esa actuación, el Estado no había garantizado su derecho de efectivo acceso a la Justicia violando de tal modo el art. 6.1 del CEDH.

³⁵ El voto en disidencia del Juez Thor VILHJALMSSON apunta al centro del problema, esto es, si el CEDH contempla la cuestión de los obstáculos materiales al ejercicio efectivo del derecho consagrado en el art. 6.1, inclinándose por una posición conservadora: “He llegado a la conclusión sin grandes dudas aunque con pesar, que la demandante no se puede apoyar en lo dispuesto por el art. 6.1 del Convenio. Estimo que los Estados partes no tienen la obligación de asegurar asistencia jurídica gratuita en litigios civiles, y que éste es el verdadero problema del caso. La capacidad o incapacidad de reivindicar los derechos garantizados por el Convenio dependen en muchos casos de la situación económica del titular. Es, por supuesto, deplorable que esto sea así. Para corregir esta situación los Estados contratantes han tomado y toman incontables medidas, promoviendo el desarrollo económico y social en esta parte del mundo. Las ideas que subyacen en el Convenio y su letra muestran claramente que, sin embargo, se trata de problemas distintos de los del presente caso. La guerra contra la pobreza no se puede ganar mediante una interpretación amplia del CEDH. Cuando el Convenio juzga que la capacidad económica para aprovecharse de un derecho garantizado es tan importante que debe considerarse una parte esencial del derecho, lo afirma expresamente. Así en el art. 6.3 –derecho del acusado de ser defendido por un abogado de oficio si no tiene medios–. Cuando no es el caso, el Convenio no tiene nada que decir acerca del qué, cómo y cuándo el significado económico lo hará efectivo. Cualquier otra interpretación del Convenio, al menos en la actual fase de evolución de los derechos humanos, hará surgir problemas cuyo rango y complejidad no pueden preverse, pero que indudablemente desbordan el marco del Convenio y las competencias de las instituciones que éste ha creado”. *Ibid.*, p. 577.

B. El derecho a no ser discriminado como forma de judicializar derechos económicos, sociales y culturales

Como veremos en la última parte de este trabajo, uno de los mayores problemas que deben superarse en orden a alcanzar una mayor justicia-bilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es saber en relación a cada derecho particular cuál es la extensión de la obligación del Estado de proveer o satisfacer ese derecho. Hasta qué grado, o en qué medida, la necesidad o el interés social o económico tutelado por el derecho, debe ser satisfecho. Sin embargo, cuando un determinado derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho. El art. 2.2 del PIDESC establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio sin discriminación exclusivamente de los derechos consagrados en ese instrumento. Con similar limitación expresa esta obligación el art. 2.1 del PIDCP. Sin embargo el art. 26 del PIDCP establece el derecho de toda persona a que el Estado prohíba por ley toda discriminación y le garantice igual y efectiva protección contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta obligación de los Estados de prohibir la discriminación y de proteger contra ella a las personas en forma igual y efectiva, no se refiere al ejercicio de ningún derecho en particular y por lo tanto es aplicable en relación a cualquier derecho, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos “Zwaan de Vries vs. Países Bajos” y “Broeks vs. Países Bajos”³⁶ relativos a la legislación holandesa sobre prestaciones por desempleo. Según la legislación impugnada, la mujer casada que solicitaba tales prestaciones tenía que comprobar que su salario había sido la principal fuente de ingreso de la familia, requerimiento que no se aplicaba al solicitante varón casado o soltero y a la mujer soltera. El Estado denunciado argumentó que el motivo de la disposición no era discriminar a la mujer casada, sino más bien administrar adecuadamente los fondos públicos sin incurrir en gastos innecesarios, por lo que al conceder el beneficio se partía de la presunción de que la mujer casada habitualmente no es el sostén de la familia. La relevancia del

³⁶ Ver Comunicaciones n° 182/1984 y 172/1984, respectivamente.

art. 26 del PIDCP como posible vía hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de Naciones Unidas, surge de la siguiente afirmación del Comité:

“Aunque el art. 26 requiere que la legislación prohíba la discriminación, no contiene ninguna obligación respecto de las materias que deben ser reguladas por esa legislación. No requiere por ejemplo a ningún Estado sancionar legislación para proveer un seguro social. Sin embargo, cuando esa legislación resulta sancionada en el ejercicio del poder soberano del Estado, dicha legislación debe cumplir con el art. 26 del Pacto”³⁷.

C. La garantía del debido proceso como medio alternativo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales

Como ha señalado SCHEININ³⁸, si la cláusula de no discriminación del art. 26, quizá la más fuerte del PIDCP, ha sido utilizada para extender la protección del Pacto a algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales, lo mismo podría afirmarse acerca de la garantía de debido proceso consagrada en el art. 6.1 del CEDH. El amplio contenido de esta norma y el conjunto de garantías de procedimiento que comprende, explican quizá por qué su aplicación ha servido para que el CEDH brinde una protección adicional a derechos consagrados por otros instrumentos de derechos humanos. Ha sido por lo demás el punto de partida para el trabajo de interpretación más importante en pos de brindar resguardo a algunos derechos económicos y sociales.

En el caso “Airey” hemos revisado cómo el TEDH vinculó el contexto social y económico del sujeto con la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho consagrado en el art. 6.1 del Convenio, pero no era materia de discusión si la garantía de debido proceso resultaba aplicable a la determinación de otros derechos y obligaciones que no fueran los de “carácter civil” previstos literalmente en la norma. La interpretación de este punto resultaba indispensable para extender la garantía a derechos de índole económica y social. La cuestión fue analizada por el TEDH en los casos “Deumeland” y “Feldbrugge”.

En el caso “Deumeland”³⁹ el actor había continuado como heredero un trámite iniciado por su madre para la percepción de una pensión com-

³⁷ Caso “Zwaan de Vries”, pár. 12.4.

³⁸ SCHEININ, M., *Economic and Social Rights as Legal Rights*, en EIDE, A., KRAUSE, C. y ROSAS, A. (eds.), cit., ps. 41-62.

³⁹ Caso “Deumeland” del 29/5/1986 (Pub. TEDH, Serie A, nº 100). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, ps. 470-498.

plementaria por viudez al considerar que su esposo había muerto en un accidente de trabajo *in itinere*. El tiempo que había demorado el proceso luego de recorrer distintos Tribunales Sociales de la República Federal de Alemania, hasta ser finalmente rechazado –alrededor de once años– originó la presentación ante la Comisión Europea denunciándose al Estado alemán por violación del art. 6.1 en tanto, sostenía el reclamante, su caso no había sido resuelto en un *tiempo razonable*. La Comisión desestimó la petición al entender que por la naturaleza del derecho reclamado no era aplicable la previsión del art. 6.1. El TEDH partió de su anterior jurisprudencia en la cual entendía que el término “derechos y obligaciones de carácter civil” no se refiere a las controversias tradicionales de derecho privado. En tal sentido consideró los aspectos de derecho público y de derecho privado que presentaba el derecho reclamado en el caso y consideró que los últimos predominaban sobre los primeros. Estimó de suma importancia que la viuda del Sr. Deumeland no fue afectada en sus relaciones con la autoridad pública como tal, actuando en virtud de facultades discrecionales, sino en su capacidad personal como particular. Reclamaba en virtud de un derecho que tenía su causa en las normas concretas establecidas por la legislación vigente. Su derecho era de naturaleza personal, patrimonial y subjetivo, y se acercaba mucho al derecho civil. Por lo demás la causa de la obligación se vinculaba con la condición de trabajador de su marido, que era empleado del *Land* al que se había demandado. El Tribunal estimó también que el seguro de accidente alemán se parecía mucho al seguro de derecho común. Sobre la base de estos razonamientos sumariamente expuestos consideró por nueve votos contra ocho de sus miembros, que el art. 6.1 era aplicable al caso y que el Estado había violado la norma.

En el caso “Feldbrugge”⁴⁰ la actora, de nacionalidad holandesa, había pedido su baja de la Oficina Regional de Empleo a raíz de una enfermedad que la incapacitaba para trabajar, pero con posterioridad un órgano administrativo le suspendió las prestaciones por enfermedad que venía recibiendo al entender, luego de una revisión médica, que se encontraba apta para la actividad laboral. La actora recurrió esa decisión en sucesivas instancias administrativas, con resultados negativos. Sin embargo, alegó que por fallas de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellas limitaciones a su facultad de participar en el proceso, y por el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del art.

⁴⁰ Caso “Feldbrugge” del 29/5/1986 (Pub.TEDH, Serie A, n° 99). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., ps. 499-518.

6.1 del Convenio. La resolución del caso exigió que el TEDH desentrañara al igual que en el anterior precedente, la naturaleza del derecho al seguro médico en la legislación holandesa. Algunas razones conducían a considerarlo un derecho público, como la obligatoriedad de la afiliación al seguro, la regulación legal de la prestación y el hecho de que fuera el Estado quien asumía la responsabilidad de asegurar. Otras razones conducían a considerarlo un derecho de índole privado, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tenía la función de sustituir su salario de actividad, la utilización de técnicas de aseguramiento similares a las del derecho común, así como la participación de trabajadores en el régimen del seguro. Pese a que el derecho en cuestión era considerado un derecho público para el derecho holandés, en función del principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el art. 6.1 y que el Estado había violado la norma.

En el año 1993 el TEDH avanzó aún más en el tema al admitir en los casos “Salesi vs. Italia” y “Schuler-Zraggen vs. Suiza” la aplicación del art. 6.1 a cuestiones vinculadas con beneficios de la seguridad social instituidos con carácter de derecho público. De tal modo se fijó el principio de que independientemente de que el seguro o la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o se encuentre garantizado sólo por el derecho público, le son aplicables todos los estándares que configuran la garantía general del debido proceso cuando se trata de un derecho individual y económico originado en una norma legal.

En “Salesi”⁴¹ el TEDH aplicó el art. 6.1 en relación a una prestación mensual por discapacidad que el reclamante recibía como asistencia social por carecer de medios básicos de subsistencia. El beneficio no derivaba de un contrato de trabajo, ni requería ningún pago o contribución. Había sido instituido por una norma que implementaba el art. 38 de la Constitución Italiana según la cual todos los ciudadanos que no estuvieran en condiciones de trabajar y necesitaran el sustento básico para vivir debían ser provistos de los medios para su subsistencia y asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del art. 6.1 era aplicable en materia de seguros sociales –*social insurance*– aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social.

⁴¹ Caso “Salesi vs. Italia” del 26/2/1993 (Pub. TEDH, Serie A, nº 257-E).

En “Schuler-Zraggen”⁴², el TEDH avanza más en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección de la cláusula de debido proceso, al entender que el art. 6.1 era aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso la garantía del debido proceso se combina con la violación del art. 14 del Convenio –prohibición de discriminación en el goce de los derechos consagrados en éste–, pues a la reclamante se le había denegado una pensión por invalidez bajo el curioso razonamiento de que por ser mujer casada y con un hijo de dos años, eran escasas las posibilidades de que, aun estando sana, volviera a trabajar, en lugar de ocuparse de sus tareas hogareñas como esposa y madre⁴³.

En el sistema interamericano de derechos humanos no existen obstáculos *a priori* para aplicar la garantía de debido proceso del art. 8 de la CADH a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto la norma sostiene que es aplicable a cualquier proceso en el que se determinen obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. La norma de la CADH es aun más rigurosa que la del art. 6.1 del CEDH pero –aunque resulte extraño si consideramos el estado deplorable de los sistemas de administración de justicia en América Latina y la situación económica de la región– no existe ningún precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretando esta garantía en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de interpretar la garantía del art. 8 de la CADH en relación con la imposibilidad de acceso a la justicia por motivos económicos, al momento de dilucidar el sentido del art. 46.2 de la CADH, y de establecer excepciones a la regla del agotamiento de recursos internos. En tal sentido sostuvo que en aquellos casos en que resulta necesaria la representación legal para el ejercicio del debido proceso, la persona no puede obtenerla –por ejemplo por carecer de recursos– y el Estado no la brinda, no es obligatorio agotar los recursos internos⁴⁴.

⁴² Caso “Schuler- Zraggen vs. Suiza” del 24/6/1993 (Pub. TEDH, Serie A, n° 263). Afirma el TEDH: “Article 6.1. does apply in the field of social insurance, including even welfare assistance”.

⁴³ Este argumento fundado “en la experiencia de la vida cotidiana” fue utilizado como justificación de su fallo del 21 de junio de 1988 por la Federal Insurance Court y consta en el pár. 29 del fallo del TEDH: “At the time the contested decision was taken... the child... was just under two years old, and accordingly, on the balance of probabilities... it must be assumed that the applicant, even if her health had not been impaired, would have been occupied only as a housewife and mother”.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1,

Algunos de los elementos que componen la garantía del debido proceso tal como se formula en el artículo 8 de la CADH resultan de inestimable valor para la efectividad de los derechos sociales. Sin duda se trata de aquellos derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. En ese contexto el “proceso con las debidas garantías”⁴⁵ y la “revisión judicial amplia de las decisiones administrativas”⁴⁶ son cuestiones que deben generar un minucioso trabajo de la jurisprudencia a nivel interno e internacional. En igual sentido debe avanzarse en relación a la garantía de “tiempo razonable” aplicada a los procesos en los que se determinan obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, pues resulta obvio que la duración de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia⁴⁷.

D. Los derechos económicos, sociales y culturales como límite al ejercicio de los derechos civiles

Otra situación en la cual los derechos económicos, sociales y culturales resultan indirectamente amparados a través de la implementación de los tratados que consagran derechos civiles y políticos es el caso en que el ejercicio de un derecho protegido por el Tratado resulta en cierta medida interferido o limitado por el ejercicio de un derechos económicos, sociales

46.2. a, y 46.2.b CA)”. Inspirándose en el caso Airey, la Corte sostuvo que: “la circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”, pág. 28.

⁴⁵ Ver la cuestión de fondo sobre las debidas garantías aun en los procedimientos administrativos en el caso “Feldbrugge”.

⁴⁶ Ver, entre otras decisiones del TEDH, los casos “Bentham”, del 23/10/1985. Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., ps. 413-429, y PUDAS y BODEN, *op. cit.*, ps. 1193-1211.

⁴⁷ Sobre tiempo razonable en procesos vinculados a derechos sociales ver el análisis del fondo del asunto en el caso “Deumeland” y en particular los precedentes “Buchholz” del 6/5/1981, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, cit., ps. 684-694. Sobre tiempo razonable en general, ver caso “Zimmermann y Steiner” del 13/7/1983, en *op. cit.*, ps. 972- 979, “Pretto y otros” del 8/12/1983, *op. cit.*, ps. 1000-1010, y “Guincho” del 10/7/1984, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., ps. 175-185.

y culturales. Este supuesto resulta evidente según SCHEININ⁴⁸ en el caso “James y otro vs. Reino Unido”⁴⁹.

En este complejo caso los demandantes eran administradores fiduciarios con arreglo al testamento del segundo Duque de Westminster. En el barrio de Belgravia, en Londres, la familia ducal había explotado y desarrollado una gran propiedad, con unas dos mil casas, y la había convertido en una de las mejores zonas residenciales de la Capital. La ley de 1967 permitía a los arrendatarios que residían en la casa por un contrato de duración inicial, o por prórrogas superiores a veintiún años, adquirir la propiedad mediante una compraventa forzosa para el vendedor, sobre la base de condiciones y por un precio determinado, que éste no estaba en condiciones plenas de discutir. Entre 1979 y 1983 los arrendatarios de 80 fincas habían ejercido ese derecho. Luego otros lo hicieron hasta totalizar 215 viviendas cuya posesión habían perdido los demandantes. La cuestión en lo que atañe a nuestro análisis, consistía en determinar si la legislación sobre arrendamientos a largo plazo que confería el mencionado derecho de rescate a los arrendatarios respondía a propósitos de interés público que justificaran la limitación del derecho de propiedad de los reclamantes, producida tanto por la cesión forzosa cuanto por la imposición del precio pagado. Los actores invocaban, entre otras normas, la violación del art. 1 del Protocolo nº 1 del Convenio. Este precepto garantiza el derecho de propiedad y sólo autoriza a los Estados a regular este derecho de acuerdo al interés general. El TEDH sostuvo al respecto:

“La ley de 1967 pretendía corregir la injusticia que sufrían los arrendatarios ocupantes, según se creía, por la aplicación del sistema de contratos a largo plazo. Se proponía modificar la legislación vigente a la sazón, considerada injusta con dichos arrendatarios, y hacer efectivo lo que se llamaba su “título moral” sobre la propiedad de sus casas. Suprimir lo que se considera una injusticia social es una de las tareas propias de un legislador democrático. Ahora bien, las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al Estado ni a la sociedad como tal. Por consiguiente la finalidad que perseguía la ley de 1967, en principio estaba justificada”.

⁴⁸ SCHEININ, M., cit., nota 36, p. 50.

⁴⁹ Caso “James y otros” del 21/2/1986 (Pub. TEDH, Serie A, nº 98). Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, cit., ps. 431-467.

La protección del derecho a la vivienda fue considerado como un legítimo propósito para justificar la restricción del goce pacífico de la posesión en el caso “Mellacher y otros vs. Austria”⁵⁰, en el cual se alegó que una considerable reducción de la renta resultaba violatoria del art. 1 del Protocolo n° 1. El TEDH entendió infundada la petición pues sostuvo que la legislación interna de los Estados tienen un amplio margen de apreciación en relación a las políticas económicas y sociales.

De la reseña de jurisprudencia efectuada surge con claridad que ya no puede afirmarse que exista un tipo de obligación que corresponda a la naturaleza de una determinada categoría de derechos, pues las pautas más modernas de interpretación de los instrumentos en materia de derechos civiles y políticos ponen a cargo de los Estados cada día mayores obligaciones, y muchas de ellas implican directamente la necesaria adopción de acciones positivas. Queda claro también que en opinión de estos órganos de aplicación, resulta relevante no sólo la libertad entendida en sentido formal, sino el ejercicio efectivo de esa libertad y de esos derechos, por lo que el deber de garantizar el ejercicio de algunos derechos civiles conlleva ineludiblemente el deber del Estado de superar los obstáculos de índole económica y social que estorban su goce en plenas condiciones, y en consecuencia, se aproximan los espacios de la acción estatal en relación a una y otra categoría de derechos. La interdependencia resulta en ese marco no una mera aspiración teórica, sino el fundamento de una interpretación integradora de los textos legales a partir de la cual algunos conceptos que definen derechos civiles extienden su sentido hasta emparentarse con definiciones tradicionales de derechos económicos y sociales. Por último, es obvio destacar que estas líneas de aplicación de los instrumentos de derechos civiles brindan un enfoque interesante para afrontar la cuestión ya planteada de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales tanto a nivel de los sistemas internacionales de derechos humanos, cuanto a nivel de los tribunales locales.

IV. Principios de interpretación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales

Sentada la relatividad de la distinción conceptual entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, cabe sin embargo señalar que la adopción de dos pactos distintos ha reflejado la intención de establecer obligaciones de alcance diferentes en relación a ca-

⁵⁰ Caso “Mellacher y otros” del 19/12/1989 (Pub. TEDH, Serie A, n°169).

da categoría de derecho. Estas asimetrías se manifiestan en la diferente redacción de los artículos 2.2 del PIDCP y 2.1 PIDESC: mientras que en el primer caso se consagra incondicionalmente la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados en el Pacto, en el caso del PIDESC la obligación de adoptar medidas resulta modalizada por la referencia a la disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de la efectividad de los derechos. Por otro lado, el PIDCP establece expresamente en su art. 2.3 el derecho a un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados en el Pacto, derecho que no se encuentra establecido explícitamente en el PIDESC. A pesar de estas marcadas diferencias de redacción de ambos textos legales, la labor interpretativa de los órganos de aplicación del PIDESC ha procurado reducir las aparentes brechas entre ambos sistemas normativos, tal como veremos en el punto 5.

La otra diferencia formal que puede señalarse entre los sistemas previstos por ambos Pactos es la referida a sus respectivos mecanismos de implementación. El PIDCP crea en su parte IV un Comité de Derechos Humanos, que entiende en materia de informes presentados por los Estados (art. 40) y en materia de comunicaciones de Estados parte que aleguen que otro Estado parte no cumple con las obligaciones del Pacto (art. 41 y sigs.). A su vez, el Protocolo Facultativo del PIDCP extiende la legitimación para presentar comunicaciones en las que se aleguen violaciones de derechos enunciados en el Pacto por parte del Estado a los individuos que se hallen bajo la jurisdicción del Estado y que sean víctimas de la violación denunciada (art. 1 del Protocolo). El PIDESC, por su parte, sólo establece, en su parte IV, un sistema de informes, sin prever mecanismos de comunicación de violaciones. Sin embargo, como se verá a continuación, de acuerdo con la opinión de algunos autores la práctica del órgano de aplicación del sistema de informes del PIDESC ha ido eliminando paulatinamente las diferencias entre los mecanismos de ambos instrumentos internacionales.

Como sostuvimos, existen dos cuestiones que interfieren la definición de contenidos concretos justiciables de las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales que son, por un lado, la vaguedad, y en ocasiones la ambigüedad de los textos en los que se han formulado esos derechos, y por otro, la falta de una práctica institucional de interpretación de los instrumentos ante la ausencia de mecanismos de aplicación adecuados.

Ambas cuestiones están a tal punto relacionadas que han sido la principal materia de debate en los trabajos preparatorios de los principales instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales. La elección de un modelo o fórmula de redacción de las cláusulas del PIDESC fue materia de discusión en los trabajos previos a su elaboración, entre aquellos que consideraban que debía definirse con la mayor precisión posible cada

derecho, sus límites y las obligaciones del Estado al respecto, y quienes por el contrario sostenían que era necesario redactar cláusulas cortas de carácter general en atención a la naturaleza del documento y en pos de lograr mayor consenso, delegando la definición del contenido concreto de los derechos a la legislación nacional⁵¹. Por lo demás, también se discutió largamente el mecanismo de aplicación, cuestión que tuvo una directa injerencia en la adopción de dos instrumentos separados de derechos humanos, uno para cada género de derechos⁵², triunfando quienes propiciaban el sistema de informes periódicos por sobre el de comunicaciones establecido por el PIDCP. La adopción de este mecanismo de aplicación fue coherente con la idea, sostenida por sus impulsores, de que los derechos económicos, sociales y culturales son meros derechos programáticos, y que por lo tanto no puede someterse a los Estados a un sistema de implementación de tipo contencioso⁵³. Las mencionadas discusiones se repitieron en los trabajos de preparación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado y firmado en San Salvador en la XVIII Asamblea General de la OEA del 17 de noviembre de 1988⁵⁴.

Sin embargo, y pese a las limitaciones del mecanismo de aplicación previsto en el PIDESC, desde la creación, en el año 1985, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales como órgano de aplicación⁵⁵,

⁵¹ “Annotations on the text of the draft international covenants on human rights”, UN Doc. A/2929 (1955), p. 7, párr. 13-19.

⁵² El único sistema de derechos humanos que consagró en un mismo instrumento los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos es el africano. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, fue adoptada por la Organización de la Unidad Africana el 27/7/81. Ver “Revista Jurídica de Buenos Aires”, n° 1, 1987, ps. 138-162.

⁵³ *Annotations*, cit., párr. 10-12.

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, A., *La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en *Estudios de Derechos Humanos I*, San José, 1994, ps. 39-62, ver en especial p. 50.

⁵⁵ El PIDESC sólo estableció un sistema de informes, que exige un nivel de obligaciones mínimo: los Estados presentan informes al Secretario General, quien a su vez transmite copias al Consejo Económico y Social (ECOSOC), para su examen. Para examinar los informes el ECOSOC estableció un Grupo de Trabajo de 15 expertos representantes de Estados miembros del Pacto que también lo fueran del ECOSOC (Resolución 1978/10). En 1985, el ECOSOC resolvió establecer un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 18 expertos, que intervienen a título personal (Resolución 1985/17). El Comité formula recomendaciones generales al ECOSOC basadas en su estudio de los informes de los Estados y de los organismos especializados. (Informe del Secretario General de Naciones Unidas E/CN.4./1994/42).

han comenzado a producirse en el seno de Naciones Unidas una serie de documentos que contribuyen a esclarecer el sentido de algunos derechos y sus correspondientes obligaciones para los Estados.

En efecto, desde su segunda sesión en 1988, el Comité ha asumido la práctica de emitir Observaciones Generales⁵⁶ (al igual que su homólogo en materia de derechos civiles y políticos), procurando definir con mayor precisión las principales obligaciones de los Estados en relación al Pacto y la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de darles un contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos. Asimismo, en esa misma sesión, el Comité adoptó la decisión de programar cada año un debate profundizado relativo a un derecho o a un artículo específico del Pacto. Con el fin de perfeccionar el sistema de informes, decidió además solicitar a los Estados la presentación de un solo y único informe quinquenal que tratara sobre el conjunto del Pacto. Con posterioridad, el Comité introdujo otra importante práctica que enriqueció el mecanismo, al admitir informes de organismos no gubernamentales (ONG) como medio alternativo para tomar conocimiento de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados parte⁵⁷.

Las Observaciones Generales dictadas por el Comité equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación. Estas Observaciones Generales tienen carácter prescriptivo para los Estados en relación al procedimiento de informes, por cuanto el Comité analizará su comportamiento frente a los derechos consagrados por el Pacto, a la luz de estas interpretaciones, y podrá entender

⁵⁶ Hasta la fecha ha emitido 6 Observaciones Generales: OG n° 1 (1989) "Presentación de Informes de los Estados partes"; OG n° 2 (1990) "Medidas de Asistencia Técnica Internacional -art. 22 del Pacto"; OG n° 3 (1990) "La índole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto"; OG n° 4 (1991) "El Derecho a la Vivienda Adecuada - párrafo 1 del art. 11 del Pacto"; OG n° 5 (1994) "Personas con Discapacidad"; OG n° 6 (1995) "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad".

⁵⁷ Como lo ha puesto de manifiesto CRAVEN, la voluntad del Comité de ejercer una función interpretativa en abstracto al dictar Observaciones Generales –incluso definiendo la sustancia de determinados derechos (por ejemplo, el derecho a la vivienda adecuada)–, su facultad de efectuar comentarios y recomendaciones específicas sobre hechos concretos que implican violaciones del Pacto por los Estados, y la aceptación de informes alternativos de ONG han contribuido a brindar al Comité un papel "cuasi-judicial". Ver CRAVEN, M., *Towards an Unofficial Petition Procedure: A Review on the Role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, en DRZEWICKI, K.; KRAUSE, C., y ROSAS, A. (eds.), *Social Rights*, cit., ps. 91-113.

incluso que han existido violaciones del Pacto en relación a determinados derechos⁵⁸.

El sentido de las obligaciones de los Estados ha sido clarificado además, en numerosos aspectos, por los llamados Principios de Limburgo, documento que emana de un grupo de expertos reunidos en Maastricht entre el 2 y 6 de junio de 1986 y que fue adoptado por Naciones Unidas⁵⁹. Estos principios no son obligatorios para los Estados⁶⁰, pero proveen la mejor guía para la comprensión de los deberes jurídicos que contraen desde la ratificación del PIDESC⁶¹.

Como sostiene EIDE en relación al sentido de *guía de comprensión* y al carácter fundamental de los Principios de Limburgo –opinión que es también aplicable a las Observaciones Generales del Comité, aunque en este caso su carácter vinculante para los Estados parte es más directo–, los Estados no pueden desentenderse de estos documentos, pues en tanto el PIDESC es un tratado, están obligados de acuerdo a lo que dispone el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) a interpretar sus normas de buena fe, tomando en consideración su objeto y fin, el sentido corriente de sus términos, los trabajos preparatorios y las prácticas relevantes⁶².

Sin duda será la actuación de los órganos internacionales de aplicación de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales e incluso de los tribunales locales en la aplicación de estas normas en el derecho interno, los que irán fijando algunos conceptos más precisos y claros

⁵⁸ Como sucedió en el ya citado caso de la República Dominicana frente a la cuestión de desalojos compulsivos, relocalizaciones forzosas sin asignación de nuevas viviendas, fraudes y otras prácticas desleales en la asignación de viviendas públicas, que se estimaron violatorias del derecho a la vivienda adecuada, definida en la OG n° 4. Ver “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. República Dominicana”, cit. en nota 12. Un caso similar fue el de Panamá, en el cual el Comité, ante la existencia de desalojos compulsivos, estimó que no sólo violaban el derecho a una vivienda adecuada, sino el derecho de los habitantes a su privacidad y a la seguridad de su hogar (UN doc. E/1992/23, pár. 135, citado por CRAVEN, M., *op. cit.*, p. 102).

⁵⁹ UN Document E/C 4/1987/17.

⁶⁰ Constituyendo lo que en doctrina internacional se denomina *soft law*.

⁶¹ Sobre este concepto de guía de comprensión de los Principios puede consultarse, E. V. O. DANKWA, E. V. O. y FLINTERMAN. C., *The Significance of the Limburg Principles*, en WAART, PETERS y DEUTERS (eds.), *International Law and Development*, Dordrecht, Londres, Boston, 1988, ps. 275-281.

⁶² EIDE, A., *Human Rights and the Elimination of Poverty*, en KJONSTAD, A., y WILSON, J. (eds.), *Law, Power, cit.*, ps. 118-136. Ver en especial p. 126.

en relación a la sustancia de estos derechos, sus posibles limitaciones y las obligaciones estatales que les corresponden.

Ahora bien: ¿cuál es el valor de estas interpretaciones ante los tribunales locales? ¿En qué medida resultan invocables para determinar en sede interna el alcance de los derechos de los individuos y de las obligaciones estatales establecidos en el PIDESC cuando éstos se discuten en una controversia judicial doméstica?

Resulta obvio que más allá de la labor de interpretación por parte de los organismos internacionales, debido a la ausencia de mecanismos internacionales de judiciabilidad directa de estos derechos, y –aun cuando éstos existieran– a las dificultades materiales y temporales que supone acudir ante un órgano internacional, resulta necesario profundizar un nuevo cauce en la utilización de este derecho para fortalecer aún más la protección judicial de las garantías y las libertades. Nos referimos, claro está, a la progresiva aplicación de este derecho internacional por parte de los tribunales locales. Esta tendencia, que tuvo su “momento declarativo” más importante en el reconocimiento de las constituciones nacionales de muchos países que, como la Argentina, otorgaron la máxima jerarquía normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos, se cristaliza actualmente en el reconocimiento progresivo que hacen los tribunales locales de la letra de los tratados sobre la materia, y de las decisiones de órganos internacionales encargados de aplicarlos.

El derecho internacional y el derecho interno interactúan, cada vez con mayor énfasis, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos y superando así definitivamente la visión clásica que los distinguía radicalmente⁶³. En este sentido, muchas constituciones contemporáneas reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos. En los últimos quince años, diversas constituciones iberoamericanas

* N. del comp.: al respecto ver, en este mismo ejemplar, BIDART CAMPOS, Germán J., *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*; y DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*.

⁶³ ALBANESE, S., *Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno*, en “El Derecho”, 9/2/91, p. 1; MORELLO, A. M., *El pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino*, en “El Derecho”, t. 135, p. 888; CARRILLO BASCARY, M., *Los pactos sobre derechos humanos: reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional*, “Zeus”, t. 53, p. 2; GOZAÍNI, O., *Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno*, en “La Ley”, t. 1990-D, p. 567.

han subrayado la importancia de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno⁶⁴.

Es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado en el Derecho argentino que, una vez ratificados, los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno⁶⁵. La Constitución argentina, reformada en 1994, resuelve definitivamente esta cuestión al otorgar rango constitucional a una serie de tratados de derechos humanos ratificados por el Estado. En efecto, el art. 75, inc. 22, de la Constitución estipula en forma genérica que “los tratados... tienen jerarquía superior a las leyes”, y en cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, incluyendo la CADH, el PIDESC y el PIDCP, establece que “tienen jerarquía constitucional”. La incorporación al orden constitucional argentino de este considerable plexo normativo de origen internacional plantea además una serie de nuevas exigencias al intérprete. La adopción de pactos internacionales de derechos humanos como escalón más alto de la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos, obligan al intérprete local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional⁶⁶.

Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Constitución portuguesa de 1976, art. 16; Constitución española, art. 10.2; Constitución peruana de 1978, art. 105; Constitución Política de Guatemala, art. 46; Constitución de Nicaragua de 1987, art. 46; Constitución chilena de 1989, art. 5 (II); Constitución brasileña de 1988, art. 4.11 y 5.2; Constitución Política de Colombia de 1991, art. 93.

⁶⁵ Ver VANOSI, J. R., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, 1969; GOLDSCHMIDT, W., *Los tratados como fuente del derecho internacional público y el derecho interno argentino*, en “El Derecho”, t. 110, p. 955; VINUESA, R., MONCAYO, G. y GUTIÉRREZ POSE, H., *Derecho internacional Público*, t.1, Buenos Aires, 1977.

⁶⁶ Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I: *Fundamentos*, Buenos Aires, 1996, p. 187.

argentinos supondría la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas de rango constitucional.

Son los tribunales internos quienes tienen a su cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en el PIDESC, por parte de los tres poderes del Estado. Según sostiene la doctrina, “(e)l Estado tiene el derecho de delegar la aplicación e interpretación de los tratados en el Poder Judicial. Sin embargo, si los tribunales cometen errores en esa tarea o deciden no hacer efectivo la aplicación del Tratado... sus sentencias hacen incurrir al Estado en la violación de aquél”⁶⁷.

Resulta entonces una cuestión de suma trascendencia –y estrechamente vinculada al reconocimiento de la obligatoriedad de la aplicación de los tratados internacionales por parte de los tribunales nacionales– el respeto por parte de los jueces locales de la opinión de los órganos de interpretación de la normativa internacional. En este sentido, son esclarecedoras las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia”⁶⁸.

Entre los órganos estatales frente a los cuales reviste especial interés esta función de guía se encuentran, por supuesto, los tribunales de justicia. En este sentido, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha reconocido la necesidad de acudir a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, afirmando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta una guía ineludible. Este señalamiento no es meramente teórico o especulativo: la propia Corte Suprema ha establecido también la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado⁶⁹, e implementen las obligaciones internacionales de la

⁶⁷ Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 346.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-14/94 del 9/12/94, p. 9.

⁶⁹ Cf. CSJN, *in re* “Fibrica Constructora S. C. A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7 de julio de 1993, considerando 3°. En el mismo sentido, *in re* “Cafés La Virginia S. A. s/apelación (por denegación de repetición”, del 13 de octubre de 1994, considerandos 8° y 9°.

Nación a través de las sentencias judiciales⁷⁰. Para el cumplimiento de este objetivo, es fundamental que los jueces cuenten con información relativa al alcance de las obligaciones internacionales de acuerdo a la interpretación que se les ha dado en sede internacional.

Si bien la cita de decisiones de tribunales internacionales no resulta ajena a la tradición de nuestro tribunal supremo puesto a interpretar el alcance de algún derecho tutelado en los tratados internacionales⁷¹, este camino, que se iniciara hace ya varios años, tuvo un primer reconocimiento explícito en el *leading case* “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, en el que la CSJN sostuvo, en su considerando 21, que “(l)a interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)–”⁷².

Posteriormente, la Corte Suprema, en opinión vertida en el caso “Giraldi, H. D. y otro s/recurso de casación” del 7 de abril de 1995⁷³ ha avanzado en este rumbo, al expresar (después de mencionar que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica) “(q)ue la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo)”, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana” (considerando 11).

Y concluye nuestro máximo tribunal: “(e)n consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le

⁷⁰ Cf. CSJN, *in re* “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, considerando 22º: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto (de San José de Costa Rica) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”.

⁷¹ Ver, por ejemplo, Fallos 310:1476 y 312:249.

⁷² Ver revista “Jurisprudencia Argentina” del 29/7/92.

⁷³ Ver revista “El Derecho”, t. 163, ps. 161 y siguientes.

corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional” (considerando 12).

De lo aquí expuesto, surge claramente que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el texto de la Constitución argentina reformada en 1994, los tribunales argentinos, cuando tienen que resolver sobre materias incluidas en tratados internacionales de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación jurisprudencial desarrollada por los organismos internacionales de aplicación. Una razón de peso para sustentar esta idea se funda en la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos establecida por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y en general a la filosofía que justifica la adhesión de la Argentina a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, establecen en general diversos mecanismos internacionales a través de los cuales se monitorea el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado. A través de la adopción de estos instrumentos, los estados delegan competencias –entre ellas, la interpretativa– a los órganos internacionales de aplicación, ya que la universalidad de los derechos consagrados en los tratados tiene como correlato una cierta concentración u homogeneización de la facultad de determinar su significado y alcance.

La posibilidad de denunciar violaciones del Estado ante los órganos creados por estos mecanismos supone, cuando se trata de denuncias individuales, el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado. Este requisito, de acuerdo a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, “está concedido en interés del propio Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios”⁷⁴. Resulta entonces sumamente inconveniente que los tribunales locales, en oportunidad en la que el Estado puede remediar la alegada violación en sede interna, no tomen en consideración la opinión del órgano internacional que entenderá eventualmente cuando se exija su responsabilidad en sede internacional por la imputación de los mismos hechos. Es coherente con la filosofía de protección internacional de los derechos humanos el permitir al Estado advertir la posible violación de una

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Asunto de Viviana Gallardo y otros”, decisión del 13 de noviembre de 1981, n° G 101/81, Serie A, párrafo 26.

norma internacional que lo obliga, antes de que dicha violación produzca su responsabilidad internacional. Siendo la instancia internacional subsidiaria⁷⁵, parece razonable que los tribunales locales tengan en consideración las opiniones de los órganos internacionales que juzgarán eventualmente la conformidad de las prácticas estatales con las disposiciones de los respectivos tratados.

Aunque no existan mecanismos que acepten la presentación de denuncias individuales, las mismas conclusiones son aplicables cuando el mecanismo de contralor del cumplimiento consiste en el análisis de los informes estatales por parte de un órgano especializado, como es el caso del PIDESC. En efecto, dado que la interpretación del alcance y significado de los derechos y obligaciones establecidas por el Pacto corresponde en última instancia a la autoridad designada por el propio Pacto –el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que a su vez delegó esa facultad en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, los jueces nacionales deben tener en cuenta esa interpretación ante una controversia en sede interna, so consecuencia de provocar, en caso contrario, una opinión negativa sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado en sede internacional.

Por ende, tanto por razones normativas –el Estado ha delegado competencias interpretativas a instancias internacionales, que resultan ahora el último intérprete de los Pactos– como prácticas –el desconocimiento de la interpretación de los organismos internacionales provocará, además de un dispendio jurisdiccional inútil tanto en sede interna como en sede internacional, la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a los Pactos– la interpretación de cláusulas del PIDESC realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales resulta una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos.

V. Obligaciones genéricas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales

Como última cuestión, trataremos de analizar brevemente y como una primera aproximación, algunas de las obligaciones genéricas de los Estados en relación a la totalidad de los derechos económicos, sociales y cul-

⁷⁵ Ver por ejemplo, la calificación que la propia CADH hace del sistema que ella misma diseña: la protección del sistema interamericano es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, CADH, Preámbulo, párrafo 2 *in fine*. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 61.

turales, y los aspectos de estas obligaciones que resultan más claramente justiciables. Sin pretender agotar la posible enumeración de obligaciones genéricas de los Estados y al sólo efecto expositivo, consideraremos las siguientes: a) obligación de adoptar medidas inmediatas; b) obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; c) obligación de progresividad y prohibición de regresividad.

Es evidente que otra obligación genérica de los Estados en la materia es la de no discriminar. Sin embargo, por la complejidad de la cuestión, consideramos apropiado no analizarla en el marco de este trabajo. De todos modos, procuraremos mencionar algunas medidas que los Estados deben adoptar de manera inmediata y que se vinculan con su deber de no discriminar.

A. Obligación de adoptar medidas inmediatas

El art. 2 del PIDESC establece que los Estados “se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto”.

El Comité ha sostenido que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser realizado progresivamente, existen obligaciones con “efecto inmediato”, entre las que puede señalarse como principales: 1. la de garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (art. 2.2, PIDESC); 2. la de adoptar medidas (art. 2.1, pár. 1), compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. (Observación General nº 3, punto 1).

Cuando el Pacto habla de “adoptar medidas”, si bien reconoce que la total efectividad de los derechos puede ser alcanzada en forma paulatina, impone a los Estados la obligación de implementar, en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones (OG nº 3, punto 2). El principio no es declamativo: significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a “dar pasos”, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar porqué no ha marchado, porqué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o porqué no ha marchado más rápido. Los Principios de Limburgo sostienen que un Estado viola el Pacto, por ejemplo, cuando no logra remover a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; cuando no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya realización está capacitado; cuando adopta una limitación a un derecho reconocido en

el Pacto por vías contrarias al mismo; cuando retrasa deliberadamente la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos por el Pacto o que dicha conducta obedezca a falta de recursos justificada o fuerza mayor; cuando no logra presentar los informes exigidos por el Pacto (Principios 70 a 74).

El tipo de medidas que el Estado adopte queda a su elección, pues el Pacto refiere expresamente el Pacto la utilización de “todos los medios apropiados” (art. 2.1). Sin embargo los Estados, en sus informes, están obligados a fundamentar la elección de las medidas, y corresponde al Comité “determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas” (OG n° 3, punto 4). Algunas de estas medidas a adoptar son:

1) Adecuación del marco legal

Entre las medidas inmediatas que el Estado debe adoptar sin poder justificar su omisión en la falta de recursos, podemos mencionar la derogación de aquellas normas jurídicas que resultan manifiestamente contrarias a sus obligaciones. Por ejemplo, las que impiden la formación de sindicatos, hacen imposible la afiliación a ellos, gravan con impuestos elevados artículos de primera necesidad y consumo masivo, no consagran la obligatoriedad de la educación primaria⁷⁶ o la condicionan a pago, o permiten de alguna forma el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

También está la de eliminar cualquier discriminación de *iure*, debiendo derogar sin demora cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria (incluyendo acciones positivas y acciones por omisión) que afecten el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (Principios de Limburgo, Principio 37). Además de derogar normas, deben proveer en forma inmediata recursos judiciales efectivos contra cualquier forma de discriminación en relación a los derechos económicos, sociales y culturales (Principios de Limburgo, Principio 35). Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación. Es el caso de los discapacitados (OG n° 5, punto 16)⁷⁷.

⁷⁶ Si bien el art. 14 del Pacto establece que los Estados que al momento de su ratificación no hubiera instituido el sistema de enseñanza primaria obligatoria y gratuita se comprometen a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de 2 años, un plan para su implementación progresiva.

⁷⁷ La adopción de medidas especiales, incluso legislativas, y de políticas activas en resguardo de grupos vulnerables en relación a los derechos económicos, sociales y culturales surge de diferentes instrumentos. La obligación de proteger a los grupos más

2) Relevamiento de información y formulación de plan

En algunas materias, como el derecho a la vivienda adecuada, se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción, para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa, personas sin hogar y sus familias, personas alojadas inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, personas que viven en asentamientos ilegales, personas sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (OG n° 4, punto 13). En relación al derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubiera implementado al momento de la ratificación asumen el compromiso de elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva (art. 14, PIDESC). Estas obligaciones de vigilancia, reunión de información, y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva, son extensibles, como medidas inmediatas, al resto de los derechos consagrados en el Pacto (OG n°1, puntos 3 y 4).

3) Provisión de recursos efectivos

Los Estados tienen además la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos. Se trata a nuestro entender de otra de las obligaciones que los Estados deben adoptar en forma inmediata. Si bien el PIDESC no contiene expresamente esta obligación, a diferencia del art. 2.3 del PIDCP, el Comité –en una interpretación de enorme proyección para la cuestión de la justiciabilidad– considera que de todos modos surge del

vulnerables y menos protegidos en períodos de ajuste económico surge de las OG n° 2, punto 9, y OG n° 3, puntos 12 y 13, y, en relación a las personas con discapacidad y ancianos, de las OG n° 5, punto 9 y OG n° 6, punto 17, respectivamente. La OG n° 4, punto 8 e) establece que debería garantizarse cierto grado de prioridad en relación al acceso a la vivienda a grupos desfavorecidos, como ancianos, niños y incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales o personas que viven en zonas riesgosas, así como el acceso a la tierra a los grupos desprovistos o empobrecidos.

En la OG n° 5, punto 18 se establece que las medidas que se adopten para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad no serán consideradas discriminatorias en el sentido del art. 2.2 del Pacto, mientras tengan fundamento en el principio de igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo. Las medidas de protección especial de grupos o personas vulnerables se consideran en los Principios de Limburgo (Principios 14 y 39).

art. 2.1 del PIDESC, y que se trata de una de las medidas apropiadas que el Estado debe adoptar (OG n° 3, punto 5). Esta interpretación concuerda con los Principios de Limburgo (Principio 19).

El Comité, sin embargo, limita la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, restricción que no surge de los Principios de Limburgo. Si la obligación de proveer recursos judiciales es parte de la obligación de adoptar medidas, no parece razonable limitarla a algún tipo de derechos en particular, pues el art. 2.1 se refiere a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto.

Existen algunas disposiciones del Pacto que el Comité entiende de aplicación inmediata por los órganos judiciales, entre ellas las de los artículos 3 (igualdad de hombres y mujeres), 7 inc. i del apartado a (salario equitativo e igual por trabajo de igual valor), 8 (libertad sindical y derecho de huelga), 10 párrafo 3 (protección de niños y adolescentes sin discriminación contra la explotación comercial y social), 13 apartado a del párrafo 2 y párrafos 3 y 4 (obligatoriedad de la enseñanza primaria, derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y libertad de enseñanza) y 15 apartado 3 (libertad de investigación científica y actividad creadora) (OG n° 3, punto 5). Sobre ellas expresa que “parecería difícilmente sostenible sugerir que son intrínsecamente no autoejecutables.” Sin embargo, es obvio que tal consideración en modo alguno significa negar *a priori* la existencia de aspectos justiciables del resto de los derechos que no se encuentran expresamente enumerados. En apoyo de tal conclusión puede mencionarse que en sucesivos instrumentos, el Comité ha extendido a otros derechos –como por ejemplo, el derecho a la vivienda– la obligación de brindar recursos judiciales.

Los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos consagrados en el Pacto. Eso significa que no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso. Hemos visto que uno de los obstáculos a la judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, como el hecho de que se trata, por lo general, de derechos de incidencia colectiva.

En caso de que la adopción de políticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto haya tomado la forma de disposiciones legislativas, el Comité pide ser informado sobre si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no son plenamente respetados en la práctica. En caso de que los derechos del Pacto sean re-

conocidos por la Constitución o se haya otorgado al Pacto valor de derecho interno, el Comité pide que se le informe hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables, es decir, en qué medida pueden ser invocados ante los Tribunales (OG n° 3, punto 6).

La obligación de brindar recursos judiciales puede asumir modalidades específicas en relación a determinados derechos. Así por ejemplo en relación al derecho a la vivienda, el Comité establece que “sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Por consiguiente, los Estados parte deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados” (OG n° 4, punto 8, inc. a). Se trata de un ejemplo de obligación de brindar recursos judiciales en forma inmediata.

Asimismo, el Comité considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada resultan acordes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a: “a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los Tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamos contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; e) reclamos contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubre o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos, podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar” (OG n° 4, punto 17).

Además, a partir del deber general de brindar recursos y la obligación de protección de la familia, de las madres y los niños (art. 10 del PIDESC) el Comité ha sostenido la obligación del Estado de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia (OG n° 5, punto 30).

B. Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos

Existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (Principios de Limburgo, Principio n° 25; OG n° 3, punto 10). Se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad.

El Comité considera que esa obligación surge del art. 2.1 del Pacto. En algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles. En otros casos tan sólo requerirá conservar la situación, no retroceder.

Señala el Comité que “un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de la formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser “(OG n° 3, punto 10)⁷⁸.

Sin duda que tal evaluación debe considerar la limitación de recursos pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. Sin embargo, para que un Estado puede atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

Si bien la tarea de interpretación del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves: la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado⁷⁹.

⁷⁸ Sobre los autores que sostienen la idea del “contenido básico mínimo identificable” de cada derecho, ver “Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe Definitivo Presentado por el Relator Especial Sr. Danilo Türk”, E/CN.4/Sub.2/1992/16. puntos 29/30/31. Dicho informe se publica en este mismo volumen. En el mismo sentido, ver la discusión sobre contenido esencial y contenido mínimo esencial en International Human Rights Internship Program, *Una onda*, cit., Cap. 2.

⁷⁹ El sistema de indicadores podría ayudar no sólo a operativizar estándares mínimos, sino a medir situaciones en caso de discriminación y examinar la conducta estatal en términos de progresividad y regresividad de sus políticas. Ver al respecto TOMASEVSKI, K., *Indicators*, en EIDE, A., KRAUSE, C. y ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social*, cit., ps. 355-380. Ver también al respecto International Human Rights Internship Program, *Una onda*, cit., Cap. 2.

Aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores, el Estado debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. De tal modo no sólo existe un mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos, sino un sector de la población que representa el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis, la protección del Estado en relación a sus derechos económicos y sociales. Aunque aún no se ha definido en términos generales a los grupos vulnerables, sí se los ha enunciado en relación a algunos derechos, como el derecho a la vivienda adecuada, estableciéndose por ejemplo que los ancianos sin recursos y los discapacitados integran grupos vulnerables que deben recibir protección especial durante los períodos de crisis económica⁸⁰.

C. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Por último, y como ejemplo específico de estándares de justiciabilidad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, proponemos una breve referencia a la obligación de progresividad establecida por el PIDESC, centrándonos sobre la prohibición de regresividad que importa dicha obligación.

1) Noción general

El art. 2.1 del PIDESC establece que “(c)ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su OG n° 3 que “(el) concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del

⁸⁰ Ver nota 77.

PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes". "Sin embargo" –continúa la Observación General– "el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta" (punto 9). De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos "deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (OG n° 3, punto 2).

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo. Resulta evidente que, dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes. La obligación asumida por el Estado es amplia, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la citada OG n° 3, "Más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone" (punto 9).

En línea con lo dicho hasta ahora, el goce de los derechos económicos, sociales y culturales reclama su justiciabilidad, tanto como el de los derechos civiles y políticos. Corresponde entonces proyectar las posibilidades

de reclamo judicial de esta obligación de no regresividad. A continuación esbozaremos un esquema conceptual tendente a señalar los puntos fundamentales que requeriría una construcción jurídico-dogmática que haga posible dicha aplicación judicial.

Desde algunas posiciones teóricas, todas las obligaciones vinculadas con los derechos económicos, sociales y culturales tienden a entenderse como simples directivas de política pública dirigidas a los poderes políticos, de modo que –de acuerdo a estas visiones– las posibilidades de revisión judicial de las medidas tomadas sobre la materia son escasas. Como viene afirmándose en este artículo, creemos que se trata de una posición no sólo incorrecta, sino además lesiva de la potencialidad de los derechos económicos, sociales y culturales que pretenden defenderse. La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial. Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que la Constitución y los tratados de derechos humanos pertinentes imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario toda reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

2) Prohibición de regresividad y razonabilidad

Este tipo de obligación no resulta extraña a nuestra tradición jurídica: responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, que tiene su base en la norma del art. 28 de la Constitución Nacional. De allí que parte del desarrollo teórico que proponemos para la obligación de no regresividad sugiera recurrir como fuentes a la doctrina y jurisprudencia nacional elaborada a partir del principio de razonabilidad. La razón principal que funda esta semejanza la brinda el hecho de que ambos principios tienen como objeto al aseguramiento del debido proceso sustantivo: como ya hemos dicho, se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos.

Debido a esta similar estructura conceptual, nos vemos inclinados a afirmar que la consagración constitucional de la prohibición de regresividad producida por la asignación de jerarquía constitucional al PIDESC, a partir de la reforma de 1994, ha agregado al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos un nuevo criterio a ser tenido en cuenta. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo: de acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente criterios de racionalidad –por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera–. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluía las reglamentaciones irrazonables, pero permitía que el legislador o el Poder Ejecutivo escogieran dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aún siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, *además*, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes⁸¹. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye una nueva categoría de análisis del concepto de razonabilidad de la ley.

⁸¹ Cf., en el mismo sentido, el ya referido voto separado del juez PIZA ESCALANTE, en la Opinión Consultiva OC-4/84, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntos 6 y 31, en el que incluso considera aplicable la noción de progresividad y la prohibición de regresividad a los derechos civiles y políticos, en el caso, al derecho a la nacionalidad. “Es así como los principios de “desarrollo progresivo” contenidos en el art. 26 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos” (punto 6). “En tal sentido, me remito a lo dicho sobre el carácter progresivo y la fuerza expansiva de los derechos humanos, en virtud de los cuales resultaría que el derecho a la nacionalidad consagrado por el art. 20.1 de la Convención incorpora los contenidos históricos contingentes que el Estado libremente le dio...”

El *debido proceso sustantivo* no es más que un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que deja la Constitución al legislador, y la ley al organismo ejecutivo –administrativo o judicial–, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo, al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley. En concordancia con esta definición ha sostenido Pound que “el debido proceso no es una concepción abstracta de la que se pueda extraer conclusiones absolutas... aplicables en todo tiempo y lugar. Es, pues, un estándar para guiar al Tribunal, y el estándar debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto tiene efecto. ... Si la cuestión fuera de pura lógica, la larga serie de decisiones (de la Suprema Corte estadounidense) de cinco contra cuatro sugeriría que hay fallas en el método legal. Porque como lo ha hecho ya notar el Juez HOLMES, esos juicios dependen de intuiciones tan sutiles que no podemos esperar acuerdo absoluto entre quienes aplican el estándar”⁸².

Si bien el debido proceso sustantivo ha sido concebido originalmente en el derecho estadounidense como una limitación de las facultades reglamentarias del Congreso destinada primordialmente a proteger la libertad individual, es hoy indiscutible en nuestra tradición constitucional que se trata de una garantía genérica que tutela a la totalidad de los derechos fundamentales⁸³.

(punto 31), infiriendo de ello la violación de la Convención en caso de disminución de la extensión del derecho consagrado de acuerdo al régimen anterior a la reforma propuesta.

⁸² POUND, R., *The Administrative application of legal standards*, en S. E., IV, 76, citado por LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1989, p. 28, nota 4.

⁸³ Como señala LINARES, el nacimiento del debido proceso como garantía no sólo adjetiva sino sustantiva “... es el momento de la llamada interpretación mecánica o legalista de las enmiendas V y XIV. Bajo una concepción individualista (económica, política y filosófica) toda ley que implicara mejoras sociales para el obrero, regulación de actividades comerciales de interés público y económicas en general, era vista por la Suprema Corte americana con desconfianza profunda. El viejo principio de que toda ley tiene a su favor presunción de constitucionalidad fue abandonado y la carga de la prueba de la constitucionalidad se puso sobre quien sostenía la constitucionalidad de la ley. Pero esa prueba no consistía en hechos, estadísticas, explicación científica y razonada de las necesidades que llevaron al legislador a sancionar la ley cuestionada, sino en invocación de razones filosóficas, políticas y principios del *common law*, es decir, todo el idea-

Aunque definir con precisión la totalidad de los extremos que pueden estimarse en un juicio de razonabilidad excede ampliamente los límites de este trabajo, bastará sin embargo enunciar algunas nociones a efectos de aclarar, al menos inicialmente, el modo en que se integra al estándar de debido proceso sustantivo o control de razonabilidad con la prohibición constitucional de regresividad en materia de derechos sociales.

Siguiendo la clásica definición de LINARES, “la garantía de debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto”⁸⁴. Las normas constitucionales que consagran derechos son por naturaleza de mayor generalidad que las leyes que las reglamentan o que se dictan en su consecuencia. El campo de significados posibles de la norma constitucional es mayor que el de la norma legal, y el de ésta, a su vez, mayor que el de la norma reglamentaria inferior. El legislador está en consecuencia habilitado a crear derecho dentro del límite o del marco de contenidos posibles de la norma constitucional o de rango constitucional (art. 28 de la CN, art. 4 del PIDESC). Esta regla de subsunción es aplicable también a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2º, CN).

Las restricciones de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales y otros derechos humanos consagrados por instrumentos de rango o jerarquía constitucional, establecidas por el Congreso en ejercicio de su poder reglamentario o poder de policía, no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguar-

rio *jus liberal* individualista” (LINARES, cit., p. 32). Recién en la última década del siglo XIX la Suprema Corte, según lo señala WARREN, dio el paso radical de expandir la antigua y clásica frase que define los objetos del poder de policía –salud, seguridad y moral pública– por interpolación de la locución “bienestar público”, avanzando acentuadamente hacia la aceptación de la teoría sociológica de los modernos juristas, en el sentido de que el derecho debe reconocer la prioridad de los intereses sociales y partir de la premisa de que los intereses individuales deben estar protegidos por el derecho, en tanto que ellos son intereses sociales (WARREN, C., *The Supreme Court in the United States History*, Boston, 1937, citado por LINARES, cit., p. 73, nota 10).

⁸⁴ LINARES, cit., p. 31.

dar el interés público comprometido, y proporcionadas a los fines que se procura alcanzar con ellas.

De tal modo, una primera cuestión vinculada a la razonabilidad de la reglamentación es que la “especie legal” no sea directamente contraria al “género constitucional”. Esto es, no viole el principio de subsunción, pulverizando, desnaturalizando o destruyendo la esencia del derecho que reglamenta, o reconociéndolo más allá de los límites de su definición, de un modo exorbitante, afectando así otros derechos constitucionales (art. 28, 31 y 75, inc. 22, CN). El art. 4 del PIDESC, dispone que las limitaciones legales al ejercicio de los derechos consagrados en el instrumento sólo podrán establecerse en la *medida compatible con la naturaleza del derecho reglamentado*⁸⁵.

⁸⁵ Ver al respecto la doctrina de la CSJN en “Rolón Zapa, Víctor Francisco” del 30/10/1986 sobre inconstitucionalidad de una ley reglamentaria del derecho a jubilaciones móviles del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional que conduce a una desproporcionada reducción de los haberes previsionales con claro apartamiento de los derechos constitucionales consagrados. En “Vega, Humberto Atilio c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/ accidente-ley 9688” del 16/12/1993, se constató que la utilización del salario mínimo vital y móvil establecido por la res. 7/88 para el cálculo del tope indemnizatorio previsto en la ley de accidentes de trabajo, había implicado la pulverización del real significado económico del crédito del actor. En el caso “Martirelli, Oscar Héctor Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S. A.” del 16/12/93, ante visibles defectos de técnica y de coherencia entre el decreto 666/86, que fijó el salario mínimo, vital y móvil en un monto inferior al salario garantizado fijado por el decreto 667/86, siendo ambos dictados simultáneamente, la Corte declaró la inconstitucionalidad del primero, por llevar un tope violatorio del principio de buena fe, desnaturalizándose la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario. En el caso “Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico” del 7/8/1984, la Corte estableció que si no se calcula el monto de la indemnización del art. 245 de la ley de contrato de trabajo (resarcimiento del despido sin causa) sobre la base de pautas reales, el deterioro del poder adquisitivo del salario acaecido durante el lapso que media entre la finalización de un ciclo de trabajo y el momento del despido –en la especie 8 meses en período de alta inflación– no sólo beneficia indebidamente a quien con su conducta genera aquella situación, sino que importa un manifiesto desmedro patrimonial para el acreedor en términos que lesionan el derecho de propiedad y los derechos atinentes a una retribución justa y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados por los arts. 14, 17 y 14 *bis* de la CN. Más recientemente, en relación a esta última garantía se pronunció la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo en la causa “Zurueta, Héctor c. Maronese, Sebastián e Hijos S. A.” del 19/7/1996, estableciendo que la protección contra el despido arbitrario prevista por el art. 14 *bis* de la CN se halla sujeta a variaciones según las normas que en cada momento se fijan para reglamentarla. El tribunal sostiene que tales variaciones no pueden ser materia de agravio constitucional a menos que incrementen la protección hasta la exor-

La segunda cuestión es que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma. En cuanto a los fines perseguidos por las normas, es sabido que al poder de policía del Congreso Nacional se le reconocieron objetivos más amplios a medida que el Estado asumió un papel más activo de intermediación en la economía, en representación del denominado bienestar general, y aún a costa de restringir tradicionales libertades individuales, como las de contratar o ejercer el comercio o la industria. En tal sentido, sostuvo desde entonces la jurisprudencia constitucional, la restricción tiene su fundamento en el propósito de tutelar intereses generales que son dentro de la organización del Estado superiores a los derechos individuales, y para ello, la misma Constitución (art. 67, inc. 28, CN, actual art. 75, inc. 32, CN, según texto de 1994) confía al Congreso la facultad de dictar todas las leyes y reglamentos que resulten convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación⁸⁶. Sin embargo, el art. 4 del PIDESC establece en relación a los fines de la norma reglamentaria un elemento adicional, al disponer que los derechos consagrados en el Pacto podrán someterse úni-

bitancia o la reduzcan hasta tornarla irrisoria. De acuerdo al fallo, la protección contra el despido arbitrario requiere que exista cierta proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido, por lo que si la aplicación del módulo de cálculo sujeto a tope según el art. 245 LCT reformado por la ley 24.013, resulta inferior en un 50% al salario percibido por el trabajador, corresponde prescindir del tope al momento de fijar la reparación.

Existen también ejemplos de reglamentaciones de la garantía de protección contra el despido arbitrario tachadas de irrazonables por exorbitancia en el grado de protección que afectaba a otros derechos constitucionales, tal como lo resolvió la Corte en autos “De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata” del 25/2/1969.

⁸⁶ El cambio de orientación surge al admitir la Corte la constitucionalidad de las leyes de prórroga de los alquileres –“Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:131 (1922), “Horta c. Harguindeguy”, Fallos 137: 47 (1922) y “Mango c. Traba”, Fallos 144:219 (1926)–; de moratoria hipotecaria –“Avico c. de la Pesa”, Fallos 172:21 (1934)– y luego de las leyes reguladoras del comercio y la industria de la carne –“Cia. Swift de la Plata c. Fisco Nacional”, Fallos 171:348 (1934), “Frigorífico Anglo c. Fisco Nacional” 171:366 (1934), “Inchauspe Hnos c. Junta Nacional de Carne” 199:483 (1944). Luego se extiende a la imposición obligatoria de números vivos de variedades, frente a la libertad de contratación en el caso “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960). En este último caso, en relación con los fines del poder de policía, se estableció que comprenden, junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad pública, la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad, doctrina que recibe base de sustentación en el art. 67, inc. 16, de la CN (art. 75, inc. 18, según texto de 1994).

camente a limitaciones determinadas por ley con el *exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*.

La tercera cuestión, quizá las más espinosa, al realizar el juicio o control de razonabilidad de las normas reglamentarias, es la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida. Como ha sostenido la Corte, el análisis de la eficacia de los medios arbitrados por el legislador es ajeno a la competencia jurisdiccional, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea *resolver si son o no proporcionados a las circunstancias o motivos que originan el dictado de la norma*⁸⁷ y a los fines que la justifican⁸⁸. En consecuencia, el objeto de decisión se refiere a si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. En situaciones de emergencia se le ha reconocido al Congreso un mayor margen de regulación, aun en materia de derechos sociales⁸⁹.

⁸⁷ Así, por ejemplo, en el caso “Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes”, cit., se entendió que las condiciones del desenvolvimiento de la industria de carnes justificaban plenamente la sanción de la ley 11.747, con la cual el Congreso se propuso impedir el monopolio, las maniobras y los procedimientos arbitrarios de las empresas industrializadoras en la adquisición de la hacienda, crear un instrumento de lucha contra la organización que determinaba el comercio de carnes, lograr un mayor consumo externo e interno y abaratar este último acercando los productores a los consumidores y mejorando la calidad de las carnes.

⁸⁸ En el caso “Nordensthol, Gustavo Jorge c. Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado” del 2/4/1985, la Corte entendió que la respuesta dada a las dificultades coyunturales que se invocaron mediante la ley 21.476 carecían de razonable proporción medio a fin ya que esa norma no impuso una limitación de derechos, sino que lisa y llanamente, suprimió todas las normas convencionales que establecían mayores beneficios que los consagrados en el régimen de contrato de trabajo. En el fallo se estableció además que si bien las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución Nacional y la acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política, dado que ésta necesariamente debe instrumentarse mediante normas jurídicas, cabe la valoración judicial de la razonabilidad de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Este medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional.

⁸⁹ Por ejemplo, en “Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, del 7/8/90, se estableció que el art. 1 de la ley 21.476 tuvo por objeto mantener la vigencia de los convenios colectivos de trabajo con limitaciones, a fin de no variar la situación laboral existente y preservar la estabilidad en las relaciones colectivas de trabajo, en un momento en que la coyuntura obligaba a ser excesivamente cauteloso en todo lo que podía incidir en la economía del país. Vigente la ley 21.307 y en ese contexto, la limi-

3) Inversión de la carga probatoria y criterio de interpretación

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una ley o de un reglamento regresivo? La regresividad ¿constituye *per se* una razón de invalidez o inconstitucionalidad? De acuerdo al esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una ley es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. La doctrina de la inversión de la carga de la prueba de la razonabilidad de las leyes no ha sido, por ejemplo, ajena a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁹⁰.

Desde el punto de vista procesal, corresponde entonces al demandante demostrar en un primer paso el carácter regresivo de la norma, verbi-gracia acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable a partir de su potencialidad protectora de otros derechos.

Sin embargo, las posibilidades de prueba del Estado no son libres, ni mucho menos. En cuanto al estándar de interpretación, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, corresponde al juez emplear el criterio denominado en interpretación constitucional *escrutinio estricto* (*strict scrutiny*): la carga de demostración de la administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. La situación guarda analogía con las denominadas *categorías sospechadas* en caso de discriminación: cuando el Estado decide establecer distinciones normativas a partir de categorías prohibidas *a priori* (sexo, color, raza, religión, idioma, opinión política, posición económica, nacimiento o cualquier condición social), la ley se presume inválida y corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción. Lo mismo sucede en derecho del consumo para el predisponente de una cláusula en un contrato de adhesión, con las denominadas *cláusulas grises*. Dado que estas categorías resul-

tación de cláusulas convencionales de aumentos automáticos ligados a otros factores de la economía parece ajustarse a la doctrina de que en situaciones de emergencia social o económica, la facultad de regular los derechos personales (art. 14, CN) puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad.

⁹⁰ Cf. LINARES, cit., p. 213.

tan poco habituales para la práctica jurisprudencial y de la doctrina argentina, creemos que resulta útil abundar brevemente en la cuestión.

Cuando se crea una distinción en función de alguno de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora. Esta presunción de ilegitimidad de la medida ha sido sostenida en sede internacional a partir de una reiterada y tradicional jurisprudencia de numerosos tribunales europeos. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana partió de la prohibición específica de discriminación que se contiene en el propio artículo 3.1. de la Constitución Italiana, entendida como elenco de calificaciones subjetivas vedadas como elementos de distinción o diferenciación (sexo, raza, lengua, religión). Como la propia Constitución contiene mandatos específicos que proscriben tener en cuenta estas distinciones, la jurisprudencia concluyó que la prohibición específica de operar distinciones sobre la base de estos datos, si bien no podía interpretarse como una obstáculo absoluto de trato, actuaba como una presunción de irracionalidad de ciertas prohibiciones⁹¹.

El Tribunal Constitucional Español ha sido consciente de que, en su lectura unitaria del art. 14 de la Constitución Española, no podía llevar a sus últimas consecuencias la equiparación teórica entre igualdad genérica y la prohibición de discriminaciones concretas. A la hora de enjuiciar la razonabilidad del factor diferenciador no ha podido prescindir de que ese factor sea precisamente uno de los expresamente incluidos en el elenco del art. 14 de la Constitución. Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución Española existe una “interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona”⁹², y ello, por lo menos, debe implicar que, si se emplean esos factores como criterios de diferenciación de trato, esa diferenciación sea especialmente “sospechosa” de inconstitucionalidad por lo que habrá de examinarse con más rigor su razonabilidad. Esta exigencia de una justificación más estricta, este mayor rigor en el tratamiento de la desigualdad derivada de algunas de las diferenciaciones contenidas en el art. 14, es constante en las decisiones del Tribunal Constitucional Español, traduciéndose lógicamente en un “endurecimiento” del control de constitucionalidad. Así, la alegación de que

⁹¹ Ver BARBERO, A., *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, 1984, p. 308.

⁹² Ver sentencia del S. Tribunal Constitucional Español 83/1984 del 24 de julio –BOE del 14 de agosto de 1984– FJ 5.

el factor diferenciador ha sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la “relevancia” constitucional de la desigualdad⁹³. Otra consecuencia de que el factor diferencial esté expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato. Tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 enumera⁹⁴.

En el plano internacional, en relación a la alegación –destinada a justificar una diferencia de trato– de factores de diferenciación expresamente vedados, el TEDH se pronunció en el caso de “Irlanda vs. Reino Unido”, sentencia del 18 de enero de 1978, en el que se analizaba el carácter discriminatorio de diferencias en el trato de prisioneros del IRA y los terroristas “leales” protestantes. En dicho fallo, aunque la mayoría rechazó la existencia de discriminación, el juez MATSCHER afirmó que si existe discriminación cuando no existan motivos objetivos y razonables que justifiquen diferencia de trato, con mayor razón puede hablarse de discriminación cuando el distinto trato se explica por algunos de los criterios vedados que se enuncian en el art. 14 del Convenio Europeo.

En el caso “Abdulaziz, Cabales y Balkandali” del TEDH, sentencia del 25 de mayo de 1985, se planteó en forma directa una discriminación por razón de raza, nacimiento y sexo en la legislación de inmigración británica, que concedía derechos de entrada a las mujeres de inmigrantes hombres, negados a los maridos de las mujeres inmigrantes. Estas medidas afectaban especialmente a inmigrantes de procedencia india. El Tribunal sostuvo que “se puede destacar que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa”. Y de ello extrae que “sólo razones *muy fuertes* podrían llevar a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo”. Como ha sostenido en relación al fallo “Alonso García”, el Tribunal se mueve en la línea de la sustitución del criterio interpretativo de mera racionalidad (*rational scrutiny*) por “unos mucho más tajantes (*strict scrutiny*) en el que el fin de la norma debe ser superior al valor constitucional que la igualdad de raza, sexo, y otros factores de discriminación expresamente prohibidos suponen”⁹⁵.

⁹³ Ver sentencia del STC 59/1982, del 28 de julio –BOE del 18 de agosto de 1982– FJ 3; sentencia 34/1984, del 9 de marzo –BOE del 3 de abril de 1984– FJ 2; sentencia 63/1984, del 21 de mayo –BOE del 19 de junio de 1984– FJ 4.

⁹⁴ Ver sentencia STC 81/1982, del 21 de diciembre –BOE del 15 de enero de 1983– FJ 2.

⁹⁵ Ver ALONSO GARCÍA, M., *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 388.

Como quedó dicho, de acuerdo con nuestro criterio, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conduce a la necesidad de realizar un *escrutinio estricto* o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y el propósito de la norma y conlleva, de antemano, una *presunción de ilegitimidad* del trato diferencial acordado, quedando a cargo del Estado la prueba de la justificabilidad de la medida. Tampoco resulta este criterio ajeno a la tradición jurídica de nuestros tribunales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica *in dubio pro iustitia socialis*, a la que asigna raigambre constitucional. En el fallo “Berçaitz, Miguel Angel s/jubilación”, del 13 de septiembre de 1974, la Corte consideró que:

“tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro iustitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad. ... (Esta Corte) ha afirmado, “enfáticamente, que las leyes de materia previsional deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva” (Fallos: 263:400; 265:256; 267: 196; 279:389). No sólo, pues, la interpretación analógica restrictiva de un derecho social -en el caso, previsional- contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el “principio de favorabilidad”, *Günstigkeitprinzip*, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar..., sino que también se contraponen a la hermenéutica de las leyes que surge –según lo mostramos– del “objetivo preeminente” de “promover el bienestar general” que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino”.

Como puede verse, ambos principios de interpretación siguen una orientación conceptual similar: favorecen la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance. En el caso del principio *in dubio pro iustitia socialis*, prima la interpretación normativa que mayor extensión dé al derecho social en cuestión. En el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto a la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho.

En cuanto a las posibilidades probatorias, tampoco puede el Estado argumentar acerca de la racionalidad de la legislación propuesta sobre cualquier base. La OG n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fija los términos del posible marco argumentativo del Estado: la medida regresiva “deberá ser justificada plenamente *por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone*”. Esto significa que el Esta-

do sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta *la totalidad de los derechos previstos en el Pacto*. Esta limitación resulta sumamente importante, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida. Como se ha dicho, en caso de duda, habrá que estar en contra de la validez de la ley, ya que la demostración concreta de retroceso en el goce de un derecho hecha por el demandante no logró ser conmovida por el intento del Estado de probar que la medida ha mejorado el goce de otros derechos previstos en el Pacto. En el caso en que el Estado argumente a favor de la racionalidad de la ley, el juez deberá realizar lo que la doctrina constitucional alemana denomina *ponderación de derechos*, aunque en el caso la posibilidad de ponderación queda limitada estrictamente al campo de los derechos económicos, sociales y culturales, excluyendo a cualquier otro.

4) Criterios para determinar la regresividad

Conforme a la posición que sustentamos en este trabajo en relación a la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, el impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad, si logra acreditar *prima facie* que dicha norma es regresiva. Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, partiendo de la definición del art. 2 del PIDESC, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. En definitiva el juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner en evidencia de modo concreto y categórico que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho.

En cuanto a las reglas o parámetros para realizar tal comparación, consideramos que sería acertado recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma *más favorable* para el trabajador. La apelación a tales procedimientos, de arraigada tradición en el ámbito del derecho social, operará solamente como método posible de comparación entre las normas, sin ignorar las claras diferencias entre una y otra situa-

ción y la distinta finalidad que se persigue. En el caso del derecho laboral los criterios de comparación determinan un orden de prelación de las normas. En nuestro caso sólo permitirán acreditar que en principio el Estado ha violado la prohibición de regresividad en la tutela jurídica de un derecho social, trasladándole la carga de demostrar la razonabilidad de la norma bajo un estándar de escrutinio estricto.

Cuando se trata de resolver conflictos entre cuerpos normativos diversos, sobre la base del principio de la norma o el régimen más favorable al trabajador, la doctrina iuslaboralista distingue dos criterios básicos: el de la acumulación y el del conglobamiento. El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que hay en ellas que resulte más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada norma o régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que tras la comparación, se aplica sólo la norma o el régimen que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado “conglobamiento por instituciones”, en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas “relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo”, aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas⁹⁶.

El análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, circunscribiendo tanto la prueba de la regresividad como la consiguiente impugnación de irrazonabilidad al contenido concreto de la norma que regula una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho. Este procedimiento o criterio de comparación limitado a contenidos concretos de la norma y no a su totalidad, resulta además claramente compatible con la regla *pro homine** y con el principio de que la inconstitucionalidad opera como *ultima ratio*, debiendo siempre circunscribirse su declaración a los aspectos particularmente impugnados, sin perjuicio de la validez del resto de la norma.

⁹⁶ Este último criterio elaborado por la jurisprudencia italiana fue el adoptado para regular la relación entre el convenio colectivo de trabajo y la ley, por el art. 6° de la ley 14.250 y es el que adopta el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ver LÓPEZ, J.; Norberto O.; CENTENO, N., y FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, 1987, t. 1, p. 36. Ver, además, GOLDÍN, A., *Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo*, “Derecho del Trabajo”, t. 1986-B, ps. 934 y siguientes.

* N. del comp.: ver al respecto, en este mismo ejemplar, PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

5) Alcance de la aplicación de la prohibición de regresividad

¿A qué derechos se aplica la obligación de no regresividad? Dada la incorporación del principio de progresividad a partir de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su elevación a principio de jerarquía constitucional desde la reforma constitucional de 1994, una de las preguntas que cabe plantear está vinculada con el alcance de esta obligación. La obligación ¿es aplicable sólo a los derechos previstos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales? ¿Se extiende también a los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el texto constitucional, y a los contenidos en otros tratados internacionales de jerarquía constitucional? La pregunta no es ociosa, ni de naturaleza exclusivamente teórica, ya que la parte dogmática y la de nuevos derechos y garantías de la Constitución agrega una importante serie de derechos económicos, sociales y culturales a la enumeración prevista por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, por ejemplo, el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional consagra el derecho a un salario mínimo vital móvil, el derecho a la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, el derecho a la protección contra el despido arbitrario, el derecho a la estabilidad del empleado público, las garantías de los representantes gremiales, el carácter integral e irrenunciable de la seguridad social, el seguro social obligatorio, las jubilaciones y pensiones móviles, la defensa del bien de familia y la compensación económica familiar, que no aparecen detallados con ese grado de especificidad en los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

De acuerdo con nuestro criterio, la obligación no sólo alcanza a los derechos previstos por el PIDESC, sino a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional. Varias son las razones que abonan esta opinión: en primer lugar, el denominado principio *pro homine*, que determina que, en caso de duda, debe escogerse la interpretación que otorgue mayor extensión a los derechos, frente a aquella que brinde mayores prerrogativas al Estado. En segundo término, el carácter *complementario*⁹⁷ que la Constitución otorga a los tratados de jerarquía constitucional con respecto a su parte dogmática. Esta complementariedad supone,

⁹⁷ Cf. Constitución Nacional, art. 75, inc. 22: (los tratados enumerados) “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

como primer corolario, no contradicción⁹⁸. En este sentido, los derechos previstos en la primera parte de la Constitución o de un pacto no pueden ser interpretados en el sentido de limitar, restringir o derogar los derechos establecidos por la restante fuente. Pero es posible avanzar aún más, afirmando que el sentido de la doble protección, interna e internacional, especialmente en el caso del tipo de derechos recogidos tanto por la parte dogmática como por los tratados internacionales, supone una mutua correlación de los derechos y principios de distinta fuente. La suma de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución y de los establecidos en los tratados de derechos humanos debe interpretarse como totalidad: allí donde el estándar del derecho interno suponga un grado de protección mayor, ello eleva el rigor de las obligaciones del Estado; inversamente, cuando el estándar internacional sea más exigente, ésta será la medida de la obligación estatal*. La determinación de las obligaciones del Estado surgirá entonces de una comparación de los estándares interno e internacional *ante cada derecho*. Vistas así las cosas, resulta coherente que una exigencia tal como la prohibición de regresividad resulte aplicable a todo el conjunto de derechos sociales, tanto de fuente interna como internacional.

Esta interpretación coincide con la efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, del 27 de diciembre de 1996⁹⁹. En efecto, tanto el voto de la mayoría, como el del Dr. Boggiano, juzgan aplicables los criterios establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CADH y el PIDESC al derecho a las jubilaciones y pensiones móviles, establecido por el art. 14 *bis* de la Constitución y no recogido en esa medida por los tratados internacionales, ya que en éstos se reconoce únicamente el derecho a la seguridad social pero no se establece la nota de la movilidad de las prestaciones de seguridad social¹⁰⁰.

⁹⁸ Como se dijo, la Constitución afirma que los tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución” (art. 72, inc. 22). Por su parte, el PIDESC establece en su art. 5.2 que “(n)o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

* N. del comp.: cf. en este mismo ejemplar, BIDART CAMPOS, Germán J., *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*.

⁹⁹ Ver revista “La Ley”, t. 1997-B, p. 247.

¹⁰⁰ CSJN, “Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, del 27 de diciembre de 1996, voto de la mayoría, formada por los Dres. NAZARENO y MOLINÉ O’CONNOR, Considerandos 11 y 12; voto concurrente del Dr. BOGGIANO, considerando 11.

Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

J. Alejandro Kawabata

I. Introducción

El presente artículo se propone efectuar un análisis respecto de la reparación a las violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado, en el marco del Sistema Convencional Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH), presentando previamente un marco introductorio al tema en cuanto a las obligaciones básicas asumidas por los Estados al ratificar la CADH, respecto a las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar 1976-1983.

Asimismo, procuraré sistematizar las acciones que, en materia de reparación en sentido estricto, se adoptaron desde el Estado Nacional en la República Argentina.

II. El deber de reparar: su derivación de las obligaciones básicas asumidas por los Estados en la CADH

En primer lugar debe consignarse que cuando me refiero a violaciones a los derechos humanos, traigo a colación el concepto de éstas en virtud del cual queda expedita la vía interamericana de la protección de los derechos humanos. Por tanto refiero a las acciones u omisiones que resultan imputables a los Estados y que constituyen el quebrantamiento de una obligación internacionalmente asumida por ellos –a los efectos del presente análisis– en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados

Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse”¹.

Ese sistema se pone en funcionamiento cuando se violan las obligaciones básicas asumidas por los Estados en la CADH, esto es la obligación de respetar y la de garantizar.

La Convención, refiere a dichas obligaciones que los Estados asumen al ratificarla en su primer artículo. A pesar de estar titulado bajo el rótulo “*Obligación de Respetar los Derechos*”, el artículo no se limita a especificar la obligación de respetar, sino que expresa en su numeral 1:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de...”².

“El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”³.

No cabe duda, entonces, que toda violación a los derechos o garantías reconocidos en la CADH que resulten imputables a un Estado constituyen, automáticamente, el quebrantamiento del compromiso de respeto y garantía asumido en virtud del citado artículo.

“De acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención los Estados Partes ‘se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...’, de lo cual se desprende que ésta es una disposición de carácter general cuya violación está siempre relacionada con la que establece un derecho humano específico. Como ya lo dijo la Corte en un caso anterior el artículo 1 ‘contiene

¹ Decisión del 13 de noviembre de 1981 de la Corte IDH, caso “Viviana Gallardo y otras”, numeral 16.

² Este art. 1 reconoce como fuentes a los arts. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 14 de la Convención de Roma.

³ Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de la Corte IDH del 29 de julio de 1988, numeral 164 y Caso “Godínez Cruz”, Sentencia de la Corte IDH del 20 de enero de 1989, numeral 173.

la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido el artículo 1.1 de la Convención' (Caso "Velásquez Rodríguez", *supra* 63, párr. 162; caso "Godínez Cruz", *supra* 63, párr. 171)"4.

La vieja noción según la cual en materia de derechos civiles y políticos, los Estados asumían principalmente "obligaciones de no hacer" carece de sustento. Sin dudas este cúmulo de derechos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, traen aparejada la necesidad de que el Estado asuma obligaciones de "no hacer" (esto es, de no violarlos) y obligaciones de "hacer" (adoptar medidas de acción positiva tendientes a asegurar el goce y ejercicio de los derechos). El compromiso en materia de derechos humanos, requiere la adopción de políticas activas de promoción y protección, lo cual ha excedido ampliamente el concepto de violaciones a los derechos humanos acotado a los casos en los que se vulneraba la noción de respeto a ellos.

Durante los períodos de gobiernos autoritarios, la noción de respeto se agiganta, mientras que en períodos de gobiernos democráticos, el acento debe ir poniéndose en forma paulatina en la noción de garantía, ya que la vigencia del Estado de Derecho se asienta en el presupuesto básico del respeto a los derechos humanos.

Ahora bien, retomemos las obligaciones básicas asumidas por los Estados.

A) La obligación de *respetar* abarca dos obligaciones fundamentales:⁵

1) Que la actuación de los órganos del Estado no debe ir más allá de los límites que fijan las normas de derechos humanos.

"La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"⁶.

⁴ Caso "Neira Alegría y Otros", Sentencia del 19 de enero de 1995, numeral 85.

⁵ NIKKEN, P., *El concepto de Derechos Humanos*, en *Antología Básica en Derechos Humanos*, IIDH, San José de Costa Rica, 1994, ps. 21 y 22.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986.

2) Del primer punto surge como consecuencia necesaria, la obligación de adecuar el sistema jurídico interno para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos.

Esta es una obligación positiva, acarrea la necesidad de que el Estado realice una actividad de adecuación, ello es, una obligación de hacer.

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁷.

En el marco de ambos numerales se enmarca la función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que le establece la CADH en el art. 41.b: “formular recomendaciones..., para que adopten... disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos”.

B) La obligación de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos le impone al Estado, la obligación de asegurar a toda persona bajo su jurisdicción, el efectivo goce de los derechos humanos⁸.

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁹.

Esta obligación de garantizar –que contiene la noción de protección–abarca:

⁷ Art. 2: Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno, CADH.

⁸ NIKKEN, P., *El concepto de Derechos Humanos*, cit., ps. 21 y 22; y FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, IIDH, 1996, ps. 66 y 67.

⁹ Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia del 29 de julio de 1988, numeral 166 y Caso “Godínez Cruz”, Sentencia del 20 de enero de 1989, numeral 175.

1) el deber de brindar a los individuos bajo su jurisdicción los medios judiciales accesibles, rápidos y efectivos para proteger sus derechos, los cuales deben sustanciarse conforme las reglas del debido proceso legal.

La CADH dispone “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”¹⁰.

Dichos recursos, obviamente deben tramitarse con respeto al “debido proceso”, ello es, en cumplimiento de las garantías prescriptas en el art. 8.1 de la CADH y no pueden suspenderse aun habiéndose dispuesto un estado de excepción¹¹.

Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH): “Los Estados Partes (en la CADH) se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”¹².

No debe soslayarse lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto: “... debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla...”¹³.

Asimismo el recurso debe ser *eficaz*, es decir, “*capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido*”¹⁴.

¹⁰ Art. 25.2.

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, numeral 44, “... que los procedimientos jurídicos consagrados en los arts. 25.1 y 7.6 de la CADH no pueden ser suspendidos conforme al art. 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”.

¹² Casos “Velásquez Rodríguez”, “Fairén Garbí y Solís Corrales” y “Godínez Cruz”, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, numerales 90, 90 y 92, respectivamente.

¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, numeral 24.

¹⁴ Corte IDH, Caso “Godínez Cruz”, Sentencia del 20 de enero de 1989, numeral 69.

2) el deber de prevenir razonablemente la reiteración de violaciones a derechos humanos.

Este deber trae como consecuencia que el Estado debe adoptar todas las medidas ya sean de carácter jurídico, político, administrativo o cultural que resulten necesarias para resguardar los derechos humanos de posibles violaciones. “No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte, aunque es claro que la obligación de prevenir es de *medio o comportamiento* y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”¹⁵.

3) el deber de establecer una organización institucional que posibilite el pleno ejercicio y defensa de los derechos fundamentales.

La obligación positiva que emana del art. 1.1 de la CADH implica “el deber de los Estados... de *organizar todo el aparato gubernamental* y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, *de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”¹⁶.

4) La noción de *protección* como ya dijera se encuentra ínsita a la de garantía.

Esta obligación se pone en funcionamiento cuando se vulnera la primera acepción del compromiso de “respetar” ya analizada; por tanto, una vez que el Estado traspasa los límites que le imponen el respeto a los derechos humanos, debe comenzar a moverse este segundo engranaje de la responsabilidad estatal que es el de protección.

Esta obligación impone al Estado:

a) investigar la violación a los derechos humanos; b) restaurar el derecho, de ser ello posible; c) reparar los daños; d) identificar y sancionar a los autores; e) casos de denegación de justicia.

La Corte IDH ha dicho “... los Estados deben prevenir, investigar, y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación...”¹⁷.

a) investigar la violación: ocurrida la violación, el Estado deberá disponer todas las medidas conducentes para el esclarecimiento del hecho, poniendo en funcionamiento al Poder Judicial. Esta es una obligación de

¹⁵ Caso “Godínez Cruz”, citado, numeral 185.

¹⁶ *Idem* cita n° 9.

¹⁷ *Idem* cita n° 9.

medios, ello implica que el Estado deberá adoptar la totalidad de las diligencias encaminadas al esclarecimiento. Si los aparatos estatales, por su inacción o desidia, permiten que la violación quede impune, entonces se habrá configurado la violación al deber de protección. Por tanto, la investigación debe realizarse con seriedad y no como simple formalidad; no debe quedar librada a la iniciativa procesal de los afectados, sino que debe ser asumida como obligación propia del Estado¹⁸.

b) restaurar el derecho, de ser ello posible: deberá hacer cesar la violación de la manera más rápida posible, en los casos en los que el resultado disvalioso no se hubiera producido en forma irreparable. Esto implica por ejemplo que deberá hacer cesar en forma inmediata toda detención ilegal o arbitraria, deberán cesar la aplicación de tormentos o suplicios, deberá informarse el paradero de personas desaparecidas poniéndolas a disposición de autoridades judiciales o dejándolas en libertad, etcétera.

c) reparar los daños causados a las víctimas; evidentemente, reparado el daño a las víctimas, no procederá reclamación a nivel internacional. “El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”¹⁹. Me remito a la cita n° 17 de la que se desprende claramente la reparación como un contenido de la “protección”.

d) identificar y sancionar a los autores: impone una obligación de medios; por tanto, el Estado al igual que lo expresado en el punto a), debe disponer todas las medidas a su alcance para determinar la autoría de la violación y sancionar al culpable, no obstante, igualmente habrá cumplido su obligación si se verifica la imposibilidad de ello por razones ajenas a la investigación. No se exige que efectivamente se determine y sancione al culpable sino que se dispongan todas las medidas conducentes a ello.

e) casos de denegación de justicia: éstos abarcan los casos en que habiéndose cometido un delito, o sea un acto cometido por un particular contra otro, si el Estado no cumple con su obligación de impartir justicia a través del funcionamiento cabal de sus órganos jurisdiccionales, también se configurará una violación a derechos humanos. Ésta no estará vinculada al delito cometido por el particular, sino a que el Estado no garantice a la víctima su derecho a reclamar justicia. Lo que se violenta en estos casos es el derecho a la protección judicial consagrado en la CADH (art. 25).

¹⁸ Caso “Godínez Cruz”, Sentencia del 20 de enero de 1989, numeral 187 a 191.

¹⁹ Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia del 29 de julio de 1988, numeral 134, y Caso “Godínez Cruz”, Sentencia del 20 de enero de 1989, numeral 140.

Ahora bien, para que el engranaje interamericano de protección pueda ponerse en funcionamiento se exigen dos niveles de requisitos: de fondo y de forma.

A fin de que una petición pueda ser admisible para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), el requisito de fondo lo constituye el hecho de que la situación planteada *caracterice una violación de los derechos garantizados por la CADH* (art. 47.b de la CADH) imputable a un Estado que haya ratificado la Convención.

Los requisitos de forma son varios, de los cuales unos revisten mayor importancia que otros: nos encontramos con la exigencia de que respecto de la cuestión no haya habido una petición anterior examinada por la CIDH u otro organismo internacional (art. 47.d), los casos de litispendencia (art 46.c), requisitos cuyo omisión resulta fácilmente subsanable (tales como los previstos en los arts. 46.d), que la petición sea presentada dentro del plazo de 6 meses (art. 46.b) y que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna (art. 46.a).

Sin duda, el que mayor trascendencia ha tenido de estos últimos, a los efectos de poder obtener una efectiva protección, ha sido el requisito de agotamiento de los recursos internos.

Esta imposición, a mi juicio, tiene una doble vertiente. En primer lugar, constituye la contrapartida a la posibilidad que hoy tienen los individuos de encontrarse legitimados internacionalmente para accionar contra un Estado; por lo tanto, se da la posibilidad a los Estados de solucionar internamente sus conflictos y sólo en caso de no hacerlo se deja expedita la vía internacional. En segundo lugar, debo recordar que los Estados en el art. 2 de la CADH –dedicado a la enumeración de deberes de los Estados– se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

El cumplimiento de dicha obligación trae como consecuencia el establecimiento de una doble valla de contención. En efecto, la propia CADH una vez ratificada, constituye derecho interno de los Estados²⁰, imponiéndose la obligación de adoptar las disposiciones legislativas a que refiere el art. 2 respecto de aquellas disposiciones que en la propia Convención remitan a las legislaciones nacionales o que resulten claramente programáticas²¹ y manteniendo todo su vigor para aquellos países que sostengan

²⁰ Así ocurre en nuestro país y en la mayoría de los países latinoamericanos.

²¹ VARGAS CARREÑO, E., *Algunos problemas de la aplicación y la interpretación de la CADH. La Convención*, OEA, 1980, p. 155.

concepciones netamente dualistas. La referencia a las medidas “de otro carácter” resulta abarcativa de las sentencias judiciales, por lo tanto, ellas constituyen un medio idóneo para subsanar las lagunas legislativas existentes²². A ello debe sumarse la *protección judicial* a que refiere el art. 25 que remite, no sólo a la Convención, sino también a las Constituciones y leyes de los distintos Estados.

Se persigue que, sin bien el individuo debe agotar previamente los recursos internos, los ordenamientos nacionales le brinden a éste similares, idénticas o mayores garantías que el propio ordenamiento internacional.

Vulnerados los derechos consagrados en la CADH resultando ello imputable al Estado, se debe poner en funcionamiento la obligación de protección –con los alcances reseñados *ut supra*– que emana del contenido de la obligación de garantía.

En definitiva, a fin de poder acudir internacionalmente en busca de protección, se exige al individuo que peticiona que se den ambas situaciones. Esto hace que en la mayoría de los casos²³ se requiera una *doble violación a los derechos humanos*. En primer término, la violación al derecho consagrado en la CADH imputable al Estado (*v. gr.* violación del derecho a la vida) y su consecuente vulneración de la obligación de respeto consagrada en el art. 1.1, y en segundo lugar, que el Estado no dé satisfactoria solución al reclamo de justicia formulado por la víctima, familiar de la víctima, interesado o legitimado para hacerlo (exceptuándose los casos reseñados precedentemente en los que no procede la exigencia de agotamiento de recursos internos). Esto último implicaría el quebrantamiento del contenido de protección propiamente dicho que prevé la CADH en su art. 1.1 y en su caso, la violación al derecho a la protección judicial (reconocido en el art. 25). Ello se ve reflejado claramente en la parte resolutive de cada una de las sentencias que ha ido dictando la Corte IDH.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, de fecha 29 de agosto de 1986. “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, numeral 24. “... el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento y luego de la reforma constitucional del año 1994 (que jerarquizara instrumentos internacionales en materia de derechos humanos –art. 75, inc. 22–) las citadas lagunas legislativas se constituirían en supuestos de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

²³ Especialmente en aquellas violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios públicos, exceptuándose aquellas que se cometen por deficiencias estructurales o de organización judicial, entre otras, que de por sí pueden configurar una violación a la CADH.

Aparece, entonces, la noción de *reparación*, como un contenido ínsito a la noción de protección que emana de una de las piedras fundantes del sistema interamericano de protección, el ya citado art. 1.

III. Vertiente normativa expresa

Ahora bien, no es ésta la única vertiente normativa de la obligación de reparar que asumen los Estados al ratificar la CADH.

En efecto, la CADH refiere en el art. 51 numeral 2²⁴ que “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para ‘remediar’ la situación examinada”.

En el art. 10 se consagra el derecho a indemnización en casos de error judicial al dictarse sentencias definitivas que hayan quedado firmes.

Sin dudas es el art. 63 –referido a la competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– es el más contundente al respecto. En el numeral 1 se dispone “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se ‘reparen las consecuencias’ de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una ‘justa indemnización’ a la parte lesionada”.

“Este artículo constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (cf. Caso ‘Velásquez Rodríguez’, Indemnización Compensatoria, *supra* 28, párr. 25; caso ‘Godínez Cruz’, Indemnización Compensatoria, *supra* 27, párr. 23) y la jurisprudencia de otros tribunales (cf. Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, CPJI, Série A, n° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, CPJI, Série A, n° 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, CIJ, Recueil 1950, p. 228)²⁵.

Queda claro entonces que el art. 63.1 no hace más que consagrar expresamente el principio de derecho internacional en virtud del cual el quebrantamiento de una obligación internacional que haya producido un

²⁴ En igual sentido, ver art. 47 numeral 3 del Reglamento de la CIDH.

²⁵ Caso “Aloeboetoe y otros”, Sentencia de la Corte IDH de fecha 10 de septiembre de 1993 sobre Reparaciones, numeral 43.

daño conlleva la responsabilidad internacional del Estado infractor, el que debe repararlo adecuadamente. En el punto siguiente retomaremos el análisis de este artículo.

El art. 68 numeral 2 consigna “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

El Reglamento de la Corte IDH²⁶ también refiere expresamente a la reparación. El nuevo art. 31 expresa la importancia que tiene la reparación, dado que admite que sea invocada en cualquier etapa de la causa, modificando la redacción del anterior art. 44 que admitía la posibilidad de alegar al respecto y manteniendo en sustancia el antiguo numeral 1. Esto significa que, aún cuando no haya sido solicitada la reparación en la demanda, podrá serlo en cualquier etapa procesal, no obstando ello a la procedencia de su pedido, no rigiendo en este aspecto el principio de preclusión.

El novel art. 56 refiere a la “Sentencia de Reparaciones”. En su numeral 1 indica que “cuando la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento”. El numeral 2 refiere a la posibilidad que tienen las partes de arribar a una solución amistosa, derogándose el anterior numeral 2. La actual redacción del numeral 1 pareciera querer separar la etapa de reparación del dictado de la sentencia de fondo. Anteriormente había una conminación mayor a expedirse al respecto en la sentencia de fondo dado que se disponía que si el asunto (la reparación) estaba en condiciones de ser resuelto, debía decidir sobre ella; en cambio, la actual redacción admite que la Corte postergue una decisión en ese sentido, si bien continúa permitiendo que la sentencia de fondo decida específicamente sobre las reparaciones. De hecho, la práctica de la Corte IDH ha ido delineando esta tendencia²⁷.

Lo indicado se ve reforzado, en mayor medida, por la incorporación del nuevo art. 23 el que reconoce el *locus standi* a los representantes de las víctimas o de sus familiares, quienes en la etapa de reparaciones podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma. Ello ve

²⁶ Reformado en el XXXIV Período Ordinario de Sesiones de la Corte IDH celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996.

²⁷ Ver numerales 5 y 6 de la parte resolutive de las Sentencias de la Corte IDH del 29 de julio de 1988 y 20 de enero de 1989 de los casos “Velásquez Rodríguez” y “Godínez Cruz”.

reflejada, en parte, la tendencia paulatina pero firme en el sentido de reconocerle a los peticionantes, el *locus standi* ante la Corte para todo el procedimiento contencioso.

He reseñado de esta manera, brevemente por cierto, el marco general de la obligación de reparar y su referencia normativa en la CADH.

Producida una violación a los derechos y garantías reconocidos en la CADH, procede entonces la reparación como forma de subsanar las consecuencias de ella, tanto como obligación básica asumida por los Estados en cuanto al deber de garantía, como por aplicación del mandato impuesto a la Corte IDH en el art. 63.1.

Analizaré entonces, las formas de reparación.

IV. Formas de la reparación

Dada la limitación del presente trabajo no abordaré las cuestiones atinentes a la titularidad del derecho a ser reparado en casos individuales o colectivos.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, reparar significa remediar o precaver un daño o perjuicio; enmendar corregir o remediar; desagraviar, satisfacer al ofendido; reparación significa desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.

“La reparación debe tanto como sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiere existido si aquel acto no hubiese sido cometido”²⁸.

Ahora bien, la reparación puede presentarse en diversas formas, existiendo múltiples clasificaciones en doctrina.

Tomando la sugerida en el *Proyecto de Principios y Directrices Básicos* relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos elaborado por el Dr. Theo VAN BOVEN en su carácter de Relator Especial²⁹, la misma puede presentarse bajo las siguientes formas: i) la *restitución*; ii) la *indemnización*; iii) la *rehabilitación*; iv) la *satisfacción y las garantías de no repetición*.

²⁸ Caso “Chorzow Factory”, CPJI, 1928, SA, n° 17, 29 y 47.

²⁹ “Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos, 45° Período de Sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías) .

La *restitución* procura restablecer, de ser ello posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de sufrir la violación a los derechos humanos. Esto es restablecer el *statu quo ante*.

La *indemnización* (reparación en sentido estricto) corresponde por los daños resultantes del ilícito que puedan “evaluarse económicamente”. El Sr. VAN BOVEN enumera entre éstos: a) los daños físicos o mentales; b) los dolores o sufrimientos físicos o psicológicos; c) la pérdida de oportunidades, incluso la posibilidad de realizar estudios; d) la pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida; e) los gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación; f) los daños a los bienes o comercios, incluso el lucro cesante; g) los daños a la reputación o dignidad; h) los gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.

La *rehabilitación* abarca las prestaciones (sean médicas, psicológicas o jurídicas o de otra índole) que deberá suministrarle el Estado a las víctimas así como las medidas para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

La *satisfacción y las garantías de no repetición*, conforme lo sugerido por el Relator Especial, abarcan un amplio abanico de medidas dentro de las que se encuentran: a) la cesación de las violaciones existentes; b) la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; c) el dictado de una sentencia declaratoria en favor de la víctima; d) una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; e) el enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsable de las violaciones; f) la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; g) la inclusión de datos exactos sobre las violaciones a los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico; h) la prevención de la repetición de las violaciones –a cuyo fin se deberá: someter a las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la autoridad civil; limitar las competencias de los tribunales militares; reforzar la independencia del poder judicial; proteger a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos; enseñando a respetar y conocer los derechos humanos, especialmente a los oficiales encargados de aplicar la ley, fuerzas militares y de seguridad–.

Hasta aquí la categorización propuesta en el citado proyecto de principios y directrices básicos. Sin dudas existen formas adicionales que encuadrarían en estas categorías, como por ejemplo la creación de órganos gubernamentales encargados no sólo de la memoria histórica de lo ocurrido, sino también de la defensa y protección de los derechos humanos a futuro, el fortalecimiento de las ONG a través de políticas de cooperación, la prioridad de empleo a víctimas de violaciones a los derechos humanos, etcétera.

No resulta posible efectuar una enumeración taxativa en esta materia, dado que se dependerá de las características de las violaciones cometidas, los bienes jurídicos violentados, la cultura del pueblo sometido, los recursos que cada Estado pueda destinar al efecto, etc. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, indudablemente un derecho en constante evolución, por tanto, las reparaciones que deban ir reconociéndose, también estarán sujetas a dicha evolución.

No obstante ello, la categorización propuesta resulta exhaustiva, en tanto permite ir ampliando los supuestos que cada especie abarque, y por tanto la tomaré a efectos de analizar las formas de reparación que la experiencia interamericana ha ido delineando.

En forma previa, debo coincidir con el Dr. Víctor M. RODRÍGUEZ RESCIA³⁰ en cuanto a los errores terminológicos en los que incurre la CADH la que parece confundir la reparación concebida en forma amplia y la indemnización, que constituye, como ya se dijera, sólo un aspecto de aquélla.

Este inconveniente, sumado a la no del todo prolija redacción del art. 63.1 de la CADH, motivaron que la Corte IDH, a partir de sus primeras sentencias, debió ir delineando el contenido específico de la reparación. Aparece entonces el criterio de la “plena restitución”, debiendo indicarse expresamente los supuestos que abarca dicho concepto: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye ‘el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral’”³¹.

En segundo lugar, la Corte IDH entendió que la “justa indemnización” a la que refiere el art. 63.1 de la CADH tiene el carácter de *compensatoria* y no *sancionatoria*³².

En tercer lugar, la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, se debe *fundar en la Convención Americana y en los principios de Derecho inter-*

³⁰ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M., *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Revista IIDH, n° 23, enero-junio de 1993, ps. 139 y 140.

³¹ Caso “Velásquez Rodríguez”, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, numerales 26 y 31.

³² Caso “Godínez Cruz”, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, numeral 36.

nacional aplicables a la materia³³; "... la obligación de reparar pertenece al derecho de gentes y está regida por él..."³⁴.

"La obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno...."³⁵.

i) La restitución

Atento a que los casos resueltos a la fecha por la Corte IDH han sido referidos a la muerte o desaparición de las víctimas, no ha podido el tribunal expedirse especialmente en este aspecto. No obstante, queda claro que no es concebible que la jurisprudencia interamericana no la considere constitutiva de la reparación; "habiendo fallecido la víctima, resulta imposible garantizarle el goce de su derecho o reparar integralmente las consecuencias de la medida violatoria del mismo. De allí que proceda, de acuerdo con la señalada norma, el pago de una justa indemnización"³⁶.

Resulta importante en este aspecto lo resuelto por la Corte IDH en el caso "Maqueda", seguido contra Argentina: "... considerando que la cuestión central en el caso es la violación del derecho a la libertad del señor Maqueda y que ese derecho ha sido restituido mediante el acuerdo a que han llegado las partes, la Corte estima que éste no viola la letra y el espíritu de la Convención Americana. Aunque en la demanda de la Comisión presentada ante la Corte se citan otros derechos consagrados en la Convención, así como mecanismos y disposiciones de derecho interno, éstos han sido planteados en relación con el derecho a la libertad. No obstante ello, la Corte, teniendo presente la responsabilidad que le incumbe de proteger los derechos humanos, se reserva la facultad de reabrir y continuar la tramitación del caso si hubiere en el futuro un cambio de las cir-

³³ Caso "Velásquez Rodríguez", Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, numeral 31.

³⁴ Caso "Aloeboetoe y otros", Sentencia de la Corte IDH de fecha 10 de septiembre de 1993 sobre Reparaciones, numeral 45.

³⁵ Caso "Aloeboetoe y otros", Sentencia sobre Reparaciones, numeral 44.

³⁶ Caso "Gangaram Panday", Sentencia de la Corte IDH del 21 de enero de 1994, numeral 69. Caso "Aloeboetoe y otros", Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), numeral 50.

cunstancias que dieron lugar al acuerdo”³⁷. Esta admisión por parte de la Corte IDH de la solución amistosa a que arribaran las partes, dio prioridad a la restitución como contenido de la reparación, por sobre la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición.

ii) La indemnización

La jurisprudencia del tribunal ha ido delineándose a partir de los casos contra Honduras y profundizándose en el Caso “Aloeboetoe y otros” contra Suriname. Con leves variaciones, pero manteniendo lo central en cuanto a los lineamientos adoptados, se falló en las últimas sentencias sobre reparaciones en los casos “Neira Alegría y otros” y “El Amparo”³⁸.

“En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del derecho violado, adquiere fundamentalmente la forma de una indemnización pecuniaria”³⁹.

Ahora bien, ha quedado claramente establecido el criterio de la Corte en el sentido de querer separar la etapa de determinación del *quantum* y modalidad reparatoria de la del dictado de la sentencia de fondo⁴⁰. La única excepción fue dada en el caso “Gangaram Panday”.

Asimismo se ha establecido en cada sentencia de la Corte, la necesidad de efectuar un seguimiento respecto del cumplimiento de la sentencia por parte de los Estados⁴¹.

Según la Corte IDH la “justa indemnización” a la que refiere el art. 63.1 abarca: a) el lucro cesante, b) el daño emergente y c) el daño moral⁴².

³⁷ Caso “Maqueda”, Resolución de fecha 17 de enero de 1995, numeral 27.

³⁸ De fechas 19 y 14 de septiembre de 1996, respectivamente.

³⁹ Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, numeral 189; Caso “Godínez Cruz”, Sentencia de 20 de enero de 1989, numeral 190.

⁴⁰ Casos “Velásquez Rodríguez”, “Godínez Cruz”, “Aloeboetoe y otros”, “Neira Alegría”, “El Amparo”, “Garrido y Baigorria”, “Caballero Delgado” y “Santana”. En todos ellos, se dictaron sentencias sobre el fondo y sentencias sobre reparaciones o abriendo la etapa *ad hoc*.

⁴¹ Ver parte resolutive de las sentencias en los casos “Gangaram Panday” (punto 5 de la sentencia de fondo), “Aloeboetoe y otros” (punto 6 de la sentencia sobre reparaciones), “Velásquez Rodríguez” y “Godínez Cruz” (puntos 5 de ambas sentencias sobre reparaciones) y concordantes.

⁴² RODRÍGUEZ RESCIA, VÍCTOR M., *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, “IIDH”, n° 23, enero-junio de 1993, ps. 143 a 149.

En las más recientes resoluciones adoptadas en los casos “Neira Alegría” y “El Amparo”, se varió este criterio, utilizándose la distinción entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales⁴³.

El lucro cesante

“Esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios materiales sufridos. La jurisprudencia arbitral considera que, según un principio general de derecho, éstos comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante (cf. *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, sentence, 29 mars 1900, Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités*, 2eme Série, t. 30, p. 402; *Case of Cape Horn Pgeon*, 29 November 1902, *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, Washington, DC: Government Printing Office, 1902, Appendix I, p. 470)”⁴⁴.

Cómo se calcula el lucro cesante: “Para la indemnización del lucro cesante ha efectuado (la Corte) una apreciación prudente de los daños”; “Para la determinación del monto de la reparación por daños materiales que percibirán los sucesores de las víctimas, se siguió el criterio de relacionarlo con los ingresos que éstas habrían obtenido a lo largo de su vida laboral si no hubiera ocurrido su asesinato”⁴⁵. A los períodos pasados se le aplica una coeficiente de actualización, sumándose luego el lucro cesante para el resto de la vida laboral de las víctimas; en caso de tratarse de menores de edad se calculó que el lucro cesante comenzaría a devengarse a partir de los 18 años (caso “Aloeboetoe”).

“La base para fijar el monto de la indemnización... debe calcularse sobre la base de un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural. En este sentido se puede partir del sueldo que..., percibía Saúl Godínez Cruz en el momento de su desaparición (405 lempiras mensuales) hasta el momento de su jubilación obligatoria a los sesenta años de edad, según lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley del Instituto Nacional de Previsión del Magisterio, que el propio Gobierno considera como la más favorable. Con posterioridad le habría correspondido una pensión hasta su fallecimiento” —de acuerdo a la expectativa de vida del país—⁴⁶.

⁴³ Sentencias sobre de reparaciones de fechas 19-9-96 y 14-9-96, respectivamente.

⁴⁴ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, Sentencia de la Corte IDH del 10 de septiembre de 1993, numerales 50 y 88.

⁴⁵ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, numeral 87.

⁴⁶ Caso “Godínez Cruz”, Indemnización Compensatoria, Sentencia de la Corte IDH de fecha 21 de julio de 1989, numeral 44. Coincidentemente, caso “Velásquez Rodríguez”, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, numeral 46.

Ahora bien, lo dicho corresponde cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta⁴⁷; pero cuando los beneficiarios son los familiares de la víctima, “la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso”⁴⁸. No obstante respecto de ellos existe una presunción de que la muerte de las víctimas les ha causado perjuicio, quedando a cargo de la contraparte la prueba en contrario⁴⁹.

También se expidió la Corte respecto de terceros “La obligación de reparar el daño causado se extiende en ocasiones, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico, a personas que, sin ser sucesores de la víctima, han sufrido alguna consecuencia del acto ilícito, cuestión que ha sido objeto de numerosas decisiones por parte de los tribunales internos. La jurisprudencia establece sin embargo, ciertas condiciones para admitir la demanda de reparación de daños planteada por un tercero”⁵⁰. En estos casos, el *onus probandi* corresponde a la Comisión, la que deberá aportar las pruebas necesarias⁵¹.

Cuando los montos indemnizatorios, deban pagarse en cuotas pagaderas en plazos relativamente largos, correspondería aplicar coeficientes de “indexación”, pero si el pago debe cancelarse en corto plazo (6 cuotas), no correspondería la aplicación de esos coeficientes⁵².

En caso de existir menores beneficiarios, se deberá crear un fideicomiso en su favor, asegurándose que la suma asignada mantenga su poder adquisitivo y produzca frutos o dividendos⁵³.

⁴⁷ Casos “Godínez Cruz” y “Velásquez Rodríguez”, numerales 45 y 48 de las Sentencias sobre Indemnización compensatoria.

⁴⁸ Casos “Godínez Cruz” y “Velásquez Rodríguez”, numerales 46 y 49 de las Sentencias sobre Indemnización compensatoria.

⁴⁹ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, numerales 54 y 71.

⁵⁰ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, numeral 67 y 68.

⁵¹ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, numeral 71.

⁵² Caso “Godínez Cruz”, Interpretación de la Sentencia de Indemnización Compensatoria de fecha 17 de agosto de 1990, numeral 29.

⁵³ Caso “Godínez Cruz”, numerales 30 y 31 de la Sentencia sobre Indemnización compensatoria y numerales concordantes de igual sentencia en el caso “Velásquez Rodríguez”.

Como cita el Dr. Víctor M. RODRÍGUEZ RESCIA, el elemento novedoso introducido en la sentencia sobre reparaciones del caso “El Amparo”, lo constituyó la deducción del 25% al monto total del cálculo de ingresos de la víctima a futuro, en concepto de gastos personales que se habrían efectuado de vivir la víctima.

En materia de lucro cesante, pareciera que la jurisprudencia de la Corte ha sido algo restrictiva. En primer lugar, no ha tenido en cuenta las expectativas de superación concretas de las víctimas, con el consecuente incremento de los eventuales ingresos que la víctima hubiera tenido; en efecto, no fue ni siquiera analizada la solicitud de la CIDH en el caso “Velásquez Rodríguez” en el sentido de considerar que debería tomarse también en cuenta “los estudios que efectuaba para graduarse de economista, que le habrían permitido percibir ingresos como profesional y las posibles promociones, aguinaldos, bonificaciones y otros beneficios que habría recibido en el momento de su jubilación”⁵⁴.

Tampoco ha sido amplia en tanto aplicó disminuciones a los montos a que se arribara, especialmente en función de los gastos personales que hubiera realizado la víctima y la “*apreciación prudente de los daños*” cuando son los familiares quienes se hacen acreedores de la indemnización.

El daño emergente

Está conformado por los gastos que los peticionantes o familiares debieron realizar a fin de reclamar en pos de una reparación con todos sus alcances.

Los gastos a considerar, entonces, pueden darse en tres etapas: a) por actuaciones, gestiones y diligencias a nivel interno, con o sin asesoramiento de profesionales; b) para actuar ante la CIDH; c) para actuar ante la Corte.

Respecto de estos últimos –actuación ante la Corte–, y atento a que no se le reconoce al peticionario *locus standi* ante dicho tribunal, no habría, en principio, gastos que reconocer.

La Corte ha reiterado su posición en el sentido de que el funcionamiento de los órganos del sistema (CIDH y Corte) es soportado por los Estados miembros mediante el pago de su cuota anual y, por lo tanto, aun cuando se hayan efectuado gastos de contratación de expertos *ad hoc* y de viajes por parte de funcionarios al país de que se trate, éstos no pueden ser reembolsados a través de la imposición de costas⁵⁵.

⁵⁴ Sentencia sobre Indemnización Compensatoria, de fecha 21 de julio de 1989, numeral 45.

⁵⁵ Caso “Aloeboetoe y otros”, sentencia sobre Reparaciones, numeral 113 y 114.

No obstante, entiendo que esta idea debiera ser flexibilizada. En efecto, aquellos *gastos especiales o extraordinarios y absolutamente necesarios* que requieran hacerse a fin de dar cabal tratamiento y solución al caso, ya sea para contar con el asesoramiento de expertos en materias puntuales u otro tipo de erogación que reúna esas características –reitero, *ajena a la tramitación ordinaria* de los casos–, podrían ser tenidos en cuenta al momento de la condena en costas. Obviamente deberá analizarse cada caso puntualmente y con carácter restrictivo.

Con ello se permitirá, en primer lugar, aliviar los magros presupuestos tanto de la CIDH como de la Corte, destinando esos recursos a los gastos ordinarios de dichos órganos (que son, además, los que pueden ser mensurados y fundados al momento de requerir la previsión presupuestaria anual) y, en segundo término, ser más equitativo en cuanto a los aportes ordinarios que efectúan los Estados a la OEA evitando que aquellos países que no tengan relación con el caso puntual, se hagan cargo de gastos extraordinarios causados, que exceden una razonable previsión y las tareas que normalmente deben desempeñar los órganos.

Sin dudas, los gastos ordinarios deben ser soportados por el presupuesto ordinario, acorde con el principio de solidaridad entre los Estados que debe primar en el sistema.

Asimismo, debe recordarse que el nuevo art. 23 del Reglamento de la Corte, que ya citara, le reconoce legitimación a los representantes de las víctimas o de sus familiares en la etapa de reparaciones y, por tanto, podrán actuar en forma autónoma. De tal manera, corresponderá, a partir de la puesta en vigor de la reforma, y de la actuación concreta en este sentido, el reconocimiento por los gastos que ello les demande.

También constituye un elemento de juicio de peso para la Corte IDH la conducta del Estado durante el proceso⁵⁶.

Respecto de los gastos por gestiones a nivel interno en los países, la Corte IDH ha estimado adecuado "... que se reintegren a los familiares de las víctimas los gastos efectuados para obtener informaciones acerca de ellas después de su asesinato y los realizados para buscar sus cadáveres y efectuar gestiones ante las autoridades...", actualizando su valor⁵⁷.

Sin embargo, ello debe ser requerido y deberán acreditarse los gastos efectuados. Asimismo, sería posible el reconocimiento de sumas por pér-

⁵⁶ Caso "Aloeboetoe y otros", Sentencia sobre Reparaciones, numeral 115.

⁵⁷ Caso "Aloeboetoe y otros", Sentencia sobre Reparaciones, numeral 79 y concordantemente, numeral 5 de la parte resolutive de la Sentencia de fecha 8/12/95 caso "Caballero Delgado y Santana".

dida o robo de bienes originados en la actuación de los funcionarios públicos⁵⁸.

Por último, con relación a los gastos en que se incurra por la actuación ante la CIDH, la Corte IDH no se ha expedido en forma favorable ya sea por haber rechazado solicitudes en ese sentido, por haber omitido considerarlo, o por entender que el profesional que interviniera ante la CIDH, al asesorarla luego durante el proceso ante la Corte, en realidad no implicó erogación a los peticionantes, etc. En definitiva, la Corte ha adoptado como práctica el no hacer lugar o no referirse a estos gastos.

El funcionamiento concreto del sistema ha ido marcando la tendencia de que en la abrumadora mayoría de los casos, los peticionantes han acudido a organismos no gubernamentales especializados que los patrocinaron sin costo para los denunciantes. Sin dudas, ello ha incidido en esta falta de consideración de parte de la Corte sobre las costas por la actuación ante la CIDH. No obstante, esto deberá ser puesto en discusión por varias razones: a) la mayor difusión que va adquiriendo el sistema va ampliando la cantidad de usuarios, disminuyendo los porcentajes de casos patrocinados por ONG; b) esta práctica obliga a dichas organizaciones a tener que seleccionar los casos a presentar ante el sistema, dada la escasez de recursos con que cuentan; c) en los casos en que no se acuda a las ONG, de persistir esta línea jurisprudencial, se obstaría al real acceso a la jurisdicción internacional, violándose el principio de igualdad –sólo podrían acudir en busca de la tutela internacional quienes cuenten con recursos para hacerlo, desvirtuando por completo la finalidad del sistema–.

El daño moral

El principio sostenido en este sentido por la Corte ha quedado claro desde sus primeras sentencias: “En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad”⁵⁹.

Respecto al mismo debe discriminarse entre la propia víctima, sus sucesores y los “dependientes”.

⁵⁸ Caso “Aloeboetoe y otros”, Sentencia sobre Reparaciones, numeral 80.

⁵⁹ Caso “Velásquez Rodríguez”, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989 numeral 27; caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, Sentencia de la Corte IDH del 10 de septiembre de 1993, numeral 50.

Respecto de las víctimas se sostuvo: “El daño moral infligido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión”⁶⁰.

En cuanto a los sucesores, tampoco se discute su procedencia. Se ha llegado a admitir la reparación en este concepto respecto de los padres aún sin la aportación de pruebas; “... se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo”⁶¹. No obstante la regla sería la de la necesidad de acreditarlos. “Los daños morales están demostrados en los documentos periciales... La Corte considera evidente que, como resultado de la desaparición de Manfredo Velásquez, se produjeron consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, las que deben ser indemnizadas bajo el concepto de daño moral”⁶².

En cambio, “La Corte estima que, al igual que en el caso de la reparación por perjuicios materiales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado. En el presente litigio, a criterio de la Corte, no existen pruebas suficientes para demostrar el daño en los dependientes”⁶³.

Cuando entre los dependientes se encuentran familiares directos, tales como los padres, que no han sido declarado aún sucesores, se les aplica igualmente la regla para éstos⁶⁴.

Al momento de calcular el daño, se tiene en cuenta los padecimientos concretos a que haya sido sometida la víctima cuantificándolos en función de su mayor o menor intensidad⁶⁵.

⁶⁰ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, numeral 52.

⁶¹ *Ibidem* numeral 76.

⁶² Caso “Velásquez Rodríguez”, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21/7/1989, numeral 51.

⁶³ Caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones, numeral 75.

⁶⁴ *Ibidem* numeral 76.

⁶⁵ *Ibidem* numeral 91, “en cuanto a la reparación por daño moral, la Corte considera que, habida consideración de la situación económica y social de los beneficiarios, debe otorgarse en una suma de dinero que debe ser igual para todas las víctimas, con excepción de Richenel Voola, a quien se le asignó una reparación que supera en un tercio a la de los otros. Como ya se ha señalado esta persona estuvo sometida a mayores padecimientos derivados de su agonía. No existen en cambio elementos para suponer que haya habido diferencias entre las injurias y malos tratos de que fueron objeto las demás víctimas”.

iii) - iv) La rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición

Entiendo que la rehabilitación, con el alcance indicado por el Dr. VAN BOVEN, en realidad se subsume a los contenidos de la indemnización y de de la satisfacción y garantías de no repetición, por lo que no me referiré a ella de manera particular.

La Corte IDH ha reconocido diversas maneras de reparar en el marco de la satisfacción y las garantías de no repetición.

En primer lugar, en los casos contra Honduras sostuvo que "... si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"⁶⁶.

También entendió, en dichos casos, que la sentencia sobre el fondo de la cuestión que resultara condenatoria del Estado, "constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas"⁶⁷.

Sin dudas, fue en el caso "Aloeboetoe y otros"⁶⁸ donde se adoptaron las medidas más llamativas. En efecto, en primer lugar se condenó a Suriname, como parte de la "indemnización" (utilizando una terminología errada dado que entiendo que se trata de medidas distintas de la indemnización), a "reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año".

Asimismo, se ordenó la creación de una Fundación (entidad sin fines de lucro) a la que el Gobierno de Suriname debió entregar un aporte único de u\$s 4.000 la que velará por la administración de los fondos indemnizatorios a abonarse en favor de las víctimas.

La lectura de la jurisprudencia muestra, en general, una tendencia restrictiva en cuanto a la imposición de reparaciones de esta índole. En las

⁶⁶ Sentencias de fondo en los casos "Godínez Cruz" y "Velásquez Rodríguez", numerales 191 y 181.

⁶⁷ Caso "Godínez Cruz", Sentencia sobre indemnización compensatoria, numeral 34 y concordante del caso "Velásquez Rodríguez". Caso "Aloeboetoe y otros", Sentencia sobre Reparaciones, numeral 31.

⁶⁸ En la Sentencia sobre Reparaciones, numerales 96,103 y 107.

sentencias de los casos “G. Cruz” y del caso “V. Rodríguez” sobre indemnización compensatoria, se ve en los numerales 30 a 34 (de “G. C.” y conchs. del caso “V. R.”), la indefinición en este sentido. Pareciera en el punto 31 que la Corte sólo podía imponer una indemnización, no correspondiendo medidas reparatorias en sentido amplio; pero, a continuación, procura demostrar que en realidad dispuso ese tipo de medidas recordando la subsistencia del deber de investigar hasta que se esclarezca la suerte final de las víctimas, así como la prevención de hechos como los ocurridos y sanción a los autores.

La tendencia restrictiva a que refiriera se ve marcada claramente al comparar las medidas solicitadas por la CIDH en el marco de la reparación concebida en sentido amplio, y las condenas resueltas por la Corte.

Sin dudas, la pretensión de justicia de las víctimas o peticionarios no se circunscribe a la reparación económica. En una gran cantidad de casos, seguramente, los interesados prefieran medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición como prioridad. A ello se deberá dar la dimensión que le corresponde.

El sistema debe cumplir una doble función. En primer lugar, debe dar respuesta a las violaciones a los derechos humanos traídas a su conocimiento. Los casos individuales deben ser la herramienta para determinar la disfunción, ya sea institucional o estructural, que produjo el caso concreto de manera tal que la solución que se brinde al caso puntual pueda ser útil para solucionar otros casos que puedan producirse como consecuencia de las disfunciones que motivaran el mismo. De allí, la importancia de la reparación en cuanto a medidas de satisfacción y sobre todo *garantías de no repetición*. Lamentablemente, ello no se ha visto reflejado a la fecha en toda su potencialidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, notándose claras diferencias en este aspecto respecto de lo actuado por la CIDH.

V. La reparación y su dimensión temporal

La reparación debe ser justa. La noción de justicia debe contemplar no sólo su dimensión material y moral, sino también, temporal.

En efecto, cuanto mayor sea la distancia entre la comisión de la violación a los derechos humanos y la reparación que a ella se le brinde en forma efectiva, mayor será la distancia que separará la decisión adoptada de una decisión justa. Mayor será, también, el descrédito al funcionamiento del sistema*.

* N. del comp.: Sobre el plazo que debe regir en los procedimientos internacionales ver, en este mismo ejemplar, ALBANESE, Susana, *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*.

No debe olvidarse, en este aspecto, que el funcionamiento del sistema interamericano de protección tiene el carácter de subsidiario. Por tanto, los casos llegan a conocimiento de la CIDH luego de haberse agotado los recursos internos de los Estados o de transcurrido un plazo razonable en los supuestos en que la exigencia de dicho requisito no sea procedente.

En general, respecto de los casos resueltos a la fecha, el tiempo transcurrido desde la violación hasta la denuncia ante la CIDH ha sido realmente corto (apenas meses o días, excepto el caso de “El Amparo” en el que transcurrieron 1 año y 10 meses). No obstante, debe tenerse en cuenta que ello no será siempre así, máxime cuando, en casos que ocurran durante la vigencia del estado de derecho en los distintos países latinoamericanos, el agotamiento efectivo de los recursos internos se torne un requisito más rígido.

Sólo a título de ejemplo, me permitiré reseñar la demora que han sufrido los casos desde su denuncia ante la CIDH hasta la sentencia reparatoria (fecha que no coincide con la reparación efectiva) y aquellos que se encuentran en trámite con remisión a la Corte con anterioridad al año 1995:

1) Caso Velásquez Rodríguez

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 07/10/81
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: 24/4/86
- Sentencia de la CORTE sobre Excepciones Preliminares: 26/6/87
- Sentencia de la CORTE sobre el fondo de la cuestión: 29/7/88
- Sentencia de la CORTE sobre la indemnización compensatoria: 21/7/89
- Sentencia de la CORTE sobre la interpretación de la indemnización compensatoria: 17/8/90

2) Caso Godínez Cruz

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 09/10/82
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: 24/4/86
- Sentencia de la CORTE sobre Excepciones Preliminares: 26/6/87
- Sentencia de la CORTE sobre el fondo de la cuestión: 20/01/89
- Sentencia de la CORTE sobre la indemnización compensatoria: 21/7/89
- Sentencia de la CORTE sobre la interpretación de la indemnización compensatoria: 17/8/90

3) Caso Neira Alegría

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 31/8/87
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: 27/8/90
- Sentencia de la CORTE sobre el fondo de la cuestión: 19/01/95
- Sentencia sobre Reparaciones: 19/9/96

4) Caso Aloeboetoe y otros

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 15/01/88
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: el 27/8/90
- Sentencia de la CORTE por reconocimiento de responsabilidad por Suriname: 04/12/91
- Sentencia de la CORTE sobre reparaciones: 10/9/93

5) Caso Gangaram Panday

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 17/12/88
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: el 27/8/90
- Sentencia de la CORTE sobre el fondo de la cuestión: 21/01/94

6) Caso Caballero Delgado y Santana

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 05/4/89
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: el 24/12/92
- Sentencia de la CORTE sobre Excepciones Preliminares: 21/01/94
- Sentencia de la CORTE sobre el fondo de la cuestión: 08/12/95

En etapa de reparaciones

7) Caso El Amparo

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 10/8/90
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: el 14/01/94
- Sentencia de la CORTE por reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de Venezuela que abre la vía de la solución amistosa (para determinar la reparación): 18/01/95
- Sentencia sobre reparaciones: 14/9/96

8) Caso Genie Lacayo

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 15/02/91
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: el 06/01/94
- Sentencia de la CORTE sobre Excepciones Preliminares: 27/01/95

En trámite

9) Caso Maqueda

- Presentación de la denuncia ante la CIDH: 15/9/92
- Informe 17/94 de la CIDH: del 09/02/94
- Caso sometido a la CORTE por la CIDH: el 25/5/94
- Solución amistosa rubricada el: 20/9/94
- La CIDH notifica decisión de desistir de la acción: 04/10/94
- Sentencia de la CORTE admitiendo el desistimiento y sobreseyendo el caso: 17/01/95

En el caso “Velásquez Rodríguez”, desde la presentación de la petición ante la CIDH hasta la última sentencia dictada por la Corte transcurrieron casi 9 años; en el caso “Godínez Cruz”, 7 años y 10 meses; en el caso “Neira Alegría”, más de 9 años; en el caso “Aloeboetoe y otros”, 5 años y 8 meses; en el caso “Gangaram Panday”, poco más de 5 años; en el caso “Caballero Delgado y Santana” han transcurrido casi 8 años y medio y aún se encuentra en trámite; en el caso “El Amparo”, poco más de 6 años; el caso “Genie Lacayo” ya lleva 6 años y medio y continúa en trámite; en el caso “Maqueda”, 2 años y 4 meses.

Los casos que más rápido han sido resueltos lo han sido por el reconocimiento por parte de los Estados de su responsabilidad. Aquellos casos en que ello no ocurrió, se demoraron –excepto el de “G. Panday”– más de 7 años.

No se pretende instaurar un procedimiento sumarísimo, privilegiando la celeridad por sobre la seguridad jurídica; no obstante, obtener una re-

paración luego de 7 años (en el mejor de los casos) no puede satisfacer ni la menos optimista de las expectativas que se puedan tener al momento de requerir la tutela internacional.

La disponibilidad de recursos materiales y humanos constituye, sin dudas, la otra cara de la moneda de la larga duración de los procesos en el sistema. La imposibilidad de sesionar durante plazos razonables y con la asiduidad y continuidad que se requiere, obstan a la celeridad que deben necesariamente tener las actuaciones.

Llamar a la reflexión en este sentido tiene por objeto, en primer término, procurar la toma de conciencia por parte de los Estados de la necesidad de dotar de mayores recursos a los órganos del sistema (aumentando marcadamente sus presupuestos) y, en segundo lugar, que se analicen las reformas necesarias de manera de agilizar los procedimientos para dar una respuesta con la inmediatez que se requiere, de manera de no defraudar las aspiraciones de los peticionarios y de los potenciales usuarios del sistema.

Iniciativas como las adoptadas en la República de Colombia (Ley 288 del 5 de julio de 1996) por la cual se crea un procedimiento específico a fin de dar cumplimiento a las Recomendaciones que formulen tanto la CIDH como el Comité de Derechos Humanos –creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, o el Proyecto de Ley confeccionado por el Dr. Oscar FAPPIANO* en nuestro país, que contiene propuestas similares aunque más desarrolladas, así como previsiones aplicables en un estado federal como lo es Argentina, regulando la relación entre el Estado Nacional y los Estados Provinciales, también coadyuvan con el mejor y más rápido funcionamiento del sistema.

VI. La experiencia argentina

La experiencia argentina, en cuanto a la reparación de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos producidas durante la dictadura militar, resulta realmente enriquecedora.

Sin duda, la política reparatoria argentina constituye una experiencia con pocos ejemplos en el mundo que, por sus características, ha merecido el reconocimiento de otros países, al punto de solicitarse asesoramiento en la materia para poner en marcha políticas reparatorias en Guatemala y Haití, mereciendo el reconocimiento del Comité Internacional de la Cruz Roja, del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

* N. del comp.: ver, en este mismo ejemplar, FAPPIANO, Oscar, *La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales*.

Esto no quiere decir que lo hecho sea suficiente ni que no se hayan cometido errores o registrado retrocesos, sólo se procura dar una visión de las acciones implementadas.

En este marco, y entendiendo la reparación en un sentido amplio, debe indicarse que éste ha sido un proceso que, iniciado luego de recuperada la democracia, se tradujo en acciones abordadas, en la terminología del Dr. VAN BOVEN, en cuanto a la *indemnización* y la *satisfacción y garantías de no repetición*.

Dada la limitación del presente trabajo, así como la gran cantidad de artículos y material existente respecto de la experiencia argentina en cuanto a la satisfacción y las garantías de no repetición, *sólo enumeraré* al final del presente trabajo algunos de los hitos que fueron demarcando las acciones estatales en este aspecto y *describiré*, un poco más en detalle, la política reparatoria en sentido estricto; esto es, vinculada al reconocimiento por parte del Estado de los padecimientos producidos a las víctimas y consecuentemente en el otorgamiento de indemnizaciones a las víctimas o sus derechohabientes.

Veamos entonces estas últimas. La primera disposición normativa adoptada en este ámbito fue la *Ley 23.466*⁶⁹ que otorgara una "*pensión no contributiva*" en favor de los siguientes familiares de personas que hayan sido víctimas de desaparición forzada antes del 10 de diciembre de 1983: a) hijos menores de 21 años y hasta la mayoría de edad; b) cónyuges que hubieren estado a cargo del desaparecido; c) hermanos y padres incapacitados para el trabajo o que no gozaren de beneficio previsional o prestación no contributiva alguna, que hubieren estado a cargo del desaparecido; d) hermanos menores de edad que siendo huérfanos hubieren estado a cargo del desaparecido. El beneficio acordado fue del 75% del salario mínimo vital y móvil; para el caso de beneficiarios discapacitados, el 100% de dicho salario y todos contaron con la cobertura del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. La cantidad de solicitudes presentadas ante el Ministerio de Salud y Acción Social (órgano de ejecución de la ley –art. 7º– en el marco de esta ley fue enorme y, lamentablemente, no cuento con datos sobre el monto global que implicó para el Estado Nacional el pago de las pensiones no contributivas otorgadas.

Posteriormente, se firmó el *Decreto n° 70*⁷⁰ del Poder Ejecutivo Nacional que tiene como fundamento la negociación del Estado Argentino ante la

⁶⁹ Sancionada con fecha 30 de octubre de 1986 y publicada en el Boletín Oficial el 16 de febrero de 1987 reglamentada por Decreto n° 1.228 del PEN de fecha 30 de julio de 1987.

⁷⁰ De fecha 10 de enero de 1991 publicado en el Boletín Oficial el 16 de enero de 1991. Ampliado por Decreto n° 2151 de fecha 14 de octubre de 1991.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos presentados contra Argentina por violación a la CADH por detenciones a disposición del P.E.N. acaecidas durante la dictadura militar, que motivaran reclamos judiciales por daños y perjuicios contra el Estado en las que los tribunales argentinos rechazaran la acción por prescripción o que a esa fecha continuaran en trámite.

El proyecto de ley enviado al Congreso el 3/8/90 (de lo que luego fuera la ley 24.043) que constituyera la propuesta de solución amistosa en esos casos se demoró en su debate parlamentario y, ante la inminencia de acudir a una audiencia conciliatoria a celebrarse en Washington el 8/2/91, el PEN debió recurrir a un Decreto de necesidad y urgencia para resolver los casos en trámite.

En virtud del citado Decreto, los beneficiarios fueron las personas que durante el Estado de Sitio hubieren sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional antes del 10 de diciembre de 1983, habiendo iniciado juicio contra el Estado Nacional por daños y perjuicios con anterioridad al 10 de diciembre de 1985 en razón de dichas privaciones de libertad y habiéndose declarado prescripta la acción por sentencia firme.

El monto indemnizatorio tuvo relación directa con la cantidad de días de detención y se estableció en relación con el salario de la máxima categoría del escalafón de la Administración Pública Nacional; el monto correspondiente a un día de detención equivale al salario que le corresponde por día a dicha categoría (\$ 74,6671)⁷¹.

Se estableció, también, un adicional para aquellos casos en que luego de la detención se hubiere producido la muerte del detenido o la producción de lesiones gravísimas como consecuencia de la detención (torturas, condiciones inhumanas, etc.). El pago se efectuó en bonos de consolidación de la deuda pública (Bocon Proveedores Serie II) y la tramitación del beneficio se efectuó ante la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior.

Se dictaminaron favorablemente más de 200 casos con una erogación superior a los 20 millones de pesos.

La Ley 24.043⁷² estableció un beneficio en favor de toda persona que haya sido detenida a disposición del Poder Ejecutivo Nacional con ante-

⁷¹ Por Resolución del Sr. Ministro del Interior n° 1768 de fecha 14 de junio de 1994 se adecuó el cálculo del beneficio previsto en el Decreto n° 70/91 al nuevo escalafón de la Administración Pública Nacional –Sistema Nacional de la Profesión Administrativa–.

⁷² Sancionada el 27 de noviembre de 1991 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 1992 con la observación efectuada en el Decreto N° 2722/91. Reglamentada por Decreto del PEN n° 1023/92 modificado por Decreto del PEN 205/97. Ampliada por Decreto n° 1313/94 del PEN.

rioridad al 10 de diciembre de 1983 o que siendo civil haya sido puesta a disposición de tribunales militares. El beneficio es idéntico al establecido en el Decreto n° 70, contemplándose los mismos supuestos de lesiones gravísimas o muerte durante la detención a fin de ampliar el monto del beneficio. El pago se efectuó en Bonos de la deuda pública del mismo tipo de los ya citados⁷³. El órgano de ejecución de la ley también es la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales.

En el marco de este beneficio se recibieron más de 9000 solicitudes habiendo abonado el Estado Nacional un monto aproximado a los 700 millones de pesos o dólares.

Los casos contemplados hasta entonces, no abarcaban a las personas asesinadas ni a los detenidos-desaparecidos. La omisión fue suplida a través de la sanción de la *Ley 24.411*⁷⁴. Ella establece un “*beneficio extraordinario*” en favor de las personas que se encuentren en situación de desaparición forzada o que hayan sido asesinadas como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10 de diciembre de 1983. El beneficio es equivalente a la remuneración mensual de la máxima categoría del escalafón de la Administración Pública Nacional multiplicada por el coeficiente 100 (aproximadamente 200.000 pesos para cada beneficiario), el que se abonará en Bonos de Consolidación de la deuda pública⁷⁵. El plazo de presentación de solicitudes para acogerse a este beneficio (habiéndose recibido ya casi 8000 peticiones) se encuentra abierto aún por unos años más. A fin de tener una idea aproximada del monto global que el cumplimiento de la ley demandará, la emisión de bonos está prevista en 3.000 millones de pesos. El órgano de aplicación es la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior.

Tanto para las Leyes 24.043, 24.411 y el Decreto n° 70, los medios probatorios admitidos fueron realmente amplios de manera de poder acreditarse los extremos exigidos para el otorgamiento de los beneficios. Debe tenerse en cuenta que se debe acreditar el acontecimiento de acciones ilegales respecto de las cuales, en gran cantidad de casos, no existen constancias oficiales.

⁷³ Resolución n° 352/94 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.

⁷⁴ Sancionada el 7 de diciembre de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de enero de 1995. Reglamentada por Decreto n° 403/95 del PEN. Modificada por las Leyes n° 24.449 y 24.823. Promulgación de la Ley 24.823 con observación al art. 5° por Decreto del PEN n° 479/97.

⁷⁵ BOCON Segunda Serie, conforme Decreto n° 726/97.

El esfuerzo hecho en el marco de estas políticas reparatorias no tiene precedentes. La dimensión de las sumas comprometidas (más de 4.000 millones de pesos) no hace más que poner de manifiesto la firme decisión de “reparar” las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. Debe indicarse, también, que las “indemnizaciones”, más allá de la terminología que se adopte, parecieran encaminadas, más que a mensurar y cuantificar el daño, a reconocerlo y actuar en consecuencia de forma simbólica.

Enumeraré, a continuación, las acciones llevadas a cabo en el ámbito de la reparación en sentido amplio⁷⁶:

a) la sanción de la *Ley 23.040*⁷⁷ por la que se derogó y declaró insanablemente nula la ley del gobierno de facto conocida como de “autoamnistía”.

b) la creación por parte del primer presidente constitucional luego de la dictadura militar (1976-1983) de la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (Conadep).

Dicha Comisión, que recibió casi 8000 denuncias de personas desaparecidas y realizó reconocimientos de los denominados CCD (Centros Clandestinos de Detención) entregó, en el mes de septiembre de 1984, su famoso Informe Final que llevó por título *Nunca Más* y que incluía un Anexo con el listado de personas desaparecidas y personas vistas en dichos Centros. El Informe y su título se constituyeron en el símbolo del derecho a la verdad de lo sucedido por parte de la sociedad en su conjunto y narra la política represiva encarada desde el Estado, con una metodología aberrante de secuestros, torturas, desapariciones, asesinatos y centros clandestinos de detención*.

c) inmediatamente después de disuelta la Conadep, se creó la *Subsecretaría de Derechos Humanos*⁷⁸ en el ámbito del Ministerio del Interior –actual Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales–. A la fecha, ella continúa cumpliendo su tarea de custodia sobre los archivos de dicha Comisión, y de promoción, protección de los derechos humanos y reparación de las violaciones flagrantes cometidas durante la dictadura.

⁷⁶ Al respecto se puede consultar el libro Juicio, *Castigos y Memorias (Derechos Humanos y justicia en la política argentina)*, Ed. Nueva Visión, 1995, y el trabajo de recopilación allí incluido sobre Bibliografía Argentina sobre Derechos Humanos (1975-1990).

⁷⁷ Promulgada el 27 de diciembre de 1983.

* N. del comp.: sobre este tema ver, en este mismo ejemplar, el capítulo *Derecho a la verdad*.

⁷⁸ Decreto del PEN n° 3090/84.

Tanto la Conadep (hasta su disolución) como la Subsecretaría remitieron a la Justicia Federal las denuncias recibidas, tarea que se concluyera en el año 1987 y que originara la tramitación de gran cantidad de causas radicadas en las jurisdicciones correspondientes de acuerdo con el lugar supuesto de los hechos o el lugar de detención clandestina. Otras causas fueron iniciadas por particulares, todas las cuales luego se transformaron en causas trascendentes tales como la n° 450 seguida contra “Suárez Mason y otros” y otras en las que se dictaran penas de prisión a Ramón Camps y Ovidio Riccheri. Algunas de ellas aún hoy se encuentran en trámite como la de la “ESMA” en la que, a la fecha, se procura establecer el destino final de las víctimas.

d) Asimismo, se creó en el ámbito de la Cancillería una Dirección General de Derechos Humanos –que a la fecha continúa con su tarea– encargada de la representación del país ante los organismos internacionales específicos.

e) La sanción de la *Ley 23.049* de reforma al Código de Justicia Militar.

f) Por *Decretos n° 157 y 158 del PEN*⁷⁹ se promovió la persecución penal de 7 miembros de la guerrilla y se sometió a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de las tres primeras juntas militares que detentaran el poder a partir del 24 de marzo de 1976, omitiéndose la cuarta junta. Ante la negativa del CSFA, y en aplicación de la ley 23049, se avocó en la causa la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, la que dispuso la sustanciación de un juicio sumario que tuvo como hitos la acusación del entonces fiscal Julio STRASSERA (que contara para ello con la colaboración de un equipo de trabajo *ad hoc*, y que tomara como base el trabajo de la Conadep y la SDH), las audiencias orales y públicas y la sentencia dictada por la Cámara el 9 de diciembre de 1985 que fuera confirmada, con pequeñas variaciones y disminuciones de penas, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En virtud de esta causa, se condenó a Videla a reclusión perpetua, a Massera a la pena de prisión perpetua, a Viola a 17 años de prisión, a Lambruschini a 8 años de prisión, a Agosti a 4 años y medio de prisión absolviéndose al resto de los integrantes de las Juntas.

g) La *Ley 23.852*⁸⁰ de excepción al servicio militar obligatorio en favor de familiares de desaparecidos.

h) La *Ley 23.592*⁸¹ de represión de actos u omisiones discriminatorias.

⁷⁹ De fecha 13 de diciembre de 1983.

⁸⁰ Sancionada el 27 de septiembre de 1990 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de enero de 1991.

⁸¹ Publicada en el Boletín Oficial el 5 de septiembre de 1988.

i) La creación del Banco Nacional de Datos Genéticos por Ley N° 23.511⁸², que facilitó el trabajo de identificación y restitución a su familia de sangre de los hijos de desaparecidos o asesinados, secuestrados o nacidos en cautiverio, tarea que se vio reforzada por la creación de la Comisión por el Derecho a la Identidad.

j) La Ley 24.321⁸³, en virtud de la cual se crea la figura del ausente por desaparición forzada, constituyendo éste un tercer estado de las personas distinto de los muertos o vivos. Esta ley constituye el reconocimiento de lo sucedido y la concreción de uno de los grandes anhelos de la mayoría de los familiares de los desaparecidos.

k) La sanción de la Ley 23.077 de defensa de la democracia.

l) La progresiva ratificación, luego de recuperada la democracia, de los *instrumentos internacionales en materia de derechos humanos*.

m) Los nuevos contenidos que en materia de derechos humanos se diera a la *Constitución Nacional* luego de la reforma del año 1994 (nuevo art. 75 –especialmente su inciso 22–, la incorporación del Capítulo Segundo “Nuevos derechos y garantías” y la creación de nuevos órganos o la constitucionalización de ellos)*.

n) También debe inscribirse en este marco la política argentina, luego de recuperada la democracia y especialmente a partir de los casos reunidos bajo la denominación “BIRT y otros”, de procurar la solución de los casos a través del procedimiento de *solución amistosa*⁸⁴.

Como ya dijera, no todos fueron logros, sino que se produjeron algunos retrocesos.

Entre estos, deben citarse a las leyes 23.492 de *Punto Final*⁸⁵ y 23.521 de *Obediencia Debida*⁸⁶ así como los *indultos* que favorecieran a implicados en

⁸² Sancionada el 1° de junio de 1987 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de julio de 1987.

⁸³ Sancionada el 11 de mayo de 1994 y Publicada en el Boletín Oficial el 10 de junio de 1994.

* N. del comp.: sobre este tema ver, en este mismo ejemplar, Parte I.

⁸⁴ Casos “Birt y otros” (Inf. 1/93 de la CIDH de fecha 3/3/93), “Verbitsky” (Inf. 22/94 de la CIDH de fecha 20/9/94), la iniciativa respecto de 23 casos de prisión preventiva prolongada que motivara la sanción de la ley 24.390 (Inf. de la CIDH 2/97 de fecha 11/3/97), “Maqueda” (Sentencia de la CORTE IDH admitiendo el desistimiento y sobreseyendo el caso de fecha 17/1/95), “Garrido”, “Baigorria” y “Guardati”, en trámite actualmente.

⁸⁵ Aprobada el 24 de diciembre de 1986.

⁸⁶ Promulgada el 8 de junio de 1987.

el accionar represivo y de grupos armados durante el período 1976-1983 y levantamientos militares posteriores⁸⁷. Ello motivó el *Informe 28/92*⁸⁸ de la CIDH, en el que se manifiesta: “1. Que las leyes Numero 23.492 y 23.521 y el Decreto n° 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Recomienda que el Gobierno de Argentina otorgue a los peticionarios una justa compensación por las violaciones a las que se refiere el párrafo precedente. 3. Recomienda al Gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar. 4. Dispone la publicación del presente informe”.

Sin duda, la paulatina recuperación del estado de derecho de los años 80 en Sudamérica, dio paso a gobiernos democráticos que fueron delineando las respuestas a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos de la forma en que, por su base de sustentación, creyeron posible.

En Argentina, luego de transcurridos casi 15 años de recuperada la democracia, y observando las experiencias a nivel mundial producidas en respuesta a violaciones masivas, entiendo que lo hecho tiene el carácter de histórico. El juicio a quienes detentaron el poder durante el gobierno de facto, la posterior condena, así como la política reparatoria en sentido estricto, con la cantidad de recursos económicos destinados a ella, no encuentran muchas similitudes ni acciones concretas que se les asemejen.

La enumeración de acciones encaradas desde el Estado, no pretende ser exhaustiva, sino sólo dar un ejemplo de lo hecho en este aspecto. Sin dudas habrá detractores y defensores de la experiencia argentina. Se pueden resaltar las luces o las sombras de acuerdo con la posición que se adopte. Lo que no se puede es exigir al gobierno democrático respuestas y soluciones que no se encuentre en condiciones de brindar. Como correlato, el Estado debe el mayor de los respetos por el dolor y sufrimientos padecidos, el reconocimiento de los errores, la dignificación de las víctimas y sus familiares y, por sobre todo, tener y mantener la memoria de lo ocurrido para que se dé cabal cumplimiento y vigencia al mandato del “Nunca Más”.

⁸⁷ Especialmente los Decretos del PEN n° 1.002, 1.003, 1.004 y 1.005 publicados en el Boletín Oficial el 10 de octubre de 1989, y los Decretos del PEN n° 2.741 al 2.746 de fecha 29 de diciembre de 1990.

⁸⁸ De fecha 2 de octubre de 1992.

Capítulo 3

Prácticas

Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino

Martín Abregú
Christian Courtis

I. Introducción

La intención de este artículo es la de realizar un balance provisorio acerca del empleo de la figura del *amicus curiae* en el derecho argentino, señalando argumentos para su aceptación y planteando perspectivas posibles para su futura utilización ante nuestros tribunales.

Como se sabe, el *amicus curiae* (literalmente, “amigo del tribunal”) es una institución generalizada en el mundo jurídico anglosajón, que ha cobrado auge además en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Las consideraciones que siguen tienden a discutir su incorporación al derecho argentino, a través de argumentos de doctrina, de antecedentes históricos y normativos y del análisis de la breve experiencia judicial existente hasta la fecha.

En cuanto a la definición del instituto, se trata de la presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida. La institución del *amicus curiae* es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano. Paulatinamente fue incorporándose a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona: ya a comienzos del siglo XV, en el derecho inglés, se autorizaba la actuación de un extraño a fin de producir peticiones en un juicio como “amigo del tribunal”¹.

La evolución contemporánea de la figura en el marco del derecho anglosajón y del derecho internacional de los derechos humanos aporta a la presentación una nota distintiva, que justificará la procedencia de la opinión que se ofrece al tribunal: el carácter, trascendencia o interés público

¹ Cf. CUETO RÚA, Julio César, *Acerca del Amicus Curiae*, en “La Ley”, t. 1988-D, p. 721.

de la cuestión debatida. Esta vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones interesadas en la proyección colectiva de las decisiones de la magistratura presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal, no hace más que reforzar el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno. Ello así, toda vez que, proporcionada la posibilidad de que los grupos interesados presenten sus puntos de vista ante la inminencia de una decisión judicial trascendente, el debate de las cuestiones examinadas judicialmente que, de otro modo, quedan relegadas al relativo hermetismo de la función jurisdiccional, adquiere el carácter de una discusión pública.

La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial². La presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. Entre nosotros, Carlos Santiago NINO ha insistido en esta segunda función, que convierte al *amicus curiae* en un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales³. En la experiencia judicial

² Cf. Robert, ALEXY, *Teoría de la argumentación*, CEC, Madrid, 1989, trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, ps. 317-318: "El punto decisivo es que los participantes pretenden argumentar racionalmente. Al menos, hacen como que sus argumentos están contruidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar acuerdo de todos. Esta es la razón por la que su argumentación debe conceptuarse como un caso especial del discurso práctico general", p. 317. En el mismo sentido, ver AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, CEC, Madrid, 1991, trad. de E. Garzón VALDÉS, ps. 28-29: "En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público sobre la decisión", p. 29.

³ Cf. NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 685 y 696. En sentido similar, GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p. 107.

estadounidense, por ejemplo, el examen de cuestiones de trascendencia jurídica y política por parte de la Corte Suprema de Justicia de ese país motiva casi indefectiblemente la presentación de *amici curiae* de un amplio espectro de asociaciones, instituciones y grupos de interés, generándose un intenso debate público y la exposición de las respectivas ideas a través de la prensa y medios de comunicación masiva. Amén de la experiencia anglosajona, la práctica de presentación de *amici curiae* es generalizada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en especial ante la consolidación de las experiencias regionales de protección de derechos humanos. Así, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos reciben *amici curiae* tanto ante el ejercicio de sus respectivas funciones consultivas, como en el caso de ejercicio de su función jurisdiccional.

II. Algunos argumentos para la aplicación de este instituto

Nos interesa aquí discutir algunos argumentos vinculados a la posibilidad de emplear esta institución en la práctica judicial argentina, teniendo como marco la legislación vigente.

Una de las cuestiones planteadas sobre el particular es la falta de previsión legal del instituto. De este hecho se han extraído conclusiones opuestas: por ejemplo, de acuerdo a uno de los votos disidentes en la resolución en que la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decide hacer lugar a la presentación de un *amicus curiae* en los autos caratulados “Causa 761. Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)”⁴, la falta de norma procedimental que contemple la institución discutida responde a una tradición continental que, en consonancia con el principio *iura curia novit*, no la admite. Como se verá posteriormente, la mayoría del tribunal decide en sentido contrario, es decir, no infiere de la falta de previsión legal expresa la prohibición de admitir opiniones de “amigos del tribunal”. En una decisión posterior dictada por un Juez Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ante la presentación de una opinión *amicus curiae*, en el marco de una causa en la que se discutía la excarcelación de una detenida infectada por el virus HIV, se decidió que, a falta de previsión legal aplicable al instituto, “resulta necesario adoptar para el presente análisis la modalidad de decisiones establecida por el derecho anglosajón, es decir, aplicar el precedente del tribunal de mayor jerarquía que se haya presentado en un caso que hubiera planteado cuestiones de hecho similares

⁴ Cf. voto de la Dra. RIVA ARAMAYO, en la resolución del incidente comentado.

(doctrina del *stare decisis*)”⁵. En consecuencia, el magistrado interviniente se adhiere a la opinión de la mayoría de la Cámara en la causa ESMA.

Existen varias razones que nos llevan a inclinarnos por la opinión de la mayoría del citado tribunal, es decir, por la admisibilidad del *amicus curiae* ante cuestiones judiciales de interés público aun sin norma expresa que la autorice⁶. La primera razón ya ha sido apuntada en el parágrafo anterior, y se vincula al principio republicano de gobierno y a la exigencia de fundamentación de las sentencias judiciales: el *amicus curiae* constituye, sin lugar a dudas, un instrumento para reforzar este principio. La falta de previsión normativa expresa puede decidirse a favor de la admisión de esta figura en tanto constituye un medio procedimental no prohibido de ejercicio de la libertad de expresión, del derecho a peticionar ante las autoridades, y de reforzamiento del principio republicano de gobierno.

La segunda razón que traemos a colación es la existencia de figuras procesales similares en nuestro ordenamiento jurídico que permiten la aceptación analógica del instituto examinado, en la medida en que el *amicus curiae* presenta rasgos de considerable compatibilidad con las razones que fundan la procedencia de aquellas figuras. El primer instituto que resulta comparable al *amicus curiae* es la del tercero coadyuvante, regulado por el art. 90, inc. 1) del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, así como en la gran mayoría de los códigos de rito provinciales. De acuerdo a dicha norma, “(p)odrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuera la etapa o la instancia en que éste se encontrare quien (...) acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio”. En el caso del tercero coadyuvante, se le reconoce carácter de parte dada la potencial afección de un interés propio. En el caso del *amicus curiae*, su participación en juicio –limitada a la presentación de una opinión– no le concede carácter de parte, dado que el interés defendido en el caso es un interés público, y no un interés personal. Sin embargo, el rasgo que relevamos como comparable es la aceptación de la participación de un tercero en una causa en la que se ventila centralmente

⁵ Ver Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Capital Federal, *in re* “Sterla, Silvia s/interrupción de la Prisión Preventiva - Testimonios de la apelación deducida por el Sr. Procurador Fiscal contra la resolución obrante a fs. 1861/69 de los autos principales”, del 5 de agosto de 1996, a fs. 28 vta.

⁶ Han existido, sin embargo, proyectos de ley al respecto. Cf. al respecto, por ejemplo, el proyecto presentado por el entonces diputado nacional Jorge R. VANOSI, sobre régimen legal de la presentación de personas en calidad de asistentes oficiosos en causas judiciales, H. Cámara de Diputados de la Nación, Trámite Parlamentario n° 69, viernes 29 de agosto de 1986.

una cuestión ajena. Las diferencias del instituto del tercero coadyuvante con el del *amicus curiae* surgen de que, en el primer caso, se trata simplemente de un pleito entre intereses particulares, sin que exista un interés público en la resolución del caso. Por el contrario, el interés del “amigo del tribunal” –aunque también se trate de un tercero ajeno al proceso– se funda en el carácter público del litigio judicial. En este sentido, podría sin dificultad asimilarse la presentación de una organización o asociación civil en una causa de interés público, con la de un tercero coadyuvante cuyo interés estaría dado por las repercusiones públicas de la decisión que se adopte el tribunal.

Otro caso de interés para el tema que nos ocupa es la expresa previsión de la figura del *amicus curiae* que hace la reciente ley sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos (ley 24.488). En su art. 7, dicha norma dispone que “(e)n el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de “amigo del tribunal””. Como se ve, en el caso no sólo se acepta la presentación de un *amicus curiae*, sino que se establece la posibilidad de que sea el propio Estado, a través de la representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que se presente en dicho carácter. La mención del Ministerio ha sido interpretada no en el sentido de establecer un derecho excluyente a presentarse como *amicus curiae*, sino, por el contrario, como el expreso reconocimiento de que también él puede presentarse ante el tribunal invocando dicho carácter, evitándose así eventuales impugnaciones fundadas en la improcedencia de la participación de un órgano del Estado en un juicio que se está llevando a cabo en los tribunales de la propia nación. Más allá de esta interpretación, queda claro que la figura del *amicus curiae* no es extraña o ajena al ordenamiento jurídico argentino, siendo incorporada expresamente por la citada ley. Nada impide la extensión analógica de la figura a otros casos, ya que el motivo de su aceptación –el interés público que revisten las causas en las que se lleva a juicio a un Estado extranjero ante los tribunales argentinos– es perfectamente asimilable a otros casos en los que se discute una cuestión de interés general.

Como tercer argumento, diremos que la presentación del *amicus curiae* no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso. El presentante no reviste carácter de parte, y su posibilidad de actuación procesal se reduce al agregado de la opinión que emita al expediente. Si la opinión emitida puede favorecer la posición de una de las partes, nada impide la presentación *amicus curiae* de otra opinión en sentido contrario. Los jueces tampoco tienen obligación de expedirse sobre todos los puntos expuestos en la opinión, ya que

la función de la presentación es aportar mayores elementos para la toma de decisiones de trascendencia pública. En fin, no existen razones de economía procesal, ni de preservación del equilibrio entre partes, que lleven a desechar la posibilidad de presentaciones en carácter de *amicus curiae*.

Una cuarta razón se refiere a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos establecida por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y en general a la filosofía que justifica la adhesión de la Argentina a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Específicamente, uno de los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya adopción por parte de la Nación incluyó además la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Reglamento de la Corte Interamericana, a su vez, establece en forma expresa en su art. 54.3 la posibilidad de presentarse en calidad de *amicus curiae* ante dicho tribunal⁷. Ahora bien, la posibilidad de plantear un caso ante la Corte Interamericana supone el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado. Este requisito, de acuerdo a la propia Corte, “está concedido en interés del propio Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios”⁸. Resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de *amicus curiae* ante los tribunales internos –oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación en sede interna– y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte Interamericana por la imputación de los mismos hechos. Es coherente con la filosofía de protección internacional de los derechos humanos el permitir al Estado advertir, por ejemplo, la posible violación de una norma internacional que lo obliga, antes de que dicha violación produzca su responsabilidad internacional. Siendo la instancia interamericana “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados

⁷ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 54.3: “El Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta”. Si bien la norma se refiere a la facultad consultiva de la Corte Interamericana, el tribunal ha ampliado la práctica de aceptación de *amici curiae* a su facultad jurisdiccional desde el inicio del ejercicio de esa función. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 38; Caso “Godínez Cruz”, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, n° 5, párrafo 40.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Asunto de Viviana Gallardo y otros”, decisión del 13 de noviembre de 1981, n° G 101/81, Serie A, párrafo 26.

americanos”⁹, parece razonable ofrecer a los grupos o instituciones interesados en presentar opiniones fundadas sobre la materia en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en sede internacional, adelantando ante los tribunales locales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana.

A este argumento pueden sumarse algunas reflexiones vinculadas con el principio *iura curia novit*, invocado en el voto minoritario citado. Creemos que la interpretación que se hace del principio en la opinión referida es errónea. El principio *iura curia novit* no puede ser interpretado como descripción de un estado de cosas (es decir, como afirmación fáctica de que los jueces conocen efectivamente el derecho), ni como presunción sin admitir prueba en contrario de que ello sucede. Esta visión lleva a consecuencias absurdas: obligaría, por ejemplo, a mantener que los jueces conocen el derecho aunque lleguen a decisiones opuestas sobre el mismo caso. Piénsese en la revocación de una sentencia debida a una interpretación normativa distinta, o bien en la decisión de encuadrar una situación fáctica en una norma diferente a la invocada por el juez inferior. O bien las dos soluciones constituyen el derecho aplicable –con lo que la situación se agrava, ya que su objeto de conocimiento sería autocontradictorio–, o bien uno de los jueces estaba equivocado, es decir, no conocía el derecho. La afirmación de que el juez conoce siempre el derecho supondría la imposibilidad de criticar toda decisión judicial. Por el contrario, el principio *iura curia novit* cobra sentido como disposición procesal: significa simplemente que el juez puede apartarse del principio dispositivo en materia de fundamentación normativa, y sostener una decisión invocando normas jurídicas que no fueron mencionadas por las partes. No se refiere al conocimiento efectivo del derecho por parte de los jueces, sino a la posibilidad de que los jueces acudan a normas y principios distintos a los citados por los contendientes. En este sentido, la presentación *amicus curiae* no importa ninguna contradicción con el principio *iura curia novit*, ya que se trata simplemente de aportar elementos de juicio suplementarios, ampliando la base de conocimiento disponible para que el juez adopte una decisión.

La incorporación al orden constitucional argentino de un considerable plexo normativo de origen internacional plantea además una serie de

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Preámbulo, párrafo 2 *in fine*. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 61.

nuevas exigencias al intérprete*. La adopción de pactos internacionales de derechos humanos como escalón más alto de la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligan al intérprete local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional¹⁰, y específicamente a estar al tanto de la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, intérprete final de las obligaciones asumidas por la Argentina en el sistema interamericano. La propia Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha reconocido la necesidad de acudir a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹¹. Ahora bien, la situación del juez local intérprete de pactos internacionales se complica considerablemente, dado que no existe en el orden jurídico argentino norma alguna que ordene la publicación de los casos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de ninguno de los órganos internacionales encargados de interpretar los tratados, pactos y convenciones referidos por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Creemos entonces que el principio *iura curia novit* no sólo no se resiente, sino que se fortalece considerablemente en materia de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina, con la aceptación de la figura del *amicus curiae*. La posibilidad de que el juez reciba a través de presentaciones *amicus curiae* opiniones e información acerca de la interpretación de órganos internacionales sobre los temas en cuestión amplía su base de conocimiento para decidir el caso, y suple la dificultad de acceso del tribunal a material de origen internacional que no se publica en el país. No es casual que los grupos de opinión más interesados en la aceptación generalizada de la figura de *amicus curiae* sean justamente las organizaciones de defensa de los derechos humanos, intere-

* N. del comp.: sobre este tema ver, en este mismo ejemplar, DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*.

¹⁰ Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, *Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 187.

¹¹ Cf. CSJN, *in re* "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992, considerando 21º: "(l)a interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)". En el mismo sentido, *in re* "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", del 7 de abril de 1995. Puede consultarse además HITTERS, Juan Carlos, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución*, en "El Derecho", 24 de octubre de 1995, ps. 1-3.

sadas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales domésticos. Este interés no es meramente teórico o especulativo: la propia Corte Suprema ha establecido también la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado¹², e implementen las obligaciones internacionales de la Nación a través de las sentencias judiciales¹³. Para el cumplimiento de este objetivo, es fundamental que los jueces puedan contar con información relativa al alcance de las obligaciones internacionales de acuerdo a la interpretación que se les ha dado en sede internacional, función para la cual la institución del *amicus curiae* es especialmente adecuada¹⁴.

Por fin, expondremos brevemente otras dos consideraciones que a nuestro juicio justifican la directa aceptación de la presentación en calidad de *amicus curiae* ante nuestros tribunales. La primera es la rica tradición de creaciones pretorianas de la jurisprudencia argentina. Desde “Siri” y “Kot” hasta la señalada doctrina de “Ekmekdjian”, nuestros tribunales han marcado varias veces el rumbo en materia de implementación de derechos y garantías fundamentales¹⁵. Como vimos, no sólo no hay razones legales ni doctrinarias de peso para rechazar la figura del *amicus curiae*, sino que su incorporación –sea por vía jurisprudencial, sea por vía legal– es altamente beneficiosa. La segunda consideración tiene que ver con la amplia experiencia estadounidense en la materia, en especial cuando se trata de

¹² Cf. CSJN, *in re* “Fibraca Constructora S. C. A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7 de julio de 1993, considerando 3º. En el mismo sentido, *in re* “Cafés La Virginia S. A. s/apelación (por denegación de repetición)”, del 13 de octubre de 1994, considerandos 8º y 9º.

¹³ Cf. CSJN, *in re* “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, considerando 22º: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto (de San José de Costa Rica) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”.

¹⁴ Análogamente, por ejemplo, cuando en una controversia judicial en sede local se invocan normas de derecho extranjero, “el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio” (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 377). La institución del *amicus curiae* también puede cumplir una función útil en esa “investigación”.

¹⁵ Ver lo expresado por la CSJN, *in re* “Dromi, José R. s/avocación en: Fontenla Moisés c. Estado Nacional”, del 6 de septiembre de 1990, considerando 4º: “Ha de ser desechada, pues, toda inteligencia que con base en el estricto apego a las normas procedimentales, termine produciendo la impotencia del propio órgano judicial a cuya mejor y más justa labor aquellas deben servir”.

litigios pendientes de resolución ante la Corte Suprema de ese país¹⁶. La similitud de la estructura constitucional y del sistema de control de constitucionalidad han llevado al reconocimiento casi unánime por parte de nuestra judicatura y doctrina de la relevancia de la jurisprudencia estadounidense en materia de interpretación constitucional. No se ve entonces por qué razón se opondría la figura del *amicus curiae* a nuestra cultura jurídica, cuando aceptamos entusiastamente otras prácticas, doctrinas y precedentes judiciales de aquel origen.

En resumen, creemos que existen argumentos más que justificados para favorecer la aceptación de la figura del *amicus curiae* en nuestra práctica judicial, aún sin norma expresa que la autorice. Revisaremos en el próximo punto la muy escasa experiencia jurisprudencial al respecto.

III. La escasa jurisprudencia interna sobre la materia

Hasta la fecha existen sólo tres casos en los que se planteó la posibilidad de presentación en carácter de *amicus curiae* ante tribunales argentinos. Esta cifra exigua es insuficiente para establecer conclusiones definitivas respecto de la aceptación de la figura, en especial cuando no se han producido aún pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema. Sin embargo, las consideraciones judiciales de estos casos son en alguna medida compatibles, y pueden perfilar cierta tendencia que favorece la admisibilidad siempre que medien algunos requisitos. Comentaremos brevemente los tres casos.

La primera causa judicial en la que se somete a un tribunal argentino la consideración de una presentación en carácter de *amicus curiae* es la “Causa 761. Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)” que tramita ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. El 27 de abril de 1995, los organismos internacionales de derechos humanos CEJIL (*Center for Justice and International Law*) y *Human Rights Watch/Americas*, con el patrocinio letrado de dos abogados del foro local, se presentaron en la causa, solicitando a la Cámara el ser tenidos por *amici curiae* a los efectos de ofrecer al tribunal argumentos de derecho internacional sobre la obligación del Estado para con los familiares de las víctimas de desaparición forzada. Específicamente, la opinión ofrecida estaba dirigida a establecer las consecuencias jurídicas de las violaciones a los derechos humanos que constituyen “crímenes de lesa humanidad”, a desarrollar el deber del Estado de informar a los familiares directos y a la sociedad sobre el destino corrido por las víctimas de

¹⁶ Cf. *Corpus Juris Secundum*, vol. III-A, West Publishing Co., St. Paul, 1973/93.

desaparición forzosa y sobre el paradero de sus restos, y a destacar la continuidad de esta obligación mientras subsista incertidumbre sobre ese destino. La opinión se proponía acercar al Tribunal “toda la información relativa al estado actual de la cuestión en derecho internacional, así como experiencias de derecho comparado que permitan diseñar medidas que propendan al cumplimiento efectivo de esta obligación”. Las organizaciones describen en la presentación su interés en el caso, refiriendo los antecedentes de ambas instituciones y su compromiso con la defensa de los derechos humanos en diversos países del mundo. Detallan también su experiencia en la presentación de opiniones en calidad de *amici curiae* en causas de derechos humanos, ante tribunales internacionales y ante tribunales de algunas naciones (Estados Unidos, Sudáfrica, Nigeria, Etiopía). La Cámara, en decisión del día 18 de mayo de 1995, declara procedente la petición y resuelve autorizar la presentación de la opinión ofrecida. La decisión se adopta por mayoría de cuatro miembros¹⁷, existiendo dos disidencias, de las que, sin embargo, es difícil extraer alguna conclusión definitiva sobre la aceptación de la institución del *amicus curiae*.

Sucintamente, las consideraciones que hace la mayoría del tribunal sobre la admisibilidad de la presentación en calidad de *amicus curiae* –y por ende, los requisitos que se vislumbran con imprescindibles para dicha admisibilidad– son las siguientes:

- el papel de *amicus curiae* está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el tema;

- debe tratarse de casos de amplio interés público.

En cuanto a la justificación de la resolución, el Tribunal afirma que:

- la intervención del *amicus curiae* se considera comprendida dentro del art. 44 de las Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Reglamentos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

- la actuación del *amicus curiae*, limitado en principio a la esfera jurisdiccional supranacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida (se cita el ejemplo del derecho estadounidense);

- la figura no encuentra óbice en eventuales contrapartes, dada su inexistencia.

En las disidencias, fundadas en motivos vinculados casi exclusivamente a las particularidades de la causa debatida¹⁸, el único argumento en

¹⁷ Voto de los Dres. LURASCHI, CATTANI, IRURZUN y CORTELEZZI.

¹⁸ Votos de la Dra. RIVA ARAMAYO y del Dr. VIGLIANI. La negativa a admitir la participación en calidad de *amicus curiae* se funda en ambos casos bien en la inexistencia de

contra de la admisión de la figura del *amicus curiae* es la ya apuntada ausencia de norma legal, que reflejaría una tradición procedimental del derecho continental frente a la que el instituto resultaría extraño¹⁹. Ya hemos comentado el argumento, de modo que no reiteraremos nuestras conclusiones al respecto.

El segundo caso en el que se ha planteado la admisibilidad de la figura es la causa “Kimel, Eduardo s/injurias”, que tramita en apelación ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. En dicha causa, se condenó en primera instancia el día 25 de septiembre de 1995 a un periodista a raíz de la publicación de un libro de investigación sobre la denominada “masacre de los palotinos” o “masacre de San Patricio”, suceso en el que, en 1977, se produjo el secuestro y posterior desaparición de un grupo de religiosos palotinos. En dicha obra, KIMEL describe la actuación del juez que llevó a cabo la instrucción del caso, afirmando que, amén de cumplir con los requisitos formales indispensables de la investigación, no tuvo en cuenta elementos decisivos para la elucidación del delito perseguido. El periodista agrega que “la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial”²⁰. El juez aludido es quien inicia la querrela contra Kimel, aunque por el delito de calumnia, modificándose la calificación con la sentencia condenatoria de primera instancia. Durante la tramitación de la apelación de la sentencia, CEJIL (*Center for International Law*) y el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), solicitan a la Cámara ser tenidos como *amici curiae* para someter a la consideración del tribunal argumentos de derecho de los derechos humanos y de derecho internacional sobre libertad de expresión y de prensa, derecho a la información y derecho de crítica a la actuación de la administración públi-

una causa o controversia, dada la imposibilidad de persecución penal de ningún autor de los hechos, bien en que la presentación no estaría encaminada a aportar “información relativa a datos o documentación lo más precisas posible acerca del destino final de los desaparecidos”, extremo que de acuerdo a resolución anterior de la Cámara era el único que autorizaba a participar a terceros en esa causa. Como se ve, estos argumentos tienen poco que ver con la admisibilidad general del *amicus curiae*. El Dr. VIGLIANI dice que “la aceptación doctrinaria (de la figura de *amicus curiae*) ha sido circunscripta a la existencia de una controversia actual y no hipotética y a la de un litigio pendiente de pronunciamiento”, y deja entrever una opinión favorable a su aceptación en caso de que se den los requisitos procedimentales expuestos.

¹⁹ Cf. voto de la Dra. RIVA ARAMAYO.

²⁰ KIMEL, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Ed. Lumen, Buenos Aires, 2º ed., 1996.

ca. La presentación estaba compuesta por el petición de los organismos de ser tenidos por *amici curiae*, y tres opiniones cuya autoría correspondía respectivamente a los profesores Eugenio Raúl ZAFFARONI, Julio B. J. MAIER, y un grupo de expertos del CELS y CEJIL, además de la adhesión de los profesores José Reinaldo VANOSSI, Germán BIDART CAMPOS y Guillermo MONCAYO. El presidente del tribunal rechaza en primer término el pedido, al considerar que por no tratarse de partes, los presentantes carecían de legitimación para actuar en la causa. Presentado un recurso de reconsideración, el tribunal en pleno decide no hacer, por los siguientes argumentos:

- los escritos no provienen de partes acreditadas en la causa;
- el instituto de derecho romano invocado no está previsto procesalmente;
- el antecedente de aceptación del fuero federal que se invoca (es decir, la ya comentada causa ESMA) no coincide con la situación analizada en el expediente bajo examen, por no revestir excepcionalidad ni trascendencia. Además de ello, la causa se origina en una acción privada que de por sí reduce el ámbito de intervención pública a los límites procesales conocidos.

La decisión parece un retroceso con respecto a la anteriormente citada. Sin embargo, algunos de los argumentos suponen la aceptación de la jurisprudencia establecida en la causa ESMA. El primer argumento es irrelevante, ya que se trata más bien de una consecuencia de la no aceptación de la figura del *amicus curiae*, más que de una razón autónoma para rechazarla. En efecto, el *amicus curiae* por definición nunca es parte de la causa en la que ofrece su opinión. Aceptar la jurisprudencia de la Cámara Federal en la causa ESMA implica entonces aceptar la presentación de escritos de quien, como el *amicus curiae*, no es parte en la controversia. El segundo argumento ya ha sido analizado más arriba, y tampoco lleva forzosamente al rechazo de la figura del *amicus curiae*.

El tercer argumento resulta más interesante, pues su formulación importa la aceptación de los ya analizados extremos que requiere la Cámara Federal Criminal y Correccional para la admisibilidad del instituto. Exige el tribunal excepcionalidad y trascendencia, además de interpretar que el carácter privado de la acción penal reduce el ámbito de la intervención pública. Con respecto al primer extremo, coincidimos con el requisito, aunque disentimos absolutamente con la valoración del tribunal en el caso concreto. La causa examinada ha resultado un caso de *gran* trascendencia pública, generando un intenso debate periodístico ya que se trata justamente del establecimiento de los límites a la persecución penal de periodistas que, en ejercicio de su derecho de expresión, critican a funcionarios públicos (en este caso, un funcionario judicial). Entre muchas otras expresiones de interés, una muestra palmaria de la repercusión del hecho

es la presentación efectuada por el director del diario “La Nación” ante la Sociedad Interamericana de Prensa, en donde se menciona expresamente y en primer término la preocupación de los medios de prensa argentinos por la decisión condenatoria adoptada en el caso “Kimel”. Diversos medios se han hecho eco de este tema a través de columnas y editoriales, y el propio caso judicial ha producido un intercambio de cartas de lectores en varios diarios de la Capital Federal.

El segundo planteo es inadmisibile, ya que parece vincular la alegada ausencia de trascendencia o interés público de la causa, con el hecho de que se trate de la persecución de un delito de acción privada (tanto en el caso de calumnia como en el de injurias). En este punto no podemos menos que estar en desacuerdo con el Tribunal: la muestra cabal de que el carácter privado de la acción (cuestión meramente procedimental, vinculada con el impulso del procedimiento) no implica en absoluto ausencia de interés público en el caso (dado que el carácter público del interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria) lo marca el debate generado alrededor del caso, que pone en discusión los límites de la persecución penal, el alcance de la libertad de expresión y de prensa, y la posibilidad de ejercer libremente el derecho de criticar por la prensa a los funcionarios públicos. Se trata, creemos, de un tema de medular importancia para el desarrollo de una sociedad democrática, que asuma hasta sus últimas consecuencias los postulados del sistema republicano de gobierno. La cuestión se relaciona también con el derecho de todo ciudadano a recibir información y a formar sus propias conclusiones sobre los asuntos de gobierno de un país, garantizado por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Las propias Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos han admitido la importancia y el carácter público de estas cuestiones²¹. Otra pauta que permite evaluar el interés público de la causa es precisamente la posible violación por parte de la Argentina de pactos internacionales de derechos humanos y su eventual responsabilidad internacional por ello. Resulta paradójico que el tribunal considere que no existe interés público suficiente para una presentación en la que justamente se advierte de las posibles violaciones a pactos internacionales de derechos humanos por parte de la Nación, ilustrándose el criterio de órganos internacionales a cuya competencia la Argentina está sometida y

²¹ Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Informe sobre desacato*: “(l)a amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o de una opinión, puede utilizarse como medio para suprimir la crítica y los adversarios políticos”, p. 220.

a través del cual se juzgará en última instancia la actuación de los órganos nacionales. Por último, es posible imaginar varias otras hipótesis de delitos de acción o de instancia privada que, sin embargo, supongan cuestiones de trascendencia social e interés público, como por ejemplo, los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto (art. 72, inc. 1, del Código Penal), o bien el de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 73 inc. 4 del Código Penal). En todos estos casos, pueden debatirse cuestiones de real repercusión pública –de hecho, a raíz de varios casos judiciales difundidos por los medios de comunicación masivos, ha tenido lugar un intenso debate público acerca de la valoración de la prueba ante delitos de abuso deshonesto– sin que obste a esta trascendencia el carácter privado de la acción o de la instancia.

En todo caso, parecen aceptarse en este segundo caso las pautas establecidas por la Cámara Federal en la causa “ESMA”. Ello marca una cierta tendencia a la aceptación del *amicus curiae*, siempre y cuando se demuestre cabalmente el interés público, la trascendencia o la excepcionalidad de la causa en que se produce la presentación.

Finalmente, el tercer caso –ya mencionado– en el que se tomó una resolución en relación a una presentación en carácter de *amicus curiae* es la causa “Sterla, Silvia s/interrupción de la prisión preventiva”, que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 2 de la Capital Federal. El 5 de agosto de 1996, el juez a cargo de las actuaciones aceptó el pedido presentado por dos abogados, en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), tendente a incorporar a la causa un memorial en derecho en carácter de *amicus curiae*, en el que se acercaban al tribunal elementos de juicio de derecho internacional de los derechos humanos relativos a las condiciones de detención de los enfermos con HIV y al carácter restrictivo de la prisión preventiva en dichos casos. El propio memorial reconoce que su objeto es “acercar... algunos argumentos adicionales a los que podrían aportar las partes. Estos argumentos han sido en su mayoría derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se ha aludido a normas o decisiones internas, cuando éstas reflejan, en cierto modo, los estándares provistos por el Derecho Internacional...”.

En una sucinta resolución, el juez de la causa toma como base para resolver acerca de la admisibilidad de la presentación en carácter de *amicus curiae* la decisión de la Cámara Federal en la ya comentada causa ESMA, considerándose vinculada por el precedente del tribunal de mayor jerarquía. Por ende, hace lugar a la presentación.

En particular, estima que “el papel al cual los peticionarios aspiran, “sólo está reservado a organizaciones no gubernamentales que persiguen un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en casos excepcionales y de la magnitud del presente” (voto de la mayoría en la causa ESMA)...”.

El magistrado destaca además el papel de las ONG en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país. Sostiene, en este sentido, que las organizaciones no gubernamentales han hecho un aporte fundamental al fortalecimiento de la sociedad civil. Además agrega, en línea con lo sostenido en el punto I de este trabajo, que la tarea de “lograr una ajustada transformación del pensamiento jurídico actual, admitiendo ejes que permitan abrir nuevos campos de discusión, a efectos de encontrar las alternativas y soluciones que nuestra realidad exige (...) no sólo debe ser viable en el marco de discusiones académicas; la administración de justicia debe abrir sus puertas también a un debate en casos concretos con el fin de que la teoría y la praxis encuentren su justo medio”.

Puede concluirse entonces que, de acuerdo a la resolución que comentamos, se consolida la tendencia de la causa ESMA, repitiéndose los requisitos para ser tenido como “amigo del tribunal” establecidos en esa decisión, es decir:

- el instituto está reservado a las organizaciones no gubernamentales que tengan un especial interés en el tema que se trate;
- el caso debe revestir interés general suficiente.

IV. Consideraciones finales

En conclusión, creemos que de los argumentos doctrinarios y de la tendencia jurisprudencial esbozada, surgen elementos de juicio suficientes para la admisión de la figura del *amicus curiae*, aun sin normativa legal específica que la regule. Como hemos dicho, el instituto tiende a hacer transparente el debate público y la toma de posición ante asuntos que, siendo tratados por los tribunales, tienen una trascendencia social que va más allá de las particularidades del caso. La mayor participación ciudadana en la administración de justicia es un valor que resulta difícil despreciar, especialmente durante períodos en los que la imagen pública del Poder Judicial no es la ideal. El futuro de la figura depende entonces de la actividad de las organizaciones no gubernamentales que promuevan temas de interés ciudadano, y de la comprensión de los magistrados acerca de las ventajas de su adopción.

Parte III

Los estándares internacionales sobre algunos derechos en particular y su aplicación por los tribunales locales

Capítulo 4

Garantías judiciales en materia penal

El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?

Julio B. J. Maier

I. El recurso como medio de control funciona

I. Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales –en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso trasformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada, o, incluso, eliminada– fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del sistema judicial de la Inquisición. Eran, antes bien, instancias de control burocrático que garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. De esta característica participaban también los recursos contra la sentencia, entre ellos, fundamentalmente, la apelación; de allí, incluso, que se admitiera el reexamen *de oficio* del caso, sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior¹.

Es razonable que así sucediera en consonancia con la organización política imperante. Todos los poderes de la soberanía política residían en quien ejercía el poder político central en forma exclusiva: el Papa o el mo-

¹ Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino [DPP]*, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 5, D, 3, VII; § 5, D, 4, a; § 5, D, 5, II; en especial, § 5, D, 6, VI, § 5, D, 7, III; y § 5, H, 1, b, VI. El sistema pasó a las colonias hispanoamericanas a través del derecho de España, introducido por la conquista y colonización, y pergeñó en estas latitudes no sólo un sistema alambicado de recursos contra la decisión, sino también, la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de tribunales inferiores, la llamada *consulta*, que aún perdura en varias de las organizaciones judiciales hispanoamericanas. La ley nacional n° 23.098 (*habeas corpus*) mantiene este “recurso de oficio” para las decisiones del juez de primera instancia que rechaza la vía o declara su incompetencia.

narca. Conforme a ello, los jueces o inquisidores eran sólo *delegados* del monarca absoluto quienes estaban obligados a seguir sus reglas y a *devolver* la jurisdicción delegada, por escalones (organización judicial vertical), a aquel que se las había delegado y que la detentaba originariamente: en definitiva al monarca, la cúspide del poder político. De allí el significado del hoy llamado *efecto devolutivo* de los recursos, característica básica de estos remedios –devolución de la jurisdicción a un tribunal superior en grado–, cuando se excluyen algunos medios de impugnación que pueden ser calificados como no ortodoxos².

Por otra parte, toda la organización y estructura del procedimiento respondía a esta necesidad: de allí que resultara imprescindible documentarlo en actas escritas y que, consecuentemente, el fallo tuviera su única base de convicción en esos protocolos; ésa es la única manera de que el tribunal *a quo* y el *ad quem* decidan sobre un mismo objeto (*par conditio*)³, en otras palabras, que el caso sea reexaminado desde el mismo atalaya o desde la misma base de conocimiento o fuente de información que funda la decisión⁴.

Remedios como la apelación ante órganos superiores a aquel que emitía la decisión, participaban de esta característica principal: medio por el

² Cf. CLARÍA OLMEDO, *Tratado de Derecho procesal penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V, p. 443, quien enuncia esta característica como una de las dos (la otra: suspensión del efecto de cosa juzgada) que permite distinguir los verdaderos *recursos* de otras impugnaciones procesales.

³ Cf. FERRANTE, Marcelo, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, en *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, trabajo sobre la base del cual el alumno comentó el fallo “Girolodi” del tribunal de casación nacional, en el Seminario del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad de Buenos Aires, § 5, I, p. 43, III, A, p. 49 y III, C, p. 52.

⁴ Cuando el fallo surge de un debate oral, los únicos que conocen el procedimiento y su contenido son los jueces que lo han presenciado; de allí que una regla de principio de esta forma de proceder sea, precisamente, aquella que impide decidir a otros jueces que no presenciaron el debate. Si en esta forma de procedimiento se admite la tacha de injusticia de la resolución, ello involucra, naturalmente, un nuevo debate –total o parcial, según la extensión del agravio: posibilidad de cosa juzgada parcial– ante jueces también presentes –salvo el caso del recurso *horizontal*– y una nueva decisión que responderá a ese nuevo debate, razón por la cual no existe *reexamen* del caso sino, antes bien, una nueva primera instancia. Ello justifica, precisamente, la *única instancia de mérito* sostenida para las leyes procesales cuyo núcleo es el debate público, y la limitación de los agravios posibles contra la sentencia a la aplicación de reglas jurídicas (casación) y no a los hechos probados, para decirlo sencillamente.

cual quienes intervenían en el procedimiento (imputado, procurador del rey, actor civil, etc.) colaboraban en el control de la correcta aplicación de las reglas de administración de la justicia ejercido por la autoridad que delegaba esa tarea sobre quien la recibía por delegación. En el sistema judicial conformado sobre la base de la *jurisdicción delegada*, tal comprensión del fenómeno es característica, hasta el punto de que, según lo advertimos, para las infracciones graves no era tan siquiera necesaria la queja de alguien sobre la injusticia de la decisión sino que, antes bien, el control era obligatorio y procedía *de oficio*.

En la Ordenanza criminal francesa de 1670, la teoría de *justice retenue* consistía, precisamente, en admitir que toda decisión judicial provenía del rey y residía en él, quien la delegaba en sus oficiales pero la conservaba en origen y en plenitud. La teoría fundó la posibilidad de dirigirse ante el Consejo del rey para rogarle que casara la sentencia –*pouvoir en cassation*– o al rey mismo para que librara una *lettre de grace*; la misma apelación revestía esta característica principal⁵.

Por supuesto, en este sistema la posibilidad de impugnar la sentencia pertenece tanto a quien debe sufrir la condena como al acusador, a los órganos públicos que operaban en la persecución penal.

II. El sistema así concebido llegó hasta nuestros días. En la administración de justicia penal sobre todo, subsistente el sistema de persecución penal estatal, los recursos no significan –en especial, el recurso contra la sentencia definitiva–, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no sólo la forma del enjuiciamiento y su solución sino, también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que esos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento. Tres circunstancias conducen a esta apreciación básica: la organización judicial vertical –precisamente para posibilitar este control–; los recursos (en especial el recurso contra la sentencia), establecidos en forma de facultad bilateral, tanto para el acusado como para el acusador, de modo que tanto uno como otro pueden expresar sus agravios contra la decisión y que el último de ellos queda habilitado por esta vía a arribar a la condena *in extremis*, esto es, ante el tribunal de última instancia, sin que, en ese caso, el condenado pueda expresar su disconformidad con la condena, la *primera condena*, y lograr una

⁵ Cf. MAIER, *DPP*, § 5, 6, III.

reparación de su agravio ante ella; y, por último, la exclusión del *jurado de enjuiciamiento*, reemplazado por tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, funcionarios estatales, hecho que, según veremos, termina de decolorar el significado de garantía que debe poseer políticamente un recurso en un Estado de Derecho.

II. El recurso como garantía procesal

I. Dos convenciones sobre derechos humanos vinieron, a mi juicio, a modificar esa historia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone (art. 8.2.h) que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal, entre otros derechos, el “Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. La regla alude, en principio –porque se refiere al inculpado por un delito–, al fallo condenatorio. Más concretamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) establece: “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”.

Las dos convenciones interpretadas conjuntamente –según corresponde, porque ambas están vigentes y porque, según se observará, ambas prescriben lo mismo, a pesar de la diferencia del texto–, están llamadas a transformar, al menos en el área de los recursos contra la sentencia –al cual nos referiremos en adelante– la base político-criminal del concepto de recurso. Quiero anticipar el sentido de esa transformación para explicarlo posteriormente:

a) el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior y, al mismo tiempo, perder por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre la tarea cumplida por los tribunales inferiores (*justice retenue*);

b) el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder así su carácter bilateral –el de ser facultad de todos los participantes– para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y sólo lo es por el condenado: la absolución –salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y correc-

ción– y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*;

c) el recurso de casación debe transformarse: se ampliará el ámbito de revisión del fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica permitida por el carácter público y oral del debate que sostiene necesariamente –da fundamento formal y material– a la sentencia.

II. Conviene, para la correcta comprensión del problema, avanzar por pasos; esto es, plantear primero las cuestiones más generales que suscita la cláusula de las convenciones para abarcar luego las de detalle. Además, dentro de las cuestiones generales conviene también, intentar reducir el problema: comenzar por las que permiten respuestas más sencillas y dejar para el final las determinaciones más complicadas o aquellas que, cuando menos, conducen a una solución que, por romper con una tradición histórica sobre “nuestra” concepción de aquello que significa el recurso contra las decisiones judiciales, serán más difíciles de comprender y, más aún, más difíciles de aceptar.

No existe discusión acerca de que las cláusulas de las convenciones que obligan a nuestro país conceden un “derecho al recurso”⁶. Ese no es precisamente el problema o sólo es la parte de problema cuya solución resulta obvia.

Según el grado de la dificultad, al comenzar por lo más sencillo, se formula inmediatamente después la pregunta acerca de a quién ampara la cláusula, en ocasiones indicada tras la pregunta, en realidad más comprensiva, acerca de la rama o ramas jurídicas cuya aplicación judicial compromete la cláusula o, dicho de otra manera, a qué tipo de procedimientos judiciales abarca o se aplica. A pesar de que el texto de la Convención Americana adolece de defectos indudables de redacción que lo tornan confuso a primera lectura, no puede existir duda alguna acerca de que toda la regla pretende regular las garantías de quien es perseguido penalmente, esto es, se refiere a los procedimientos penales y, específicamente, al recurso contra la sentencia de la persona que, a raíz de la decisión del caso, debe sufrir una consecuencia jurídico-penal⁷. Si ese texto planteaba

⁶ Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, El Derecho, Buenos Aires, t. 118, p. 879; y SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, “La Ley”, Buenos Aires, t. 1988-E, III, p. 160.

⁷ Advierten las dificultades del texto y solucionan el problema según la misma opinión defendida en el texto: BIDART CAMPOS, *ibídem*, y SAGÜÉS, *ibídem*, quien advierte el

alguna duda, la lectura conjunta del texto de la convención universal (Pacto Internacional de la ONU), a nuestro juicio idéntico al de la convención regional, en tanto regulador de garantías penales, disipa esa posibilidad por completo: se trata del *derecho del condenado penalmente* –de la persona declarada culpable– a recurrir el fallo condenatorio o la pena impuesta ante un tribunal superior⁸, derecho a cuyo objeto (del recurso) nosotros agregamos, por analogía, el derecho de aquel que no es declarado culpable y hasta es absuelto (por ejemplo, por incapacidad, en el momento del hecho, de ser culpable: *inimputabilidad*) y, sin embargo, puede sufrir también, según la sentencia, la aplicación de la coacción penal (medida de seguridad y corrección).

La Convención Americana no se propuso ni se puede proponer, como opina confusamente SAGÜÉS y duda BIDART CAMPOS⁹, conceder un recurso al Estado –esto es, a su representante o al órgano estatal competente para la persecución penal pública– para recurrir sentencias –dictadas por los órganos, también estatales, encargados de administrar justicia– que, desde su óptica, considera injustas, en pos de la condena, cuando el imputado ha sido absuelto, o de una condena más grave, cuando ha sido condenado levemente, según la apreciación del Estado persecutor penal. Me parece claro que, al menos en el párrafo, la Convención regional no se propone –ni se puede proponer– “defender” al Estado sino, por lo contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. La Convención se refiere, precisamente, a las garantías procesales frente a la acción y a la fuerza aplicada por el Estado. Interpretar estas garantías en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en muchos fallos, incluida nuestra Corte Suprema¹⁰, representa una verda-

problema, no se interesa demasiado por él, pero parece resolver la cuestión en otro sentido, ampliando el significado de la “garantía”, que regiría incluso para el fiscal (¿?).

⁸ Cf. Reglas de Mallorca, 35ª: se trata de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal, concluidas por la Comisión de expertos reunida en Palma de Mallorca durante los años 1990, 1991 y 1992.

⁹ Ver nota 7. Aun cuando el último de los autores mencionados resuelve bien el problema, pero con argumentos sólo textuales o exegéticos y, por ello, aparentes o, cuando menos, sin categoría de principio.

¹⁰ Cf. últimamente, la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Jofré, Hilda N. y otra”, del 24/3/1994 (“La Ley”, Doctrina Judicial, Buenos Aires, diario del 14/9/1994, ps. 465 y ss.), que casa una sentencia absolutoria por violación a la garantía de la “defensa en juicio” del apelante, el Fiscal, y la “garantía constitucional del debido proceso” que a él también le corresponde.

dera hipocresía. No queremos anticiparnos; luego veremos que, además de esta calificación, la interpretación es absolutamente incorrecta.

Pero las palabras de SAGÜÉS esbozadas como argumento fundante de esta tesis absurda no tienen desperdicio: “Además, si de lo que se trata es arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedentes”. SAGÜÉS, conforme se verá con mayor intensidad al tratar el punto crucial de este problema –negación de todo recurso contra la sentencia al ministerio público–, no reconoce el significado político-histórico del Derecho penal y desconoce el mecanismo mediante el cual se lo realiza, aspecto que, según creo, lo conduce primariamente a su error. Si advirtiera, al menos, que el sistema penal –salvo escasas excepciones– constituye toda una obra estatal contra una persona, en pos de aplicarle la fuerza pública, cuyo monopolio reside en el Estado, desembocaría en la conclusión de que el movimiento de la Ilustración, que pergeñó nuestro actual Estado de Derecho, pretendió reaccionar contra la desprotección del ser humano frente a la fuerza estatal –aun la fundada en el principio de la mayoría (democracia)–, para lo cual, si bien aceptó en definitiva el poder penal del Estado como mecanismo de ejercicio inevitable en la organización política estatal organización que también respetó en su base lo rodeó de límites y garantías individuales para evitar su abuso y aplicación arbitraria al individuo: eso, y no otra cosa, representan los “derechos humanos” en una concepción totalmente tradicional –diría, incluso, conservadora– del Estado de Derecho en materia penal. Si ello fuera comprendido, el adjetivo “justo” y el sustantivo “justicia”, frente a la pena estatal –mecanismo que representa la violencia, el empleo de la fuerza como modo de solución del caso y no, precisamente, del conflicto social real representado en el delito penal, que queda latente– no debería ser utilizado como sanalotodo de cualquier argumento. Si se razonara de esta manera, no se tardaría en advertir que la “garantía” de las convenciones establece un derecho al recurso sólo para el condenado –y no para otras personas, menos aún para órganos estatales– y en todo caso, si se concediera un recurso al acusador, la condena lograda por él ante un tribunal superior debería permitir todavía un recurso del condenado.

He ejemplificado con las palabras de SAGÜÉS, a quien aprecio personalmente, pero creo que todo el constitucionalismo argentino debe comparcer ante fracasos como éste: aquello que políticamente significa la creación de la doctrina del “poder *de facto*” está representado en nuestra materia por la decoloración de las seguridades individuales que implica la doctrina, hoy natural, de que esas garantías también pertenecen al Estado en ejercicio de su poder monopólico sobre la fuerza o, dicho de otra

manera, a sus órganos competentes, en los cuales reside ese monopolio¹¹. Se verá en los próximos puntos cómo esa opinión conduce también, a la anulación de esta garantía y a la decoloración de otra.

Si al Estado no le corresponde el “derecho de recurrir el fallo” como garantía de principio, resulta claro que tampoco le corresponde –al menos para los delitos que requieren persecución penal oficial–, al acusador privado admitido en el procedimiento. Para apreciar correctamente esta afirmación, primero se debe comprender el papel del acusador privado –de la víctima– en estos delitos¹². De la misma manera se colocaría en crisis el recurso del acusador en los delitos de acción penal privada. Éste, sin embargo, no es ahora el problema principal.

Por consiguiente, la garantía ampara, en principio, a toda persona contra la cual el Estado decide aplicar una consecuencia jurídico-penal; dicho con una fórmula más sencilla: ampara, en principio, al condenado penalmente o, de manera extensiva, a quien, a pesar de ser absuelto, sufrirá a raíz de la decisión, una medida de seguridad y corrección.

IV. Esta garantía procesal, bien explicada, debe conducir necesariamente, a la exigencia de que, para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una *doble conformidad judicial*, si el condenado la requiere. Esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal –con otras palabras: al desarrollo del poder penal del Estado–, ha sido perfectamente descripta, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio “*doble conforme*”¹³. El

¹¹ CARRIÓ, Alejandro D., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución nacional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 41 y siguiente.

¹² Cf. MAIER, Julio B. J., *El ofendido por el delito en el Derecho positivo argentino*, en el libro de Homenaje al Prof. Dr. Isidoro DE BENEDETTI, *De las penas*, Ed. Depalma, 1997, ps. 305 y siguientes.

¹³ Descripción feliz de FERRANTE, Marcelo, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 1, p. 17, quien cita como responsable del acierto a Francesco CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, Ed. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1981, t. I (*Derecho y proceso*, trad. SENTÍS MELENDO, Santiago), ps. 277 y s. El principio no es propio del Derecho penal y, menos aún, del Derecho penal *garantista*; en Italia, se lo reconoce con origen en el derecho *estatutario* y se advierte, más allá, la exigencia de la *triple sentencia conforme* procedente del derecho judicial germano anterior a la revolución liberal: cf. CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Ed. Bibl. Arg., Buenos Aires, 1945, t. I, 1, ps. 264 y ss.; ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Derecho procesal penal*, en colaboración con Ricardo LEVENE (h.), punto escrito por el autor citado, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1945, Cap. XX, 5, p. 263; pero ambos autores suponen un sistema bilateral de recursos en el cual, frente a una sentencia, a cada parte le corresponde el derecho a recurrir cuando la

“derecho al recurso” se trasformaría, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión –el procedimiento para verificar la doble conformidad– que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena –dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución– y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria.

Para apreciar correctamente la exigencia se debe comprender también que, supuesta la ausencia de recurso acusatorio, la segunda sentencia, en vía recursiva, no puede infligir al condenado una consecuencia jurídica más grave que la primera; su límite máximo está constituido por la conformidad con la sentencia de condena originaria (prohibición de la *reformatio in peius*¹⁴).

V. Aquí, sin embargo, no termina la reflexión. Si se quiere ser consecuente con el “derecho al recurso” contra la condena, que, según se observa, conduce a la prueba de la “doble conforme”, habrá que coincidir en que, bajo absoluto respeto de otras reglas de principio sobre el procedimiento de administración de justicia penal, en especial la exigencia del juicio oral y público, y, más allá, decidido por un tribunal con jurados, la existencia del recurso acusatorio contra la sentencia, si bien no es lógicamente imposible, resulta de reglamentación legal ilusoria en la práctica y, naturalmente, contraria o resistente a la garantía.

Comencemos, según nos hemos propuesto, por aquello que resulta más sencillo de explicar, sin llamar en nuestro auxilio a preconcepto alguno sobre el “debido proceso penal”, esto es, dejando de lado toda otra máxima básica del procedimiento penal. Conceder recurso al acusador, en especial, al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella, significa sin duda, una nueva instancia, que, en caso de transformar la absolucón originaria en una condena, como lo pretende el acusador, será, sin duda, una condena “de primera instancia”, es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado¹⁵. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcio-

decisión contiene para ella un agravio concreto. Trasplantado el principio a la materia penal y a un Derecho penal garantista, conforme a la cláusula de las convenciones, se debería formular como el principio de la *doble condena conforme* y aclarar, en todo caso, que sólo el imputado puede –tiene la facultad de– actuarlo.

¹⁴ Cf. AYÁN, Manuel N., *Recursos en materia penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1985, cap. V, 12, ps. 166 y ss.; MAIER, DPP, §6, D, 4, a, ps. 362 y siguientes.

¹⁵ De manera idéntica sucederá si el fiscal recurre a una sentencia condenatoria, leve en su opinión, para trasformarla en otra más grave y logra éxito, pues, respecto de

namiento su “derecho al recurso”, su posibilidad de reclamar la prueba de la “doble conforme”. Ello no sólo implica una *tercera instancia*, ante un tribunal “más” superior aún, sino, antes bien, algo parecido a un *regressus in infinitum*, pues, con la concepción “bilateral” del recurso, siempre es posible que el acusador, *v. gr.*, el fiscal, recurra y consiga una condena ante el tribunal de última instancia: contra esa “primera condena” siempre se deberá respetar el “derecho al recurso”, a desencadenar la prueba de la “doble conforme”, del condenado. Esta derivación impensada para los constitucionalistas argentinos aquí citados, que emerge del mero texto de la Convención que señala la garantía y sobre la que no quiero agregar ahora consecuencias posteriores, por innecesarias para la reflexión gruesa, señala desde ya la imposibilidad práctica de atribuir un recurso contra la sentencia fundada en un juicio público al acusador y, por otra parte, indica con claridad la verdadera “medida” de la garantía¹⁶.

En verdad, pertenece a la historia cultural del juicio por jurados el hecho de que el Estado no posea un recurso contra la sentencia del tribunal de juicio, el tribunal propio de la acusación, esto es, el hecho de que el fiscal tenga una sola posibilidad de colocar en riesgo al acusado en relación a una condena penal –*ne bis in idem*; prohibición del *double jeopardy*– y que su única oportunidad se concrete en el juicio ante el tribunal de jurados, quien cumple básicamente la función política de habilitar –o cercenar, en caso contrario– la utilización del remedio de la pena estatal a los funcionarios estatales permanentes de la administración de justicia. El “derecho al recurso” contra esa sentencia –dentro de límites concretos, por razones que más adelante explicaremos– sólo le corresponde al condenado, en explícita alusión al carácter de garantía que representa el recurso contra la condena en el derecho moderno, tributario del Estado de Derecho.

Así se entiende todo el problema aquí planteado en el derecho de los EE.UU. El fiscal conoce que, aceptado que su acusación provoque un juicio contra el imputado, ésta constituye su única oportunidad de lograr

esa condena concreta lograda, ella es la *primera condena* (supóngase la transformación de una imputación culposa en una dolosa y la diferencia enorme de la consecuencia jurídica). No he querido complicar el texto al examinar este caso particular, pues el caso de la transformación de la absolución en condena resulta más claro o menos conflictivo, esto es, más paradigmático.

¹⁶ Conviene, en este punto, recordar nuevamente las palabras de SAGÜÉS, transcritas en III, y ponerlas nuevamente en crisis, esto es, compararlas con el texto argumental al que hemos arribado. En todo caso se coincidirá en que la “bilateralidad” se debe romper en algún momento y que, si se concede recurso al ministerio público contra la sentencia que le es adversa, la única forma de hacer efectiva la garantía consiste en privarlo de algún recurso que se le concede al imputado.

una condena convenciendo al jurado; si fracasa –aun por motivos “injustos”– no tiene otra posibilidad de lograr una condena, no puede someter al acusado, después de la absolución del jurado o del sobreseimiento en juicio, sobre la base de la misma imputación, a un riesgo múltiple de un fallo condenatorio y de sufrir una pena (*double jeopardy*)¹⁷. El acusado, en cambio, posee, contra una eventual condena –declaración de culpabilidad– un “derecho de apelación”, esto es, una facultad para demostrar la injusticia formal o material del fallo y así lograr un nuevo juicio. Sólo en algún Estado federado se conoce una variación de esta concepción: existen tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que llevan a cabo y sentencian el juicio en primera instancia, que puede ser seguido, sólo por recurso del condenado, por un juicio ante el jurado, al que únicamente él tiene derecho, recurso que no puede ser utilizado por el fiscal, según lo ha aclarado convenientemente la jurisprudencia suprema en los EE.UU.¹⁸ Básicamente, la situación es idéntica en el sistema inglés¹⁹.

Cualquiera que comprenda la base del enjuiciamiento frente a un jurado, entenderá aquello que acabamos de informar; en especial lo entenderá quien comprenda la razón de ser política de este tipo de enjuiciamiento. Vale la pena repetir: políticamente, el jurado representa la necesidad de que, frente a la posibilidad de poner en marcha el poder de coacción más vigoroso y violento que concede el Estado de Derecho al mismo Estado (representese que puede llegar a autorizar a terminar con la vida de una persona), exista una autorización para su uso por parte de un núcleo representativo de ciudadanos a los funcionarios estatales que aplicarán la fuerza conforme a la ley, autorización que, negada, impide el uso de esa fuerza o la transforma en ilegítima. Se trata, así, de otro de los obstáculos que debe superar la aplicación de una pena estatal para su legitimación.

¹⁷ “Green vs. U. S.”, 1957, “U. S. vs. 355”, ps. 184 y ss. (“... es uno de los principios elementales de nuestro Derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea”); “North Carolina vs. Pearce”, 1969, “U. S. vs. 395”, ps. 711 y ss.; “Smalis vs. Pennsylvania”, 1986, “U. S. vs. 476”, ps. 140 y ss. El fiscal sólo puede recurrir a la pena concreta, establecida por el juez o jueces permanentes, después del veredicto de culpabilidad (condena) del jurado, en el juicio o audiencia especial posterior, que sólo trata sobre la determinación de la pena (“U. S. vs. DiFrancesco”, 1980, “U. S. vs. 449”, ps. 117 y ss.; “Pennsylvania vs. Goldhammer”, 1985, “U. S. vs. 474”, ps. 28 y ss.).

¹⁸ “Ludwig vs. Massachusetts”, 1976, “U. S. vs. 427”, ps. 618 y siguientes.

¹⁹ Básicamente la situación es idéntica en el sistema inglés: cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., Ed. Beck, Munich 1993, § 73, III, 4, ps. 478 y siguiente.

Con cuánta mayor confianza podemos arribar a la conclusión arriba indicada, si, además de intentar razonar con consecuencia la cláusula del Derecho internacional que estudiamos, en sí misma, ponemos en juego junto a ella otras garantías como la del *juicio público* –incluso por jurados–, única base de una condena, y una interpretación ortodoxa, según corresponde, del principio *ne bis in idem*. Estas garantías procesales, también contenidas en los pactos internacionales sobre derechos humanos, señalan, para nuestra reflexión, dos elementos fundamentales:

a) en primer lugar, el derecho a impugnar la condena representa para el condenado, fundamentalmente, el derecho a intentar lograr un nuevo juicio, si demuestra irregularidades, en el primero, tocantes a aquello que se comprende como un “juicio justo” (*fair trial*), que desemboque en una correcta aplicación de la ley penal, nuevo juicio que tiene como límite la prohibición de la *reformatio in peius*; y,

b) ese nuevo juicio, en nuestro caso, la nueva sentencia, no puede ser provocada por el acusador, en especial, por el ministerio público, porque representaría someter al acusado a un nuevo riesgo de condena, a una nueva persecución penal²⁰.

III. El problema del recurso idóneo para hacer valer la garantía

I. En este aspecto parcial son observables lamentables incomprendimientos del sistema de realización del Derecho penal, que conducen, incluso, a poner en riesgo axiomas del Derecho procesal penal en un Estado de Derecho. Ello es aún más lamentable y peligroso, si estudiamos el desarrollo histórico de la legislación al respecto en el ámbito hispanoamericano y advertimos el esfuerzo mayúsculo que nos ha costado, en relación al Derecho comparado, alcanzar algunos puntos de avance en la materia, hoy irrenunciables. El vigor de esta afirmación reside en que esos avances, remarcables y bienvenidos, resultan aún insuficientes: ni siquiera nos colocan en la situación de poder afirmar que realizamos aquello que es requerido por las convenciones citadas y por nuestras propias constitucio-

²⁰ La idea, según observo ahora, ya residía en mi polémica contra el recurso de revisión en disfavor del imputado, que conciben algunas legislaciones europeas, para el caso, la OPP de la R. F. A., sólo que se limitó a un ámbito ya reconocido por nuestra propia ley positiva y por la de otros países; esa concepción, tradicionalmente admitida en ese ámbito, y mis propias limitaciones me impidieron ver tras ella con imaginación y audacia: cf. mi *Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1989, ps. 789 y siguientes.

nes políticas, a pesar de que esos instrumentos y sus reglas al respecto no representan, en verdad, peticiones político-criminales de actualidad, cuestionables por su escasa representatividad histórico-cultural, pues provienen de la ideología de un Estado de Derecho clásico, de origen decimonónico.

Quizás confundidos por nuestra cultura “burocrática”, los dos constitucionalistas que se han ocupado del punto, BIDART CAMPOS y SAGÜÉS, confunden el “derecho al recurso” del condenado con la necesidad de conceder un recurso de apelación, según su comprensión natural entre nosotros²¹. El examen crítico de esta posición, apenas desarrollada por los autores citados, permitirá preparar el terreno para ocuparnos de la solución que creo correcta.

Resulta inconfundible el peso que ha tenido tradicionalmente una organización judicial vertical y, especialmente en ciertos ámbitos judiciales y académicos, un procedimiento burocrático, por registros, heredado de la cultura inquisitiva española, al punto de que, hoy parcialmente modificado, sigue pesando como esquema cultural y jurídico-político de referencia

²¹ BIDART CAMPOS en *La doble instancia en el proceso penal*, ps. 877 y ss., si bien no ha desarrollado expresamente el punto, en todo su discurso indica, sin argumentación, la sinonimia del derecho al recurso (su acierto) con el derecho a la apelación, en el sentido cultural con el cual nosotros lo comprendemos, a la “doble instancia” en materia penal y, concluye (n° 15, ps. 882) con la afirmación –que no toma a su cargo todas las implicaciones del problema–: “Y entendemos que la norma del Pacto que habilita el recurso ante un tribunal superior enfoca una *vía de apelación amplia*, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa renovar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente” (destacado nuestro).

SAGÜÉS, en *La instancia judicial plural en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, IV, ps. 161 y ss., y VI, ps. 164 y ss., adhiere, en principio, a la opinión arriba transcripta, que él también cita, aunque de manera negativa, al discurrir acerca de que los recursos extraordinarios, que limitan demasiado el examen, no alcanzan para cumplir el Pacto que examina. Sin embargo, su opinión resulta tan o más trágica para ciertas instituciones del procedimiento penal de un Estado de Derecho, pues campea en ella, también, el “derecho a la (por lo menos) *doble instancia* (sin perjuicio, asimismo, [de] que el legislador local habilite más de dos: es una regulación de mínima, y no de máxima)” (p. 157: destacado del autor) y la confusión extrema acerca de que “Esa pluralidad motiva que *el expediente* sea considerado por distintas personas y desde perspectivas jurídicas variadas, circunstancias que permite[n] tanto corregir los errores de un juez individual, como aportar diversas consideraciones que enriquecen la sentencia y evitan, al mismo tiempo, las arbitrariedades de un solo juez” (p. 158: ahora el destacado es nuestro). Los párrafos transcriptos no dejan lugar a dudas sobre el sistema históricamente anacrónico de administración de justicia penal en el cual se ubica para argumentar. Ello se demuestra, incluso, con el texto de las mismas convenciones: *juicio público en presencia del acusado*.

para pensar problemas. BINDING²², hace ya casi cien años, explicaba la imposibilidad de concebir una “segunda instancia”, según el sistema de enjuiciamiento penal que, básicamente, imponía el Estado de Derecho. Si se tiene presente la necesidad de un juicio público como base obligada de la sentencia –con sus consecuencias características: oralidad del debate, presencia ininterrumpida de todos sus protagonistas, en especial de los jueces que dictarán sentencia, únicos habilitados a emitir el fallo–, entonces cualquier posibilidad de nuevo examen amplio por un tribunal que no estuvo presente en él pasa por un nuevo juicio, cuya decisión se fundará en los actos ocurridos en él y no en el juicio llevado a cabo anteriormente. Con prescindencia de las desventajas de un nuevo juicio –que le dieron pie a BINDING para afirmar que autorizar la apelación es preferir al tribunal peor informado sobre el mejor informado, en razón de la distancia temporal hacia los hechos de los debates respectivos–, lo cierto es que este nuevo juicio, concebido de esa manera, no representa un reexamen del anterior o de su resultado, sino, por lo contrario, una *segunda “primera instancia”*²³, cuyo resultado (sentencia) –acertado o desacertado– depende, exclusivamente, de su propio debate, que le sirve de base. Conforme a ello es posible pensar, incluso, que ambas decisiones pueden ser acertadas o desacertadas, juicio para el cual cada una de las sentencias comparece ante su propio debate y que, al menos sobre los hechos, sólo puede pronunciar un observador presente en cada uno de los debates.

También en los casos de apelación parcial –cosa juzgada parcial– resulta cierto el argumento, pues el objeto parcial que se discute no se decidirá por lo visto y oído en el primer juicio, sino, precisamente, por lo visto y oído en el segundo juicio que se provoca y significa así, sobre ese objeto, un nuevo juzgamiento en primera instancia.

Con prescindencia ahora de que a este segundo juicio y sentencia –una nueva primera instancia– se le adjudique alguna ventaja frente al primero –por ejemplo, en el caso del tribunal unipersonal, en la primera “pri-

²² BINDING, Karl, *Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts*, 4ª ed., Berlín, 1900, citado y traducido por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en “Revista de Ciencias Jurídicas”, n° 41, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1980.

²³ La expresión, con referencia a los juristas alemanes, también utilizada por ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *Derecho procesal penal*, Cap. XX, 22, p. 287, pero con desconocimiento o, al menos, prescindencia del fenómeno que se produce al contraponer procedimiento por encuesta registrada y procedimiento por debate oral y público. Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 52, E, III, p. 377.

mera instancia”, el tribunal plural en la “segunda primera instancia”²⁴—, queda claro:

a) la imposibilidad de considerar al segundo juicio una “segunda instancia”, en el sentido de un reexamen del material del primer juicio y, conforme a él, de su resultado, la sentencia, pues el segundo tribunal no decide sobre el mismo contenido —según sucede en el procedimiento por actas, una de cuyas razones de ser está constituida, precisamente, por el hecho de lograr la posibilidad del reexamen del asunto (*par conditio* entre el *a quo* y el *ad quem*: las actas sobre la base de las cuales falla el primer y el segundo tribunal son las mismas²⁵)—, sino, todo lo contrario, sobre su propia base de información, el nuevo juicio; y,

b) que un juez, ausente en el primer juicio, es inidóneo para criticar aquello que el tribunal ha determinado como sucedido y que esta característica negativa comprende a los jueces de un “tribunal superior” —esto es, de un tribunal no horizontal, integrado por jueces que no presenciaron el debate, competentes para decidir el caso sobre la base de un recurso.

II. Las afirmaciones que preceden justifican, a mi juicio, varias determinaciones dependientes:

a) el “derecho al recurso” del condenado, que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el “derecho a poder lograr un nuevo juicio”, cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable (regla de la *doble conforme*), y, por ende, no se sostiene frente al recurso;

b) para hacer efectivo este derecho es preciso instrumentar un recurso que permita reexaminar la corrección de los actos de procedimiento se-

²⁴ Con lo cual no se explica por qué no se previó, directamente, un tribunal colegiado originariamente: cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 236.

²⁵ Cf. FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, I, p. 43, III, A, p. 48 y s., y C, p. 52. Claro es que esta aparente ventaja relativa, que permitió antaño decidir la situación a los doctos (facultades de Derecho), consultados para ello, significa, en buen romance, que cualquier juez ante el cual se coloquen las actas, haya oído al acusado, a los testigos, a los peritos, haya recibido la prueba, o no lo haya hecho, es hábil para pronunciar sentencia, inclusive con total prescindencia de la bondad de las actas y de su mayor o menor reflejo de la realidad, algo contradicho por las cláusulas de garantía con las cuales el Estado de Derecho pretendió revertir el significado político del procedimiento penal.

guidos para lograr la sentencia y el cumplimiento de sus formalidades, la percepción que el tribunal sentenciante ha tenido del contenido de esos actos para advertir toda gruesa falla que, por acción o por omisión, haya sucedido en el debate, y, por último, toda falla en la aplicación del Derecho que funda la decisión; ello echa por tierra la afirmación de la imposibilidad de producir prueba, por ejemplo, en el recurso de casación;

c) el recurso y, eventualmente, el nuevo juicio constituyen un derecho del condenado, que no corresponde al acusador, que no puede conducir a consecuencias jurídicas más graves para el condenado que el primer juicio, y cuyo límite máximo es la confirmación de la sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*), único riesgo que corre el condenado (*ne bis in idem*: persecución penal única).

Por supuesto, el derecho directo a un nuevo juicio para el condenado –cuando lo pida: *apelación*, en el sentido tradicional– solucionaría correctamente el problema para la regla de principio que estudiamos. Desde el punto de vista político, sin embargo, él aparece excesivo –y no sólo respecto del procedimiento judicial, sino, también, de la organización judicial necesaria para ello– si el acusado no demuestra, previamente, fallas tales en el juicio originario –procedimiento y sentencia– que impidan considerarlo como idóneo para fundar una condena y superar la prueba de la “doble conforme”.

III. Participo de la idea de que el *recurso de casación* –para aprovechar una institución existente y tradicional en el Derecho procesal de cuño europeo-continental– satisface, en principio, la necesidad básica del recurso del condenado contra la condena, siempre que sean introducidas a él ciertas correcciones que, dicho de manera general, apuntan a “ordinarizarlo” y a ampliar su objeto. En primer lugar, la idea básica que pretende satisfacer el recurso de casación en su formulación actual se corresponde con la idea central de conceder un recurso al condenado contra la sentencia de los tribunales de juicio: según su comprensión tradicional, él torna posible que el tribunal de casación, “superior” respecto del tribunal sentenciante –del juicio–, examine si la sentencia emana de un “juicio justo”, conforme a la ley (casación formal), y si ella arroja un resultado que satisface los principios que gobiernan la interpretación y aplicación de la ley penal (casación material)²⁶.

²⁶ Cf. MORA MORA, Luis Paulino; MADRIZ, Edgar A.; VILLALOBOS TORRENS, Edgar; HOUED VEGA, Mario; BONILLA MENÉNDEZ, Gilberto, *La única instancia en el procedimiento penal costarricense*, en “Revista de Ciencias Jurídicas”, n° 28, Universidad de Costa Rica, San José, 1976, p. 203; MINVIELLE, Bernardette, *La Convención Americana sobre Derechos Huma-*

Pero ello no basta. El temor de sentencias de condena injustas en relación a los hechos determinados por la sentencia del juicio originario impone una ampliación del objeto del recurso que, si bien lo extrae de su contexto tradicional, parece necesario para responder a la cláusula de garantía. Ello no debe implicar, necesariamente, una quiebra del principio de la única instancia para la determinación de los hechos –o, al menos, no implica una quiebra total de este principio– y, mucho menos, como algunos lo pretenden, una quiebra de los principios que gobiernan el juicio oral y público, en el sentido de registrar todo el debate para que, en el caso de interponerse un recurso contra la sentencia, jueces que no lo han presenciado dicten, con base en los registros y no en la percepción del debate, una nueva sentencia.

Por de pronto, estimo que, agregarle al recurso de casación los motivos que habilitan el recurso de *revisión*, autorizado en forma atemporal contra la sentencia de condena, no sólo es legítimo, sino, además, políticamente conveniente, pues no hay necesidad de esperar a que la sentencia quede firme para intentar su modificación o revocación por motivos graves que la inhabilitan desde el punto de vista principal de la reconstrucción histórica. De tal manera, si el imputado puede demostrar que los hechos fijados son inconciliables con otra sentencia penal, o que la sentencia se funda en testimonios o documentos falsos, o que ella ha sido pronunciada mediando prevaricación o cohecho o, en fin, que ha sobrevenido un nuevo hecho o se conoce nuevos elementos de prueba que tornan evidente el error de la decisión, puede aspirar a que la sentencia proveniente del juicio público originario no consiga la *conformidad* del tribunal de casación y, por ende, provoque un nuevo juicio (*iudicium rescindens*).

Analógica a esta ampliación del objeto del recurso de casación, resulta ser la falsa percepción, por parte del tribunal de mérito, de los elementos

nos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal, en *Doctrina penal*, 1988, p. 104. Esta fue, precisamente, la opinión de la Comisión IDH en el Informe 24/92 sobre varios casos tratados con relación a la legislación costarricense, básicamente idéntica a la nuestra: “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso”. La Corte IDH, sin embargo, reclamada por una opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, no resolvió el tema, precisamente porque formaba parte de casos litigiosos pendientes en los que, eventualmente, debía intervenir (OC-12/91 del 6/12/1991, “Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”).

—medios de prueba— incorporados al debate. No se trata de que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino, antes bien, de que el imputado demuestre —no tan sólo argumentalmente—, a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción acerca del conocimiento que incorpora, como, por ejemplo, cuando un documento no expresa aquello que para la sentencia informa, un perito o un testigo no dice aquello que la sentencia aprecia (por ejemplo, no reconoció al acusado y la sentencia parte de la afirmación opuesta)²⁷.

Se observa ya que es el condenado el que ataca la condena y, por ende, es él, también, quien soporta la carga de verificar estos extremos, de tornar plausible los errores gruesos del fallo respecto de la reconstrucción histórica, de la manera según la cual soporta idéntica carga en el recurso de revisión²⁸. Para que lo pueda hacer es necesario admitir, a contrario de la teoría tradicional entre nosotros, que el trámite del recurso de casación permite, dentro de ciertos límites, la incorporación de prueba en audiencia, de modo tal que el tribunal pueda apreciar la seriedad del motivo (*iudicium rescindens*). Ello, aunque no resulta prohibido como actividad para el tribunal de casación, informa acerca de la reforma necesaria del procedimiento del recurso.

Ya hace años observamos, con cita de la mejor doctrina nacional y del Derecho comparado²⁹, la posibilidad y la necesidad teórica de permitir la prueba en el procedimiento de la casación, aun concebido el recurso en su forma tradicional. Se trataba de demostrar que, cuando aquello que se

²⁷ Respecto de la prueba documental ha sido reconocida la *par conditio* entre el tribunal de juicio y el tribunal de casación para valorarla y, por ello, se ha auspiciado, al menos en este ámbito, la necesidad de ampliar el objeto del recurso: cf. FERRANTE, Marcelo, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, III, C, p. 52 y siguiente.

²⁸ Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 55, C, II, p. 407.

²⁹ Cf. DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, n° 34, p. 126; hoy, nuevamente y más extenso, en “La casación penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, n° 18, ps. 69 y ss.; y MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, p. 282, § 337, p. 287 y § 351, p. 297, donde se halla la bibliografía alemana al respecto, toda coincidente con el principio enunciado.

Según esta comprensión, el CPP modelo IA, 350, contiene una regla específica sobre el punto: a él siguieron el CPP Guatemala, 428, y el Pr. CPP El Salvador, 436, que adoptaron la misma solución.

ataca mediante el remedio son los vicios formales de un acto, y ellos no emergen directamente o son contradichos por el acta del debate –por ej.: el acta consigna que el debate se llevó a cabo públicamente y, en la realidad, el tribunal prohibió el ingreso del público; o la lectura de la sentencia se produjo con posterioridad al término del plazo máximo previsto para ello–, era posible demostrar la infracción formal a través de la incorporación de medios de prueba en el procedimiento de casación.

IV. Se ha atacado también al recurso de casación como remedio idóneo para cumplir con la cláusula de garantía estudiada, desde el ángulo meramente formal, bien por la necesidad de restringir el acceso al recurso que han sentido los tribunales de casación, al conceder excesivo rigor a las formas exigidas por la ley para su interposición, característica que aparece como immanente al recurso mismo³⁰, bien por ciertas limitaciones para su interposición en relación a la importancia de la pena impuesta o del agravio sufrido.

Por supuesto, pertenece también a estas modificaciones del recurso, para tornarlo compatible con la garantía, eliminar la excesiva formalización que los tribunales de casación exigen para el planteo del recurso, de manera tal de “ordinarizarlo” en relación a las exigencias que lo tornan procedente³¹. Una reforma correcta de esa reglamentación debería permitir al tribunal de casación, antes de declarar improcedente el recurso por razones meramente formales, advertir al recurrente acerca de las deficiencias del planteo, para que lo complete convenientemente antes de decidir sobre su procedencia. Ello supone que el recurso ha sido ofrecido dentro del tiempo hábil para evitar que la condena quede firme y para provocar el conocimiento del tribunal, y, además, que, apreciados liminarmente sus motivos, ellos permitan, de ser explicados convenientemente, acceder a la vía recursiva.

La misma Comisión IDH, en su Informe 24/92, ha acentuado, precisamente, que el recurso de casación, *desprovisto de formalismos exagerados* que impidan al recurrente acceder al recurso fácilmente, resulta idóneo para cumplir la exigencia del art. 8.2.h, de la CADH³².

³⁰ Cf. DAHS, Hans, *Die Revision im Strafprozeß*, 5ª ed., Ed. Beck, Munich, 1993, p. 3.

³¹ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica expresó por primera vez esta necesidad, en los términos que después reprodujo el Informe de la Comisión IDH (ver nota n° 28): votos n° 282-90, 719-90 y 1731-91.

³² Ver su texto en nota al pie n° 26.

El segundo problema, relativo a aquello que, entre nosotros, ha dado en llamarse “limitaciones objetivas” al recurso de casación es, sin duda, más arduo y urgente, porque la ley, directamente, ha desconocido la garantía al impedir, de manera absoluta, el recurso del condenado contra aquellas sentencias que condenan a una pena conceptuada como leve³³, sentencias que, de esa manera, quedan firmes cuando las pronuncia el tribunal de juicio.

Según la opinión hasta aquí expuesta, tales limitaciones, confesadamente fundadas en razones de economía y de sobrecarga de trabajo del tribunal³⁴, en tanto impiden al condenado y a su defensor recurrir a la sentencia condenatoria, resultan contrarias a la garantía prevista en las convenciones internacionales estudiadas.

IV. Conclusión

Frente a todos los problemas que entran en consideración para darle contenido a la garantía del “derecho al recurso” del condenado a raíz de una sentencia emanada de un juicio público, la reforma del estatuto procesal debe partir de las siguientes bases.

I. Contra la sentencia de los tribunales de juicio, la ley no debe conceder recurso al acusador: allí termina la posibilidad del acusador de obtener una condena y ella, en caso de que resulte del juicio, constituye el límite máximo de la reacción penal estatal. Ello permitirá, en primer lugar, estructurar el recurso como una garantía procesal del condenado, según lo manda el texto de las convenciones examinadas, y, en segundo lugar, permitirá ajustar el texto de la ley a la correcta observancia material de dos principios caros para el enjuiciamiento penal, la prohibición de la

³³ Un ejemplo extraído de la legislación argentina: CPP Nación, 459: en el juicio correccional, cuyo tribunal es unipersonal (juez correccional), no son recurribles las condenas de seis meses de prisión, un año de inhabilitación o cien mil australes de multa, o inferiores a esas penas; en el juicio criminal, cuyo tribunal es colegiado (tres jueces), no son recurribles las condenas de tres años de prisión, doscientos mil australes de multa o cinco años de inhabilitación, o que fijan una pena inferior a esas. Sobre la difícil interpretación de esas limitaciones y los errores que cometen los tribunales al interpretarlas –de paso: sobre la irracionalidad de la discriminación en relación a la “igualdad ante la ley”–, SANCINETTI, Marcelo, *La interpretación menos irrazonable del art. 459 del CPP Nación*, en *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, ps. 57 y siguientes.

³⁴ Ver Exposición de motivos CPP Nación, *Casación*: “por razones de economía y orden práctico”.

múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) y la prohibición de la *reformatio in peius*. Por lo demás, esta es la única manera de acoger los argumentos políticos que fundan la reducción del recurso contra la sentencia, la economía de medios y la razón práctica frente a recursos judiciales limitados, esto es, la única manera de efectuar una discriminación racional sin atacar sustancialmente la garantía de la “igualdad ante la ley”.

II. Contra la sentencia de condena o contra aquella que impone una medida de seguridad y corrección, dictada por los tribunales de juicio, debe concederse al imputado un recurso accesible, desprovisto de rigorismos formales absolutos que provoquen su rechazo *in limine*, sin posibilidad alguna de corrección y auxilio del tribunal que lo juzga para ello. El recurso de casación es idóneo como remedio, con una ampliación significativa de su objeto, consistente en la incorporación de todos los motivos que autorizan la revisión, la posibilidad de incorporar hechos nuevos o elementos de prueba nuevos, conocidos después de la audiencia del debate e, incluso, demostrar la falsa percepción sustancial por parte del tribunal de aquéllos valorados por la sentencia, que tornen írrito el fallo. Consecuentemente, se debe admitir la posibilidad de incorporar prueba en la audiencia del recurso, que demuestre los extremos citados o la conducta procesal contraria al estatuto procesal del tribunal de juicio.

III. Si el recurso del condenado logra verificar como probables los errores que enrostra al fallo, conseguirá la decisión del tribunal del recurso que ordena un nuevo juicio (de *reenvío*³⁵, total o parcial, según el objeto del recurso y la decisión del tribunal); si el nuevo debate no confirma la condena y, por tanto, arriba a una absolución, ella regirá como solución final, pues la condena original no consiguió la doble conformidad; si el nuevo debate concluye otra vez en condena, que confirma la originaria o es más benigna que ella (únicas hipótesis posibles conforme a la prohibición de la *reformatio in peius*), existirá la doble conformidad y será ejecutable, en su caso, la condena más benigna para el condenado.

En cambio, si el recurso del condenado no prospera, pues el tribunal del recurso no verifica los errores invocados por el recurrente o, jurídicamente, no los considera errores, la condena habrá obtenido la doble conformidad y será ejecutable.

³⁵ Es posible pensar en el recurso sin reenvío, que sólo funciona para casos excepcionales, relativos a motivos de *casación material* (interpretación del Derecho penal), cuando a raíz de la corrección del vicio se arriba a una absolución. En materia penal el hecho de la determinación de la pena, para cuya fijación el tribunal del recurso carece de base, impide la casación sin reenvío, cuando, a raíz de la interpretación de las normas penales, el tribunal del recurso corrige la condena.

El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos

Alberto Bovino

I. Introducción

1) El origen

Hace ya dos siglos, las revoluciones ciudadanas intentaron quebrar las atroces prácticas del viejo sistema de justicia penal y fundar un nuevo régimen de gobierno y de justicia sobre pautas más racionales, igualitarias y justas. En este contexto, la imaginación ilustrada pergeñó el principio de inocencia como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha. Se suponía que esta valla resultaría capaz de lograr que el Estado sólo pudiera imponer castigo a los individuos luego de realizar un juicio previo, frente a los ojos del público, con las debidas garantías, tendiente a asegurar que no se impondría una sanción penal a menos que se hubiera producido prueba suficiente para demostrar con certeza la culpabilidad del individuo acusado penalmente.

Como producto de la influencia de este movimiento político, los países de América Latina adoptaron como principios fundamentales de su organización jurídica, en sus textos constitucionales, tanto la protección genérica de la libertad ambulatoria cuanto el reconocimiento del principio de inocencia. En consecuencia, las constituciones plasmaron, ya en el siglo pasado, los principios esenciales del moderno Estado liberal. La Constitución Nacional argentina, por ejemplo, dispuso en 1853: “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...” (art. 18).

A partir de mediados de este siglo, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos también dedicó especial protección a la libertad ambulatoria y al estado jurídico de inocencia, combinando ambos principios para reforzar la necesidad de establecer el derecho de toda persona a gozar de su libertad durante el proceso penal.

2) La situación

A pesar del reconocimiento de estas garantías en el ámbito normativo de mayor jerarquía –esto es, en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos–, tanto las prácticas cotidianas de la justicia penal como la regulación legislativa del procedimiento penal de los países de América Latina se han impuesto en nuestra realidad. Estas circunstancias, continuadoras de una acendrada tradición autoritaria y manifiestamente antiliberal, heredada de la cultura colonial hispánica, han impedido, de hecho, toda posibilidad de lograr el respeto efectivo de la garantía de libertad y del principio de inocencia. Según los estudios empíricos, nuestros países recurren, como *regla*, al encarcelamiento supuestamente cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada.

Las estudios estadísticos de la población carcelaria señalan, de modo incontrovertible, la existencia, la magnitud y la gravedad del problema del abuso del encarcelamiento preventivo y exponen las desmedidas tasas de presos sin condena. Hasta hace algunos años, en los países de América Latina con sistema jurídico continental europeo, más del 60% de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a detención preventiva. Es decir que, de cada cien individuos en prisión, más de 60 eran procesados y, en consecuencia, jurídicamente inocentes. Nueve años después de la investigación que arrojava estas cifras, el porcentaje subió a un 65%¹. Una investigación más reciente aún (1993-1995) demuestra que este porcentaje no ha variado sustancialmente en los últimos años. El autor de este estudio advierte, además, que las cifras pueden ser aún mayores, pues ellas sólo incluyen a aquellos presos que han ingresado formalmente al sistema penitenciario mientras que, en los hechos, el número total de personas sometidas a otras formas de detención es muchísimo más elevado².

¹ Cf. CARRANZA, MORA, HOUED Y ZAFFARONI, *El “preso sin condena” en América Latina y el Caribe*, ps. 643 y siguientes.

² Al respecto, se pone de manifiesto que: “Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad –a veces por períodos de tiempo larguísimos, de años– alojados en dependencias policiales” (cf. CARRANZA, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, p. 9). El estudio citado señala como ejemplo las cifras de la provincia de Buenos Aires (Argentina), con 9.427 presos en el sistema penitenciario formal y 7.000 presos en dependencias policiales al 31/12/93, y las cifras de Nicaragua, con 3.470 presos declarados en el sistema penitenciario y 2.500 presos en dependencias policiales al 30/6/95 (p. 9).

El problema del abuso del encarcelamiento preventivo, además, resulta agravado significativamente por un problema adicional: las pésimas condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes. Las terribles e inhumanas condiciones de nuestras prisiones, en las que se cumple el encierro cautelar o procesal, son tan evidentes que ni siquiera requieren demostración alguna a través de estudios científicos que la corroboren. El profundo deterioro de nuestros sistemas penitenciarios es de tal magnitud que puede ser percibido por cualquier observador que se limite a prestarle un mínimo de atención.

3) El sistema de protección internacional

El desarrollo histórico del derecho procesal penal latinoamericano especialmente referido al tema del encarcelamiento preventivo³ pone de manifiesto las reducidas posibilidades del derecho interno para revertir la gravísima situación determinada por la persistencia generalizada de prácticas que vulneran el principio de inocencia. En consecuencia, hoy, más que nunca, resulta imperativo determinar los posibles beneficios que pueden derivar de la utilización del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

El sistema internacional puede contribuir de dos maneras diferentes en la solución del problema de los presos sin condena. En cualquier caso concreto, la petición o denuncia individual, formulada ante los órganos internacionales de protección, permite reclamar el cese de la violación al principio de inocencia y exigir tanto el respeto efectivo de los derechos de la persona afectada como la adecuada reparación del daño causado por el acto lesivo atribuido al Estado. En el sistema interamericano, por ejemplo, se puede presentar una petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH–⁴. En segundo término,

³ Es importante destacar que aun en aquellos países como Guatemala o El Salvador, que cuentan con modelos de enjuiciamiento penal modernos y recientes, subsiste una regulación represiva e inquisitiva de la detención procesal. En Guatemala, las reglas de la prisión preventiva –originariamente adecuadas a las exigencias del Estado de derecho– fueron modificadas por el poder legislativo en sentido contrario a la protección de la libertad del imputado. Sobre el régimen legal previsto inicialmente, en el Decreto Legislativo n° 51/92, cf. BOVINO, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, cap. I, ps. 37 y siguientes.

En El Salvador, el régimen de la privación de libertad cautelar previsto en el proyecto original fue alterado significativamente durante el trámite de aprobación legislativo (ver su regulación en los arts. 285 y ss. del nuevo CPP El Salvador (Decreto Legislativo n° 904, 4/12/96).

⁴ Sobre el sistema de peticiones en el sistema interamericano, cf. PINTO, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

se debe tener en cuenta que la doctrina elaborada en las resoluciones de los órganos de aplicación e interpretación del sistema internacional de protección permite desarrollar y establecer estándares, principios y criterios normativos referidos al derecho internacional de los derechos humanos que, en principio, resultan de aplicación obligatoria en el ámbito del derecho interno.

Las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, en este sentido, revisten extrema importancia en relación al principio de inocencia. Estas reglas contienen una serie de exigencias específicas que deben ser respetadas por los Estados ante toda privación de libertad⁵. Este deber atribuido a los Estados, cuyo cumplimiento es exigible, deriva del carácter obligatorio y vinculante de ciertos instrumentos jurídicos internacionales destinados a proteger derechos inherentes al ser humano considerados fundamentales (v. gr., declaraciones, convenciones, pactos)⁶.

Los instrumentos vinculantes, por otro lado, suelen ser complementados por determinados documentos, que contienen diversas reglas y principios, pero que no son obligatorios *per se*⁷. Dada la importancia concedi-

⁵ En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha destacado que “el Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones” (Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88, Serie C, n° 4, párrafo 134).

En consecuencia, el mismo tribunal ha determinado que, “al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana”, 24/9/82, Serie A, n° 2, párrafo 27).

⁶ Los tratados internacionales de derechos humanos son instrumentos que se caracterizan por proteger una clase especial de derechos: “los derechos humanos pueden definirse como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual... y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte” (cf. FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, p. 21).

Sobre las exigencias propias de los instrumentos jurídicos internacionales de carácter obligatorio, cf. PINTO, *Temas de derechos humanos*, caps. III y IV, ps. 33 y siguientes.

⁷ Las disposiciones de este tipo de instrumentos pueden, de hecho, resultar exigibles para los Estados. Ello sucede, por ejemplo, cuando tales disposiciones son utilizadas por los órganos internacionales de protección como criterios de interpretación de las

da a la protección de la libertad en el derecho internacional, como también a la consideración de la situación de las personas sometidas a persecución penal, existen numerosos instrumentos internacionales que contienen disposiciones aplicables a la situación de los presos sin condena. Algunos de ellos se refieren específicamente a la situación de las personas detenidas. Así, por ejemplo, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁸, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos⁹, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁰ y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad¹¹. Otros instrumentos de este tipo, en cambio, se refieren a cuestiones diferentes, pero contienen algunas reglas o principios vinculados de algún modo con el régimen de la detención preventiva. Entre ellos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)¹², las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)¹³, y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)¹⁴.

obligaciones y deberes impuestas en instrumentos de carácter vinculante. De esta manera, estas disposiciones determinan, en la práctica, el alcance, significado y contenido de las cláusulas de los instrumentos internacionales que sí revisten carácter obligatorio para el Estado.

Si bien puede resultar difícil determinar el grado de relevancia jurídica de estas normas internacionales, se acepta el carácter vinculante de algunas de ellas. En consecuencia, se señala que: "Los instrumentos de derechos humanos de carácter no contractual incluyen, además de las declaraciones, otros instrumentos denominados reglas mínimas, principios básicos, recomendaciones, o códigos de conducta. La obligatoriedad de tales instrumentos no depende de su nombre sino de una serie de factores..." (cf. O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 18).

⁸ Informe del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,

⁹ Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 14/12/90.

¹⁰ Resolución 43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 9/12/88.

¹¹ Resolución 45/113 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 14/12/90.

¹² Resolución 40/33 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 29/11/85.

¹³ Resolución 45/112 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 14/12/90.

¹⁴ Resolución 45/110 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 14/12/90.

4) El objeto de este trabajo

El derecho internacional de los derechos humanos, en diversos instrumentos, contiene cuatro grupos de exigencias referidas al encarcelamiento preventivo de personas adultas. Ellos son: a) requisitos sustantivos que autorizan la detención; b) control judicial de la detención; c) condiciones materiales de cumplimiento de la privación de libertad; y d) limitación temporal del encarcelamiento procesal*. Existen, también, exigencias específicas referidas a la privación de libertad de niños y adolescentes. En este trabajo, nos limitaremos exclusivamente al primer grupo de exigencias, esto es, a los requisitos sustantivos o materiales que constituyen los presupuestos de legitimidad de la facultad estatal de privar de la libertad a personas inocentes.

Sin embargo, es importante señalar el contenido e importancia de las demás exigencias que, aunque no serán desarrolladas en este trabajo, merecen, necesariamente, un tratamiento exhaustivo e independiente. La obligación referida al control judicial de la detención, por ejemplo, implica la consideración de los siguientes puntos: a) los fundamentos del control judicial, la verificación judicial de los presupuestos fácticos del caso, y el control judicial de la validez jurídica de las reglas legales que autorizan la detención cautelar; b) las medidas legales aplicables al arresto, a la detención y al encarcelamiento preventivo; c) los requisitos y el contenido de la obligación de notificar la imputación y las razones de la detención a la persona privada de libertad; d) la extensión y el significado de la obligación estatal de proporcionar asistencia legal a toda persona detenida; e) la exigencia de control por parte de un tribunal imparcial, su fundamento normativo, la relación entre principio acusatorio imparcialidad, el problema de los efectos que derivan del dictado de oficio de la prisión preventiva respecto a la imparcialidad; y f) el derecho a recurrir las medidas de coerción, los efectos de los recursos sobre la ejecución de las medidas de coerción.

El tema de la exigencia de control judicial de la detención, muchas veces considerado una cuestión menor, resulta esencial para poder provocar cambios significativos en el régimen de la prisión preventiva. El respeto de las exigencias sustantivas que analizaremos en este trabajo dependen directamente de la regulación del sistema de control atribuido a los jueces. El control judicial de la detención depende, en gran medida, del respeto efectivo de un principio muy particular: la garantía de imparcialidad. La especificidad de esta garantía consiste en que ella opera como una meta-garantía, es decir, como presupuesto de operación de las demás garantías

* N. del comp.: sobre el plazo razonable de los procesos internos ver, en este mismo ejemplar, ALBANESE, Susana, *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*.

del debido proceso¹⁵. Las circunstancias que afectan el principio de imparcialidad tienen la particularidad de reducir significativamente las posibilidades de realización de los demás principios propios del concepto de debido proceso. Sin cumplir la exigencia de imparcialidad judicial, se reducen drásticamente las probabilidades de obtener el respeto efectivo de los demás aspectos del debido proceso. En conclusión, tanto la garantía de imparcialidad como los demás requisitos derivados de la exigencia del control judicial de la detención constituyen presupuestos de inmensa relevancia para posibilitar una aplicación efectiva y racional de los requisitos sustantivos del encarcelamiento cautelar.

En este trabajo nos limitaremos al tratamiento del primer grupo de exigencias, esto es, de los requisitos sustantivos que deben ser verificados por el órgano encargado de realizar el control judicial imprescindible para autorizar toda privación de libertad de una persona adulta que aún no ha sido condenada.

En esta tarea, es esencial recordar que las pautas del derecho internacional que analizaremos no constituyen simples recomendaciones o sugerencias, cuya aplicación dependa de la voluntad discrecional de los Estados. Se trata, por el contrario, de criterios, exigencias y principios obligatorios, contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos, que imponen deberes concretos a todos los órganos del Estado. Por ello, los órganos estatales se hallan sometidos a la obligación de cumplir con tales deberes. La obligación comprende a todos los órganos públicos que de cualquier modo intervengan en el proceso de regulación, aplicación o ejecución del encarcelamiento preventivo. En consecuencia, estas exigencias obligan, al menos, al poder legislativo, a las fuerzas de seguridad, al ministerio público, al servicio penitenciario y, especialmente, a los tribunales de la justicia penal.

5) Los deberes de los jueces penales

Los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano de cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial,

¹⁵ Sobre el significado y la importancia de la garantía de imparcialidad desde el punto de vista de la doctrina más moderna, cf. ÁLVAREZ, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*.

exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima. La detención será ilegítima en la medida en que no cumpla con todas y cada una de las exigencias jurídicas formales y materiales propias del encarcelamiento preventivo.

Si los tribunales no asumen esta obligación, no sólo incumplen con uno de los deberes esenciales de la función judicial sino que, además, resultan responsables directos, a través de sus resoluciones, del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, capaz de generar la atribución de responsabilidad internacional. Es tarea propia de la función judicial la de resolver las controversias y peticiones planteadas por las partes en el marco del procedimiento, la de controlar el respeto de las reglas formales y, principalmente, en el ámbito de la justicia penal, la de proteger los derechos fundamentales del imputado que toda persecución penal afecta o pone en peligro. Este deber atribuido al poder judicial exige, por supuesto, el control de la legitimidad de toda disposición normativa –v. gr., leyes, reglamentaciones administrativas– o acto jurídico –v. gr., orden de detención, aprehensión– emanado de los demás poderes del Estado.

Para cumplir adecuadamente su función de protección de los derechos fundamentales de las personas, los tribunales deben reconocer y respetar la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, aun del derecho constitucional*¹⁶. En consecuencia, los jueces penales tienen el deber de omitir la aplicación de toda disposición jurídica del derecho interno que represente una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. También están obligados a aplicar directamente todas las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que contengan exigencias referidas a la detención procesal, aun cuando tales exigencias no estén previstas expresamente en el derecho interno.

Un buen ejemplo de la influencia positiva que puede producir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los tribunales penales respecto del tratamiento del encarcelamiento preventivo lo constituye el caso de Costa Rica. Este país contaba con un 47,40% de presos sin condena en 1981. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzan-

* N. del comp.: También ver, en este mismo ejemplar, Parte I.

¹⁶ Sobre esta cuestión, cf., entre otros, DULITZKY, *Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano*; PINTO, *Temas de derechos humanos*, cap. V, ps. 63 y ss.; BRUNI CELLI, *El valor de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el derecho interno*.

do porcentajes inferiores al 20% en 1992, 1993 y 1994¹⁷. Si bien se ha señalado con preocupación la tendencia, posterior a la de los años citados, al aumento de los porcentajes de presos sin condena, también es cierto que se admite que el “Poder Judicial costarricense ha hecho significativos esfuerzos por reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva”. Entre los factores más importantes que han contribuido a la disminución de las tasas de presos sin condena, se señala la “intervención” de la Sala Constitucional sobre la jurisdicción penal, que determinó el cambio de “una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas”¹⁸. Es interesante señalar el reconocimiento de los propios jueces penales de la cuota de responsabilidad que les correspondió en el desencadenamiento del proceso protagonizado por la Sala Constitucional: “Desde luego que esa intervención nos la ganamos los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulaban la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la Constitución Política y las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos”¹⁹.

II. El principio de inocencia

1) El significado del principio

El “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. Este principio fundamental del Estado de derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal.

Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una *sentencia condenatoria firme* que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos. Por ello, el imputado, a pesar de ser sometido a persecución penal, debe recibir un tratamiento distinto al de las personas condenadas. En este sentido, la CIDH ha esta-

¹⁷ En 1992 el porcentaje fue del 14,7%; en 1993, del 14,5%; y en 1994, del 18,5% (cf. Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, p. 1).

¹⁸ Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, p. 1

¹⁹ Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, p. 1

blecido, al decidir un caso: “Este principio construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que ‘la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado’”²⁰.

La exigencia impide que se trate como culpable a la persona sólo sospechada de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena. “Según se observa, la afirmación emerge directamente de la necesidad del *juicio previo*... De allí que se afirme que *el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso* o que *los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa*”²¹.

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en cambio, en atribuir a toda persona un *estado jurídico* que exige el trato de inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea, realmente, culpable o inocente por el hecho que se le atribuye. Los términos “presumir inocente”, “reputar inocente” o “no considerar culpable”, “significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un ‘juicio previo’ para infligir una pena a una persona”²².

2) La regulación del principio en el derecho positivo

La obligación de respetar el estado jurídico de inocencia surge de diversos instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, n° 1, dispone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El Pacto Interna-

²⁰ CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Argentina*, Caso “Guillermo José Maqueda”, p. 746, con cita textual de MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1b, p. 257.

²¹ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 490 y s. (destacado en el original).

²² MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 491.

cional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, n° 2, prevé: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. En las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, art. 84, se establece que “El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia” (n° 2), y que los no condenados “gozarán de un régimen especial” que se define en otras disposiciones (n° 3). El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone: “Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa” (principio 36, n° 1), y también que “Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas” (principio 8).

La CIDH entiende que el principio de inocencia obliga al Estado a demostrar la culpabilidad del imputado respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad. Agrega que conforme a “las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”²³. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha desarrollado el sentido de la presunción contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los términos siguientes: “En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”²⁴.

El reconocimiento del principio no ofrece problemas en el derecho interno. El derecho constitucional comparado considera al principio como una de las reglas fundamentales del Estado de derecho. La Constitución de Guatemala, por ejemplo, establece en su art. 14 que: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”. La Constitución de Costa Rica, por su parte, dispone en su art. 39 que: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sen-

²³ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 46.

²⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General 13*, párrafo 7.

tencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

3) El contenido del principio de inocencia

Las consecuencias del principio de inocencia son varias. En primer lugar, éste exige la realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del imputado. A pesar de que los autores suelen tratar a la garantía de juicio previo como una garantía independiente del principio de inocencia, consideramos que la exigencia de juicio previo es una de sus derivaciones. El texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en este sentido, parece expresar este punto de vista. Su art. 11, n° 1, dispone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Una segunda exigencia derivada del principio de inocencia es expresada por el aforismo *in dubio pro reo*, que requiere que la sentencia de condena y la aplicación de una sanción penal esté fundada en la certeza del tribunal que resuelve el caso acerca de la responsabilidad penal del imputado. Por ello, se señala que “la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución”²⁵.

La tercera derivación del principio de inocencia consiste en la atribución de la carga de la prueba al órgano acusador, exigencia que se denomina *onus probandi*. Dado que el estado de inocencia opera como un escudo que protege al imputado, le corresponde al acusador –particular o estatal– la tarea de presentar elementos de prueba que demuestren con certeza los presupuestos de la responsabilidad penal del imputado. Ello porque “el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible”²⁶.

El cuarto aspecto derivado del principio de inocencia exige que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del proceso. La consecuencia más importante de este derecho a ser tratado como inocente

²⁵ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 495.

²⁶ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 507.

te consiste en el reconocimiento del *derecho a permanecer en libertad* durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso de la coerción del Estado en el marco del procedimiento penal. Para que no se vulnere el principio de inocencia, la aplicación concreta de las medidas de coerción procesal debe, ineludiblemente, cumplir con una serie de requisitos y condiciones que determinan su legitimidad.

4) Prisión preventiva y principio de inocencia

Es este cuarto aspecto al que dedicaremos nuestra atención, pues su importancia es de tal magnitud que de su efectivo cumplimiento depende el sentido que pueden adquirir otros principios fundamentales del procedimiento penal. Esta importancia ha sido destacada por Pastor en precisa síntesis: “En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho”²⁷.

Se sostiene que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder penal del Estado. La sanción penal sólo puede ser impuesta luego de la sentencia condenatoria firme, pues hasta ese momento rige el principio de inocencia, es decir que las personas no pueden ser privadas de su libertad anticipadamente. Sin embargo, el encarcelamiento preventivo conculca de modo inevitable esas garantías: “El encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica, como pena anticipada... Gracias a ello el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria”²⁸.

Si bien la negligencia en la investigación y persecución de ciertos hechos punibles particularmente graves constituye una violación de las obligaciones internacionales que el Estado ha asumido, también es cierto que, como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH– en los casos “Velásquez Rodríguez” y “Godínez Cruz”, en una sociedad democrática, los derechos humanos suponen un equilibrio funcional entre el ejercicio del poder del Estado y el margen mínimo de libertad al que pueden aspirar sus ciudadanos²⁹.

En este sentido, la Corte IDH ha sido clara respecto a los límites que supone el ejercicio del poder penal del Estado:

²⁷ PASTOR, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, p. 286.

²⁸ PASTOR, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, ps. 286 y siguiente.

²⁹ Citados por FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, ps. 23 y siguiente.

“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”³⁰.

Esta obligación del Estado exige el respeto del derecho a la libertad personal de toda persona jurídicamente inocente, incluso de quien se halla sometido a persecución penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación. Se trata de proteger al individuo de la acción del poder estatal. Por ello, resulta acertada la afirmación de FAÚNDEZ LEDESMA: “De manera que sugerir que el Derecho de los derechos humanos es un conjunto de garantías del delincuente, para que éste se sienta seguro y pueda actuar impunemente, más que una tergiversación abusiva del lenguaje y las instituciones, es una insensatez. La función del Derecho de los derechos humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el respeto inherente a su dignidad”³¹.

Frente a la situación actual de los presos sin condena en América Latina, y al peligro que implica el abuso del encarcelamiento preventivo para las personas sometidas a persecución penal, es importante analizar cuáles son los principios, requisitos y límites sustantivos aplicables a la regulación de la prisión procesal según el derecho internacional vigente. A partir de aquí nos ocuparemos de todas las condiciones sustantivas que deben ser verificadas para autorizar el uso legítimo de la privación de libertad procesal.

III. Fin procesal de la privación de libertad

1) La exigencia del fin procesal de la detención

Para respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta, en *todo* momento y para *todos* los casos³², que no se puede otorgar fi-

³⁰ Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, 29/7/88, Serie C, n° 4, párrafo 154.

³¹ FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, p. 27.

³² El principio de inocencia rige por igual en todos los casos y para todas las personas. Por ello, el principio no puede ser ignorado para cierto tipo de casos o figuras de-

nes materiales –sustantivos– a la privación de libertad procesal o cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena (*v. gr.*, impedir que el imputado cometa un nuevo delito). La detención preventiva, como *medida cautelar*, sólo puede tener *finés procesales*. El carácter procesal de la detención significa que la coerción (la privación de libertad) se utiliza para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”³³. Se trata, en consecuencia, de lograr que el proceso penal se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelve el aspecto sustantivo del caso.

Según CAFFERATA NORES, la “característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva”³⁴.

La exigencia implica que sólo se permite recurrir a la detención cautelar para garantizar la realización de los fines que persigue el proceso penal, y no para perseguir una finalidad que sólo puede ser atribuida a la coerción material o sustantiva (la pena). En consecuencia, sólo se puede autorizar la privación de libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso (y nada más que ellos). Por ende, resulta completamente *ilegítimo* detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del derecho penal *material*), o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no están dirigidos a realizar la finalidad procesal del encarcelamiento preventivo y, por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la necesidad de la detención preventiva.

lictivas, aun cuando se trate de situaciones de emergencia –*v. gr.*, terrorismo– o de delitos de suma gravedad. En este sentido, la CIDH ha criticado la excepción contemplada en la ley argentina de limitación temporal al encarcelamiento preventivo referida a delitos de narcotráfico, como mecanismo que menoscaba la presunción de inocencia e impone un castigo anticipado (cf. CIDH, Informe n° 2/97, Casos 11.205 y otros, Argentina, párr. 51).

³³ Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 475.

³⁴ CAFFERATA NORES, *Medidas de coerción en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, p. 3.

Esta única finalidad procesal que justifica la detención cautelar no sólo surge como consecuencia necesaria del significado del principio de inocencia, sino también, y especialmente, del contenido literal de algunas cláusulas de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, tanto el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“... Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” [art. 7, n° 5]) como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“... su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” [art. 9, n° 3]) son claros al establecer un único propósito legítimo para el encarcelamiento cautelar. La detención anterior a la sentencia condenatoria, entonces, sólo resulta legítima, según el contenido literal de ambos instrumentos internacionales, en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del imputado al procedimiento penal abierto en su contra. Toda detención que persiga otros fines, por ende, se torna una detención ilegítima. Esta exigencia impide, por ejemplo, el uso material del encarcelamiento cautelar: “sea como fuere, las personas en régimen de prisión preventiva no podrán ser objeto de ‘castigos’”³⁵.

Se obliga al Estado a no utilizar la prisión preventiva como imposición anticipada de la sanción penal y a evitar una “interpretación sustantivista de la prisión preventiva”³⁶. En este sentido, el art. 4 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso³⁷ dispone: “La detención o la prisión provisional *no son penas* ni deberán emplearse *nunca* para lograr fines que legítimamente corresponden al ámbito de las sanciones penales” (destacado agregado). Se considera que las disposiciones de este instrumento constituyen una valiosa fuente de interpretación sobre el alcance y contenido de los derechos vinculados a la libertad personal contenidos en otros instrumentos internacionales³⁸.

En consecuencia, hoy se afirma de modo unánime que la coerción procesal sólo tiende a proteger la realización de fines procesales, que, se agrega, pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes: a) cuan-

³⁵ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 10.

³⁶ Cf. PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, p. 51.

³⁷ Instrumento elaborado en 1962 por un comité técnico de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Cf. O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 134.

³⁸ Cf. O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 134.

do el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad –entorpecimiento de la investigación objeto del proceso–; y b) cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho penal material –peligro de fuga–.

2) Supuestos de peligro procesal

Para disponer el encarcelamiento preventivo, el riesgo supuesto debe ser sometido a verificación concreta que permita afirmar fundadamente la existencia de peligro procesal. Además, y conforme al principio de excepcionalidad, la posibilidad de ordenar la detención se halla supeditada a la condición de que el peligro concreto no pueda ser neutralizado con medidas cautelares menos graves³⁹. Por ello, si “hay indicios de criminalidad, pero está segura la presencia del imputado y la no afectación del desarrollo del proceso, puede decretarse una medida sustitutiva o dejarse al imputado en libertad simple o bajo promesa”⁴⁰.

Según la doctrina procesal e internacional mayoritaria, los dos únicos supuestos de peligro procesal que autorizan la imposición del encierro preventivo han sido expresamente incorporados en el art. 5 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, que admite el encarcelamiento procesal sólo “cuando existan razones para presumir que si se le dejare en libertad [el imputado] se sustraería a la acción de la justicia u obstaculizaría la marcha de la investigación”. El principio 36 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone, por su parte, que la detención preventiva es posible sólo “cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia...”.

El reconocimiento de estos dos supuestos deriva de los fines asignados al proceso penal: la averiguación de la verdad y la aplicación o realización del derecho penal sustantivo. Si la coerción procesal se orienta a alcanzar

³⁹ Ver, por ej., el CPP Guatemala, art. 264, párrafo I, que dispone: “Siempre que [esos peligros] puedan ser razonablemente evitados por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, podrá imponerle...” medidas sustitutivas del encarcelamiento, e incluso, prescindir de toda medida de coerción.

⁴⁰ Cf. BARRIENTOS PELLEGER, *Derecho procesal penal guatemalteco*, p. 86.

los fines del procedimiento, dos tipos de situaciones justifican la privación de libertad anticipada: a) todo comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad, es decir, que represente una obstaculización ilegítima de la investigación (por ej., amenazar testigos, destruir ilegalmente elementos de prueba, etc.); y b) toda circunstancia que ponga en peligro la eventual aplicación efectiva de la sanción punitiva prevista en el derecho penal sustantivo (por ej., la posibilidad de una fuga). Ambos supuestos no sólo son reconocidos por la doctrina, sino también recogidos en instrumentos internacionales, legislación interna, resoluciones judiciales y jurisprudencia de órganos internacionales.

En este sentido, la CIDH ha decidido que el “objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”⁴¹. La decisión añade que la detención no puede fundarse “en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social”⁴². En cuanto a la verificación del peligro procesal, la Comisión Interamericana “considera que en la evaluación de la conducta futura del inculpado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad”, y que el encarcelamiento “debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad... El interés del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta”⁴³. Se destacó, además, que el hecho de fundar la detención en los antecedentes penales del imputado implicaba recurrir a circunstancias que no tenían relación alguna con el caso, y que la consideración de los antecedentes vulneraba claramente el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación⁴⁴.

A pesar de la racionalidad de la limitación de los fines procesales a los dos supuestos enunciados, existen instrumentos y órganos del sistema internacional que prevén un supuesto adicional. La Resolución 17, por

⁴¹ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 48.

⁴² CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 49.

⁴³ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 50.

⁴⁴ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, ps. 50 y 51.

ejemplo, aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente enunció el siguiente principio, que reconoce ambos supuestos e, inexplicablemente, añade un supuesto sustantivo: “Sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o *que cometerán otros delitos graves*, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se les deja en libertad” (destacado agregado). En idénticos términos, se afirma que tanto la prisión preventiva como sus condiciones de cumplimiento se aplican “únicamente para cerciorarse de que [los imputados] comparecerán en el juicio, de que no podrán alterar las pruebas y de que no podrán *cometer otros delitos*” (destacado agregado)⁴⁵. En cuanto a la jurisprudencia de los órganos del sistema internacional, la doctrina del Comité de Derechos Humanos, en el mismo sentido, dispone que sólo debe recurrirse a la prisión preventiva cuando sea necesaria “para impedir la fuga, la alteración de pruebas o *la reincidencia en el delito*” (destacado agregado)⁴⁶. Por ello, “una autoridad judicial sólo debe ordenar la prisión preventiva cuando haya pruebas suficientes de que el acusado huirá probablemente antes del juicio o alterará las pruebas, o cuando presente *un peligro para la comunidad*” (destacado agregado)⁴⁷.

Este tercer motivo es francamente ilegítimo, pues se trata de un fin sustantivo –impedir la comisión de futuros delitos– que sólo puede perseguirse una vez obtenida la condena. Se trata del fin preventivo-especial de la sanción penal. El Estado sólo puede perseguir los fines materiales asignados a la sanción penal, exclusivamente, luego de obtener una sentencia condenatoria que destruya el estado jurídico de inocencia del imputado. Sin el pronunciamiento de una condena, el principio de inocencia impide, de manera absoluta, la privación de libertad del imputado dirigida a la realización de fines punitivos o materiales propios de la pena, esto es, de la coerción material o sustantiva prevista en la ley penal. Si se admitiera este tercer motivo, se vaciaría de contenido y de sentido al principio de inocencia. En efecto, si el Estado pudiera aplicar medidas de coerción sustantivas antes de la decisión condenatoria, el principio de inocencia carecería de relevancia, pues eso es, precisamente, lo que él prohíbe. Esa posibilidad, por otra parte, eliminaría todo interés del Estado en obtener la

⁴⁵ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 10.

⁴⁶ “Hugo van Alphen contra Países Bajos” (305/1988), 23/7/90.

⁴⁷ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 18.

solución final del caso, pues podría, desde el inicio de la persecución, aplicar coerción material (pena con fin preventivo) sobre el imputado.

Se debe destacar, también, que las tendencias más recientes marchan en dirección contraria, pues sólo admiten un único supuesto legítimo de peligro procesal. Así, se ha cuestionado la legitimidad del supuesto de peligro de entorpecimiento de la investigación. SAN MARTÍN afirma que, en realidad, el encarcelamiento preventivo sólo puede ser justificado para asegurar la comparecencia del imputado al proceso –supuesto de peligro de fuga–, pues los tratados internacionales, que sólo mencionan esa posibilidad, restringen la facultad estatal de encarcelar anticipadamente, de modo exclusivo, a la realización de esa única finalidad y, además, pues esos instrumentos no contienen referencia alguna al supuesto de entorpecimiento u obstaculización de la averiguación de la verdad. El autor señala que, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7, n° 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9, n° 3) autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”⁴⁸.

En apoyo de esta posición, se señala que la “vigencia irrestricta de las tareas de averiguar la verdad [asignada al proceso penal]... ha ingresado ya en su fase terminal. Las nuevas elaboraciones, sobre todo en el ámbito europeo, presentan ya una tendencia reformista imparable hacia la sustitución de esos paradigmas tradicionales por la creación de instrumentos procesales respetuosos de la dignidad humana que permitan, en la escena del proceso penal, un acercamiento de las partes... el consenso por encima de la averiguación de la verdad”⁴⁹. Este punto de vista también es sostenido por BINDER, quien considera que el “entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado”⁵⁰. Se debe reconocer, además, que el peligro de obstaculización de la investigación no sólo puede presentarse en mayor medida en las etapas iniciales del procedimiento –a diferencia

⁴⁸ Cf. SAN MARTÍN, *Conferencia sobre detención preventiva*.

⁴⁹ Cf. PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, p. 49. Sobre la introducción del consenso, cf. BOVINO, *Simplificación de procedimiento y “juicio abreviado”*.

⁵⁰ BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 199.

del peligro de fuga, que eventualmente puede existir durante todo el proceso—, sino que puede ser neutralizado con otros mecanismos, distintos a la privación de libertad del imputado (*v. gr.*, prueba anticipada, protección de testigos, etc.). BINDER agrega que “es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad”⁵¹.

A pesar de la enunciación de un solo supuesto de peligro procesal en los instrumentos de los sistemas de protección regional y universal, de aplicación obligatoria (Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), tanto la legislación y la doctrina internas como la doctrina, la jurisprudencia y ciertos instrumentos del sistema internacional admiten un segundo supuesto de peligro procesal (el entorpecimiento de la investigación) que permite la detención anticipada de personas aún inocentes. Por último, unos pocos instrumentos y precedentes internacionales agregan un tercer supuesto, manifiestamente ilegítimo, que vacía completamente de contenido el principio de inocencia al asignar una finalidad material impropia al encarcelamiento procesal.

Ello no significa, sin embargo, que tales supuestos deban ser admitidos. En el ámbito nacional, los tribunales pueden rechazar la existencia de estos supuestos al definir el contenido y alcance del principio de inocencia contenido en el texto constitucional, la legislación u otros instrumentos internacionales. En este sentido, se debe tener en cuenta el sentido de las cláusulas de salvaguardia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen por objeto recordar que las normas de derechos humanos no deben interpretarse nunca en forma restrictiva. Por ello, su art. 5, n° 2, exige: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Por lo tanto, los tribunales pueden otorgar a las garantías fundamentales un alcance más amplio que el que los órganos internacionales les reconocen. Nada impide que los órganos de creación y aplicación del derecho interno brinden a ciertos derechos mayor protección que al-

⁵¹ BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 199.

gún órgano internacional, es decir, que recurran a interpretaciones más protectoras de los derechos humanos. Es obligación del Estado regular y aplicar el encarcelamiento preventivo para perseguir fines exclusivamente procesales. En consecuencia, los tribunales deben rechazar todo fundamento no procesal para disponer la detención de inocentes.

3) Verificación del peligro procesal

La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no exista peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia (v. gr., la pena prevista legalmente) el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las *circunstancias objetivas y ciertas* que, en el *caso concreto*, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la *necesidad* de la medida de coerción. Se puede sostener que “estamos en presencia de uno de estos casos [de peligro procesal], con evidencia, cuando es posible *fundar racionalmente* que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria)”⁵².

Varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten afirmar el reconocimiento de la obligación internacional del Estado de verificar el peligro procesal que torna necesaria la imposición de la medida de coerción. El art. 7, n° 3, prohíbe las detenciones arbitrarias, es decir, las que carezcan de razones que la justifiquen. El art. 7, n° 4, exige que se informe a toda persona detenida de las razones de su detención, confirmando la ilegitimidad de toda detención arbitraria. El art. 7, n° 5 y 7, garantiza el control judicial de la legalidad de toda detención. Tratándose de un caso de detención preventiva, el control judicial exige, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, la comprobación efectiva de la existencia concreta de razones (el peligro procesal) que determinan la necesidad de imponer la medida de coerción. El art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene disposiciones similares. El art. 5 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso exige de manera expresa que se cuente con “razones” que demuestren la existencia del peligro procesal.

⁵² MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 522 y s. (destacado agregado).

La obligación de verificar la existencia de un peligro concreto ha sido reconocida claramente por la Comisión Interamericana. La Comisión ha destacado expresamente “que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”⁵³. Para que la sospecha exigida pueda ser considerada razonable se requiere, de manera necesaria, la verificación efectiva de circunstancias objetivas del caso cuya existencia sea demostrada a través de la obtención, incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco del proceso. Según la doctrina de la CIDH, para cumplir con el deber de fundar la existencia del peligro, el tribunal debe recordar que “tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido”. Pero a continuación se aclara: “La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización... produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad”⁵⁴.

El deber de comprobar la existencia del peligro en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo, exclusivamente, del tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal. Es tarea del tribunal, y función propia y exclusiva del poder judicial, determinar en el caso concreto sometido a su decisión la existencia de cada uno de los extremos fácticos requeridos por el ordenamiento jurídico para autorizar el encarcelamiento preventivo, entre los cuales se halla el peligro procesal. Dado que se requiere la comprobación de circunstancias fácticas del caso concreto, la tarea sólo puede ser atribuida al poder judicial, pues sólo así resultará posible la verificación efectiva de las circunstancias propias de cada caso particular.

El CPP Guatemala, por ejemplo, reglamenta esta exigencia en varias de sus disposiciones. Como regla general, el art. 11 *bis* exige la fundamentación clara y precisa de los autos y las sentencias, con expresión de “los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión así como la indi-

⁵³ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 48 (destacado agregado).

⁵⁴ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 49.

cación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba”. En cuanto al auto de prisión preventiva, el art. 260 dispone: “El auto de prisión será dictado por el juez o tribunal competente, y deberá contener:... 3) Los fundamentos, con la indicación concreta de los presupuestos que motivan la medida”. El art. 262 del mismo Código establece, en este sentido, que: “Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias”. Se trata de circunstancias objetivas, enunciadas expresamente, cuya existencia debe ser verificada en el caso concreto. El siguiente artículo (263) también impone esta obligación, al exigir que “Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría: “realizar distintas actividades que perjudiquen el proceso de investigación”⁵⁵. El derecho guatemalteco, en conclusión, exige que un órgano del poder judicial verifique la existencia concreta de peligro procesal, indique el valor asignado a los distintos medios de prueba relacionados con ese peligro y señale los presupuestos que motivan la medida cautelar al fundamentar su decisión.

En el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de derecho, sólo al poder judicial le corresponde la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente al proceso. En consecuencia, la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una maniobra invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados “delitos no excarcelables” resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el

⁵⁵ El art. 263 enumera tres supuestos: a) destruir, alterar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; b) influir sobre distintos actores del proceso para que informen falsamente o actúen de manera desleal o reticente; y c) inducir a otros a realizar tales comportamientos.

ámbito de las funciones exclusivamente judiciales. La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de libertad e impidan la verificación judicial de las circunstancias concretas del caso, como sucede, por ejemplo, con los delitos no excarcelables. Frente a tal situación, es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro en el caso sometido a su decisión.

El legislador sí estaría autorizado, en cambio, a establecer diferentes circunstancias de hecho que, una vez comprobadas por el tribunal en el caso específico, pueden ser tenidas en cuenta para la determinación de la existencia concreta de peligro procesal. Este es el caso del CPP Guatemala, que en su art. 262, ya citado, dispone que la decisión acerca del peligro de fuga debe considerar especialmente diversas circunstancias objetivas allí enumeradas, referidas al caso⁵⁶. Pero es imprescindible recordar que en este tipo de regulaciones, las diversas pautas enunciadas no sólo están sugeridas de modo no taxativo, sino que ellas, en sí mismas, no determinan obligatoriamente la restricción de la libertad. Se trata, de modo evidente, de una indicación del legislador acerca de diversas circunstancias, regularmente relevantes para indicar la presencia de peligro procesal, que pueden ser consideradas para fundar la solución aplicable y cuya existencia en el caso concreto sólo puede ser establecida por un tribunal.

IV. Principio de excepcionalidad

1) El derecho a la libertad durante el proceso

El principio *fundamental* que regula toda la institución de la detención preventiva es el *principio de excepcionalidad*. En este punto, se ha afirmado que el principio intenta “evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es *propenso a huir* u *obstaculizar la marcha de la justicia*”⁵⁷. El carácter *excepcional* del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación en-

⁵⁶ Entre otros, arraigo (262, inc. 1), pena probable (262, inc. 2), actitud del imputado (262, incs. 3 y 4).

⁵⁷ Cf. O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 147 (destacado agregado). A continuación se aclara: “Incluso, habida cuenta de los objetivos de este principio, pareciera justificado concluir que el uso de la detención preventiva para (fines no procesales)... constituiría una *privación arbitraria de libertad*, violatoria de un derecho subjetivo universalmente reconocido” (p. 147, destacado agregado).

tre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia). “El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria”⁵⁸.

El carácter excepcional de la detención procesal está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9, n° 3, que dispone: “La prisión preventiva no debe ser la regla general”. El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en el párrafo 2 del principio 36, establece: “Sólo se procederá al arresto o detención... cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención...”. La regla 6.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) destacan que “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso...”. En el mismo sentido, el principio 39 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: “Excepto en casos especiales indicados por la ley, toda persona tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho”.

La doctrina de la CIDH destaca, en este punto, que el “interés del Estado... no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona... En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales...”⁵⁹. También “subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho premiente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa”⁶⁰. La doc-

⁵⁸ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 522.

⁵⁹ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 45.

⁶⁰ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 48.

trina del Comité de Derechos Humanos señala que sólo se debe recurrir a la prisión preventiva cuando sea legal, razonable y necesaria. El Comité interpreta rigurosamente el requisito de la necesidad, en cuanto sólo admite que la prisión preventiva puede ser necesaria para neutralizar peligros a los que no pueda hacerse frente de otro modo. La doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, por su parte, establece que la prisión preventiva sólo debe ordenarse cuando sea razonablemente necesaria, y que la Comisión puede pronunciarse sobre la “razonabilidad” de la detención⁶¹.

El principio de excepcionalidad también está establecido en algunos ordenamientos procesales como principio general, aplicable a todas las reglas y decisiones referidas al encarcelamiento preventivo. Así, por ejemplo, el CPP Guatemala dispone la interpretación restrictiva de todas las disposiciones que restringen la libertad del imputado (art. 14, párr. II) y el carácter excepcional de las medidas de coerción (art. 14, párr. III). La disposición establece, en primer lugar, la obligación de tratar al imputado como inocente (“El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable...”). Luego de esta enunciación genérica, la norma termina por despejar cualquier duda, al disponer que “las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza”, y que ellas “tendrán carácter de excepcionales”. Por último, se impone la obligación de interpretar restrictivamente todas las disposiciones “que restringen la libertad del imputado”. El art. 259, por su parte, sólo permite que se disponga el encarcelamiento “en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso”.

Es indispensable tener en cuenta que el principio de excepcionalidad es un *principio general* que *obliga*, en primer término, al poder legislativo, cuando desempeña su facultad de regular legislativamente el régimen de la coerción procesal y, en segundo lugar, a los tribunales, en *todos* los casos en los cuales cumplen su tarea de interpretación y aplicación práctica de las disposiciones legales referidas al encarcelamiento preventivo.

2) Medidas de coerción personal alternativas

La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad consiste en la necesidad de agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción distintas a la privación de libertad, que resulten menos lesivas de los derechos del imputado. En conse-

⁶¹ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 18.

cuencia, el encarcelamiento preventivo sólo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción distintas al encarcelamiento preventivo. En realidad, el principio obliga a aplicar *siempre* la medida *menos gravosa*, incluso en aquellos casos en los cuales se debe elegir entre medidas no privativas de la libertad (v. gr., entre caución juratoria y caución real).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, n° 3, dice: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. La regla 2.3 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) dispone: “A fin de asegurar una mayor flexibilidad... y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”. La regla 6.2 del mismo instrumento, por su parte, establece que “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible...”. Se considera que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) interpretan el contenido del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que “ayudan a mejorar las condiciones para todas las personas detenidas en régimen de prisión preventiva, recomendando que sólo se recurra a la prisión preventiva cuando no puedan aplicarse medidas no privativas de libertad”⁶².

Respecto del derecho a la libertad durante el proceso, algunos miembros del Comité de Derechos Humanos han declarado que “un sistema nacional cuya única alternativa a la reclusión antes del juicio sea la libertad vigilada, que sólo se concedía en determinadas circunstancias y sin posibilidad de fianza, no respondía a los requisitos... del Pacto”⁶³.

Esta exigencia implica la obligación del legislador de prever una amplia gama de medidas de coerción, alternativas a la prisión, que permitan su aplicación en la generalidad de los casos y que también sirvan para garantizar los fines del proceso penal. En este sentido, las legislaciones mo-

⁶² Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 4.

⁶³ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 18.

dernas suelen establecer medidas de coerción menos gravosas para aquellos casos en que resulte posible neutralizar el peligro procesal sin necesidad de recurrir a la detención. El CPP Guatemala, por ejemplo, prevé, para los delitos excarcelables, medidas tales como el arresto domiciliario, el sometimiento al cuidado de una persona o institución, y la obligación de presentarse periódicamente al tribunal, entre otras (art. 264).

V. Principio de proporcionalidad

1) Fundamentos político-criminales

El principio de *proporcionalidad* es quizá el límite más racional a la posibilidad de privar de libertad al imputado. MAIER señala que resulta “racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena”⁶⁴. La razonabilidad evidente de este criterio limitativo permite reconocer “la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad”⁶⁵.

Se trata de impedir que la situación del individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena. En consecuencia, no se autoriza el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Por lo demás, en los casos que admiten la privación anticipada de libertad, ésta no puede resultar más prolongada que la pena eventualmente aplicable. Si no fuera así, el inocente se hallaría, claramente, en peor situación que el condenado.

2) Reconocimiento normativo

El principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados. Por esta razón, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido expresamente no sólo en instrumentos internacionales sino, también, en el derecho procesal penal interno.

⁶⁴ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 526.

⁶⁵ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 528.

El art. 5 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, por ejemplo, dispone que sólo se puede detener preventivamente si la infracción imputada es grave y prevé pena privativa de libertad. En similar sentido, la Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, inc. d, establece: “No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista”.

En concordancia con estos criterios, la CIDH ha manifestado que “si el tiempo pasado por un detenido en régimen de prisión preventiva en espera de juicio rebasa el período de la pena que se impondría si se le reconociera culpable y se le condenara, la detención constituiría una grave violación del derecho del detenido a que se formulen las acusaciones y se le reconozca culpable antes de que se le castigue”⁶⁶. Este antecedente reviste suma importancia, pues permite afirmar que, en opinión de la CIDH, la vulneración del principio de proporcionalidad será considerada una violación del principio de inocencia contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y generadora de la responsabilidad internacional del Estado, pues la duración máxima de la prisión cautelar debe estar limitada por la duración máxima de la pena que podría imponerse en el caso concreto⁶⁷. La CIDH también ha establecido la exigencia de que los jueces penales asuman su deber de “examinar a fondo” la duración del encarcelamiento cautelar⁶⁸. Por lo demás, se señala que resulta inadecuado el uso de la prisión preventiva en caso de delitos que se castigan con penas poco severas, pues a menudo, en estos casos, el tiempo que transcurre hasta la realización del juicio resulta más prolongado que la propia pena prevista para el delito. En consecuencia, se han sugerido, entre otras medidas, el reemplazo de la detención procesal por menos de un año por otras medidas cautelares, y la necesidad de hacer todo lo posible por evitar el encarcelamiento procesal cuando se suponga que no se impondrá una pena privativa de libertad en el caso concreto⁶⁹.

El principio de proporcionalidad ha sido recogido regularmente en los ordenamientos procesales penales del derecho interno, aun en las legislaciones más anticuadas. Este principio implica la imposibilidad, como regla, de aplicar el encarcelamiento preventivo en los delitos leves; la improce-

⁶⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 1978, p. 61.

⁶⁷ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 21.

⁶⁸ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 45.

⁶⁹ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 19.

dencia del encarcelamiento para delitos que no prevén pena privativa de libertad; la improcedencia del encarcelamiento en casos en que no se espera dicha sanción –o su cumplimiento efectivo–; y la cesación del encarcelamiento cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera.

La legislación procesal penal interna reconoce la imposibilidad de ordenar el encarcelamiento procesal cuando se trata de delitos leves, o que no prevén pena privativa de libertad, al regular los presupuestos de aplicación de la coerción procesal. Así, por ejemplo, el CPP Nación (Argentina), art. 312, establece como requisito de procedencia de la aplicación de la prisión preventiva la atribución de un delito sancionado con pena privativa de libertad. La disposición autoriza a ordenar la prisión preventiva cuando “al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad...” (inc. 1)⁷⁰. La legislación también ha reconocido la exigencia de limitar temporalmente la duración del encarcelamiento preventivo derivada del principio de proporcionalidad, estableciendo mecanismos que impiden que éste se prolongue más que la propia pena que se espera según las circunstancias del caso. En este sentido, el art. 317 del CPP Nación (Argentina) establece como supuestos de excarcelación, entre otros, los siguientes: a) cumplimiento del máximo de la pena prevista para el o los delitos que se le atribuyan; b) cumplimiento de la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resultare adecuada; c) cumplimiento de la pena impuesta por sentencia no firme; y d) cumplimiento de un plazo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional (incs. 2 a 5). El nuevo CPP Costa Rica hace referencia expresa al contenido genérico del principio de proporcionalidad en su art. 238, párr. II: “La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso”.

3) Aplicación del principio de proporcionalidad

La aplicación efectiva del principio de proporcionalidad exige que el tribunal realice una comparación entre la medida de coerción y la pena eventualmente aplicable al caso concreto. Por ende, la comparación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la especie y medida de la pena eventualmente aplicable, según las circunstancias particulares del caso concreto. Debe considerarse,

⁷⁰ Sin embargo, la misma disposición citada vulnera el principio de proporcionalidad, pues el inc. 2 autoriza el encarcelamiento incluso cuando se trata de pena privativa de libertad que permita la condena condicional si existe peligro procesal (art. 319). Así, se admite la detención de quien no será condenado a cumplir una pena privativa de libertad en el caso concreto.

por ejemplo, si es probable que se aplique en el caso pena privativa de libertad y, en caso afirmativo, si esa pena será de cumplimiento efectivo. También debe tenerse en cuenta, cuando se trata de penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo, el monto de la pena eventualmente aplicable, independientemente de la pena conminada en abstracto en el tipo penal de que se trate. Si se espera la imposición de una pena de, por ejemplo, cinco años de prisión, no es relevante el hecho de que la pena máxima prevista en la figura penal resulte superior a la pena concreta que se espera.

A diferencia del principio de excepcionalidad, el criterio de proporcionalidad opera de dos modos diferentes. En algunos casos impide absolutamente el uso del encarcelamiento preventivo (*v. gr.*, cuando se espera una pena no privativa de libertad, o pena privativa de libertad cuyo cumplimiento no será efectivo). En otros casos, el principio actúa como límite temporal al plazo de encarcelamiento (*v. gr.*, cuando su duración equivale a la eventual condena aplicable).

Las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad pretenden, de modo manifiesto, impedir o restringir el uso del encarcelamiento preventivo con el objeto de evitar que el imputado que goza del estado jurídico de inocencia sufra un mal mayor que el que representa la propia sanción penal sustantiva. Esta limitación necesaria, sin embargo, presenta aspectos problemáticos. En primer lugar, el principio de proporcionalidad, al ligar inexorablemente el encierro procesal a la magnitud de la pena, revela el carácter material de la privación de libertad cautelar, que opera, de hecho, como pena anticipada. El carácter material del encarcelamiento preventivo derivado de su íntima vinculación con el principio de proporcionalidad ha sido reconocido expresamente por la CIDH⁷¹. En este sentido, la CIDH ha hecho referencia a la *gravedad de la infracción* y a la *severidad de la pena*, y ha reconocido que, a pesar de que estas circunstancias podrían ser tomadas en cuenta para decidir la prolongación de la detención, ellas se inspiran en criterios de retribución penal que desvirtúan el fin procesal de la medida cautelar y la tornan una pena anticipada (párr. 86). La Comisión también destacó que el criterio de la severidad de la pena resulta insuficiente para evaluar la existencia concreta del peligro de fuga, pues la amenaza disminuye si la detención continúa (párr. 87), y que el Estado puede recurrir a otras medidas cautelares. El organismo internacional consideró, en consecuencia, que el sentido de proporcionalidad entre condena y prisión procesal constituye, “para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada” (párr. 88).

⁷¹ Informe n° 12/96, Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, ps. 33 y siguientes.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad no sólo puede ser considerado como un límite, sino también como una justificación para la prolongación del encierro preventivo. Cuando se trata de delitos con penas de escasa gravedad, la proporcionalidad opera, realmente, como un mecanismo limitativo del encarcelamiento cautelar. En el caso de delitos con penas graves, en cambio, el principio pierde su poder limitativo e, incluso, termina operando como elemento de justificación y legitimación de un encarcelamiento preventivo prolongado. La vinculación entre pena y medida cautelar establecida por el principio de proporcionalidad, en estos casos, termina por producir efectos negativos sobre el respeto efectivo del principio de inocencia. Estos efectos perniciosos no pueden ser resueltos por el mismo principio de proporcionalidad. Para evitar estos problemas existe una garantía autónoma creada por el derecho internacional: la exigencia de limitación temporal del encarcelamiento preventivo a un plazo razonable. En conclusión, se debe advertir que sólo a través de la articulación del principio de proporcionalidad con la limitación temporal del encierro procesal resulta posible aprovechar el poder limitativo de aquel principio y, al mismo tiempo, evitar los efectos negativos que le son propios.

VI. Sospecha sustantiva de responsabilidad

1) La exigencia de mérito sustantivo

Una exigencia ineludible que debe ser respetada para que el Estado pueda privar de su libertad a un individuo jurídicamente inocente en el marco de un procedimiento penal consiste en la comprobación de la posible responsabilidad del imputado por el hecho delictivo que se le atribuye. Ello significa que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible, la medida de coerción procesal pierde todo sustento. En consecuencia, deben existir elementos de prueba que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado. La prisión preventiva presupone, por tratarse de la medida de coerción más grave en el marco del proceso penal, un cierto grado de desarrollo de la imputación⁷² que permita determinar su mérito sustantivo a través de los elementos de prueba recolectados al momento de tomar la decisión.

El tribunal sólo podrá aplicar la medida privativa de la libertad cuando la investigación haya alcanzado resultados que permitan afirmar, luego de oír al imputado, que existe una gran probabilidad de que se haya cometido un hecho punible y de que el imputado haya sido autor o par-

⁷² Cf. MAIER, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, p. 19.

tícipe en él. No se trata solamente de que el procedimiento haya alcanzado cierto grado de desarrollo, sino de que este desarrollo haya sido acompañado de resultados concretos respecto de la verificación de la participación del imputado en el hecho investigado. Se trata de establecer una sospecha sustantiva acerca de que se ha cometido un hecho punible reprimido con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento⁷³.

Se exige, en consecuencia, un juicio de conocimiento por parte del tribunal que permita establecer que existe una gran probabilidad de que haya ocurrido un hecho punible atribuible al imputado, fundado en elementos de prueba incorporados legítimamente al proceso. Si no existe este mérito sustantivo, no sólo pierde sentido el encarcelamiento preventivo sino, también, el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado.

2) El reconocimiento normativo

La exigencia de comprobación del mérito sustantivo de la imputación no surge expresamente del texto de algunos tratados de derechos humanos. Sin embargo, se puede afirmar que ella deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. El art. 9, n° 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, dispone en su art. 7, n° 3: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

Otros instrumentos internacionales, en cambio, contienen referencias expresas acerca de la necesidad de comprobar el mérito sustantivo de la imputación. El art. 5 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, por ejemplo, exige la verificación de “motivos racionalmente suficientes” que funden la eventual responsabilidad del imputado. La Resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, inc. b, establece que sólo se podrá imponer prisión preventiva “cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito...”. Según el Convenio Europeo, sólo se puede privar de la libertad a una persona cuando existen indicios racionales –es decir, elementos probatorios– de que ha cometido un delito (art. 5, párr. 1). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado esta exigencia definiendo los indicios racionales “como la existencia de hechos o de informaciones que

⁷³ Cf. PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, p. 48.

convencerían a un observador objetivo de que dicha persona puede haber cometido el delito”⁷⁴.

Esta exigencia también ha sido reconocida expresamente en las disposiciones del derecho interno. En este sentido, el CPP Guatemala sólo permite que se ordene el encarcelamiento procesal luego de que el imputado haya sido oído y, también, de que se haya alcanzado una etapa del procedimiento que hubiera permitido recoger información suficiente para afirmar presumiblemente que existió un hecho punible y que el imputado ha sido autor o partícipe en él. La exigencia está contenida expresamente en el art. 259, pues éste requiere, para la procedencia de la prisión preventiva, “información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él”. En conclusión, se exigen elementos de prueba que verifiquen la existencia de ambos extremos. El nuevo CPP Costa Rica, por su parte, establece como requisito de procedencia de la prisión preventiva en su art. 239, inc. 1, la existencia de “elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él”. En similar sentido el nuevo CPP El Salvador, cuyo art. 292 exige, para ordenar la detención provisional del imputado, que “se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe...” (inc. 1). Las referencias acerca de los “elementos de convicción”, la “información” y los “motivos racionales” contenidas en las disposiciones citadas se relacionan con la exigencia de que existan elementos concretos de prueba que permitan fundar el juicio sobre el mérito sustantivo. El tribunal debe, en consecuencia, contar con elementos probatorios que permitan verificar la presencia del mérito sustantivo acerca de la responsabilidad del imputado por su probable participación en un hecho punible. La función del tribunal consiste en verificar la existencia de los elementos fácticos que constituyen los requisitos jurídicos del encarcelamiento preventivo.

VII. Provisionalidad de la detención

1) Significado del principio

Todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento anticipado carecerían de sentido si

⁷⁴ TEDH, Caso “Fox, Campbell y Hartley”, decisión del 30/8/90, citado en Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 12.

sólo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera, una detención inicialmente legítima podría tornarse arbitraria sin que pudiera remediarse tal situación. Por este motivo, se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva sólo es legítima en la medida en que continúen existiendo *todos* sus presupuestos.

Desaparecido alguno de sus requisitos, el encarcelamiento debe cesar. En este sentido, se señala que, por ejemplo, la “privación de libertad durante el proceso deberá finalizar no bien cesen las causas que la justificaron. El imputado recuperará su libertad inmediatamente después de que desaparezca el peligro de fuga o se haya asegurado la prueba o pruebas cuya adquisición podía ser perturbada por él”⁷⁵.

La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima determina, a partir de ese momento, la ilegitimidad de esa detención. Tal ilegitimidad, por lo demás, no se diferencia en nada de aquella que afecta a una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal. En ambos casos, por lo tanto, se impone la misma solución: la obligación judicial de hacer cesar el encarcelamiento y de ordenar la libertad.

2) Reconocimiento normativo

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) reconocen este principio en la regla 6.2, que dispone: “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1...”. En el principio 39 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, por otra parte, se establece que la misma autoridad facultada para ordenar la detención “mantendrá en examen la necesidad de la detención”. En este sentido, la CIDH ha establecido la exigencia de que los jueces penales asuman su deber de “examinar a fondo” la duración del encarcelamiento cautelar y manifestado que corresponde a la Comisión “decidir si los criterios elegidos por los tribunales internos ‘son pertinentes y suficientes’ para justificar la duración del período de privación de libertad anterior a la sentencia”⁷⁶.

⁷⁵ Cf. PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, p. 51.

⁷⁶ CIDH, Informe n° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96, p. 45.

Como medida práctica para tornar efectivo el principio de provisionalidad del encarcelamiento preventivo se ha sugerido que los “gobiernos deberían estudiar la posibilidad de desarrollar un programa en cuyo marco las autoridades responsables del lugar de reclusión se reunirían periódicamente con el fiscal, un juez, los investigadores de la policía y otros funcionarios gubernamentales (como por ejemplo los asistentes sociales y los guardianes de la prisión) para ayudar a determinar a qué personas no es necesario ya seguir manteniendo en reclusión”⁷⁷.

Los ordenamientos procesales penales más modernos también contienen diversas disposiciones tendientes a lograr el respeto efectivo del principio de provisionalidad del encarcelamiento preventivo. En este sentido, el nuevo CPP Costa Rica es un buen ejemplo de regulación del principio de provisionalidad. Su art. 257, inc. 1, establece como motivo de cesación de la prisión preventiva, aplicable en cualquier momento del proceso, el supuesto en el que “nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron...”. En el mismo sentido, el CPP Guatemala ordena el cese de la detención en la medida en que se demuestre que no subsisten “los motivos que la fundaron” (art. 268, inc. 1). Para lograr la aplicación efectiva de este motivo de cesación de la detención preventiva, la legislación costarricense prevé dos mecanismos distintos. En primer lugar, faculta y obliga al tribunal a revisar los presupuestos que justifican la necesidad de mantener la detención. Para ello, se dispone, por un lado, que durante los primeros tres meses “su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó” (art. 253, párr. I). Por el otro, se ordena que luego de este plazo el tribunal examine de oficio, “por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso”, que ordene “su continuación, modificación, o sustitución por otra medida o la libertad del imputado” (art. 253, párr. II). En segundo término, se autoriza al imputado a solicitar por su propia voluntad la revisión de la medida cautelar. Transcurridos tres meses de detención, “el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó” (art. 253, párr. III). En síntesis, se permite que sea el propio interesado en el cese de la detención quien solicite la revisión y demuestre que no subsisten los presupuestos que fundaron la imposición de la medida cautelar.

El principio de provisionalidad podría ser considerado, hasta cierto punto, como una consecuencia de la aplicación dinámica –en sentido cronológico– del principio de excepcionalidad. Ello pues al desaparecer algu-

⁷⁷ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 19.

no de los presupuestos materiales de la detención surge la obligación de ordenar la libertad e imponer la medida cautelar no privativa de libertad disponible menos lesiva o, en su caso, prescindir de toda medida de coerción, según las circunstancias de la nueva situación.

VIII. Consideraciones finales

Frente a la grave situación generada por las prácticas de la justicia penal que constituyen un abuso respecto de la utilización de la institución del encarcelamiento preventivo en los países de nuestra región, se torna imprescindible la búsqueda de medidas concretas orientadas a enfrentar el problema. En este contexto, la opción de recurrir a las posibilidades que brinda el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras, constituye una decisión razonable. El sistema internacional establece exigencias materiales y formales que definen los presupuestos de legitimidad de toda detención cautelar de personas que aún no han sido condenadas (inocentes). Los instrumentos internacionales establecen obligaciones específicas, que deben ser cumplidas por los Estados para permitir la imposición legítima del encarcelamiento procesal anterior a la condena.

Estas obligaciones recaen sobre la mayoría de los Estados, cuando derivan de un instrumento universal (v. gr., Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), o bien sobre algunos Estados, como sucede con los países de América Latina con las obligaciones impuestas por instrumentos regionales (v. gr., Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ello significa que estos instrumentos contienen soluciones para el problema del encarcelamiento preventivo de alcance general en los países de la región y que, en consecuencia, no dependen de la particular legislación procesal vigente en el ordenamiento jurídico interno.

El carácter obligatorio de ciertos instrumentos internacionales es incuestionable y reconocido de manera unánime. Los instrumentos convencionales, una vez que entran en vigor, obligan directa e inmediatamente al Estado parte en un tratado de derechos humanos. Esta circunstancia determina que se afirme que: "Los tratados son obligatorios para los Estados Partes únicamente en la medida en que éstos no hagan reservas. No obstante, las reservas incompatibles con el objetivo del tratado no son permitidas..."⁷⁸. En consecuencia, se señala la existencia de: "La presunción *iuris tantum* de la operatividad de las normas que rigen en el derecho in-

⁷⁸ O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 19.

ternacional de los derechos humanos”, que “debe ser adecuadamente aquilatada en los ámbitos nacionales”⁷⁹. También se ha reconocido el valor jurídico de instrumentos internacionales no convencionales, especialmente relevantes para la tarea de interpretación y aplicación de disposiciones internacionales de carácter obligatorio.

Las obligaciones internacionales, además, exigen a los Estados cierta manera de instrumentar su cumplimiento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, al respecto, la importancia del art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que exige a los Estados la interpretación de buena fe, y de su art. 32, que permite recurrir a medios suplementarios de interpretación. En síntesis, la doctrina de la Corte impone a los Estados un método particular de interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en los instrumentos de derechos humanos, que “conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁸⁰.

Respecto del encarcelamiento preventivo, el derecho internacional impone obligaciones a diversos órganos del Estado, entre los cuales los más importantes son el poder legislativo y el poder judicial. Así, se exige a los legisladores que regulen “las disposiciones nacionales en conformidad con las normas internacionales”, y a los tribunales que apliquen “las normas y convenciones internacionales... en los casos en que la legislación nacional no protege adecuadamente los derechos del detenido”⁸¹.

El papel atribuido a los tribunales en la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos es especialmente significativo en el ámbito del encarcelamiento preventivo. Ello pues el poder judicial constituye la última valla entre el poder del Estado y los derechos fundamentales del ser humano. Los tribunales, en este marco, pueden –y deben– neutralizar los actos u omisiones de los demás poderes públicos que representen una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Por ello, se señala que los jueces “deben tener presente y aplicar permanentemente criterios interpretativos favorables al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en estas convenciones, y están impedidos de limitarlos en mayor medida que la prevista en ellas. Ellos, por lo demás, deberán interiorizarse sobre la jurisprudencia internacional en la materia, incluida la de tribunales que deciden sobre conven-

⁷⁹ PINTO, *Temas de derechos humanos*, p. 71.

⁸⁰ O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 35.

⁸¹ Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, p. 51.

ciones similares (por ej., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y tener en cuenta esos criterios interpretativos para decidir el caso concreto en examen". También se indica que los miembros del poder judicial "no deberán olvidar que sus decisiones comprometen a la Nación íntegra, desde el punto de vista del Derecho internacional y que pueden generar, con sus fallos, consecuencias negativas para la República (responsabilidad internacional)"⁸².

En relación a la regulación, aplicación y ejecución del encarcelamiento preventivo, el derecho internacional establece el deber esencial de respetar el principio jurídico de inocencia, garantía fundamental del Estado de derecho que protege la libertad individual frente a todo acto arbitrario del poder público.

El principio de inocencia impone, entre otras, exigencias sustantivas que operan como presupuestos necesarios de la fundamentación legítima de la privación de libertad de carácter cautelar. Estas exigencias sustantivas, por su parte, comprenden determinadas consecuencias que derivan de ellas. La primera exigencia sustantiva consiste en el exclusivo fin procesal atribuido a la detención. De ella derivan las consecuencias vinculadas con la limitación que restringe la detención exclusivamente a determinados supuestos de peligro procesal, con la necesidad de verificar la existencia concreta de ese peligro, y con la atribución de esa función al poder judicial. Una segunda exigencia sustantiva recibe el nombre de principio de excepcionalidad. El derecho a la libertad durante el proceso, y la necesidad de regular legislativamente medidas de coerción menos lesivas que el encarcelamiento, son consecuencias de ese principio fundamental derivado de la garantía de inocencia. El principio de proporcionalidad es otra de las exigencias sustantivas, y de él derivan la imposibilidad de aplicar la privación de libertad en ciertos supuestos, como también la limitación temporal del encarcelamiento en otros supuestos en los cuales éste resulta admisible. Una cuarta exigencia sustantiva consiste en la sospecha material de responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye, de la cual derivan la obligación de determinar judicialmente la existencia de la sospecha, el deber del tribunal de oír al imputado y la necesidad de que el procedimiento haya alcanzado cierto grado de desarrollo al momento de la decisión judicial. Finalmente, la última exigencia sustantiva, conocida como provisionalidad de la detención, exige la obligación de ordenar la libertad cuando no subsistan todos los elementos que justificaron inicialmente la medida cautelar, el reconocimiento del derecho del imputado de solicitar la revisión de la medida y el establecimiento del deber judicial de

⁸² MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 187.

controlar periódicamente la subsistencia de los presupuestos y de la necesidad de aplicar la medida cautelar privativa de libertad.

La importancia de las exigencias sustantivas analizadas permite afirmar que ellas constituyen mecanismos de significativa utilidad para revertir la situación de los presos sin condena en los países de la región. El cumplimiento de buena fe de la obligación internacional del Estado de regular, aplicar y ejecutar la institución del encarcelamiento preventivo según las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, en conclusión, permitiría alterar sustancialmente la crítica situación actual. El cumplimiento de estas exigencias sustantivas depende, en gran medida, de una adecuada regulación de las exigencias formales referidas a la obligación de instrumentar un adecuado control judicial de la legitimidad de la detención. Un grado razonable de realización de estas dos exigencias, por sí mismas, reduciría drásticamente la gravedad del problema de los presos sin condena. Si ello sucediera, los problemas vinculados con los otros dos grupos de exigencias –condiciones materiales de la detención, y límite temporal del encarcelamiento– también se reducirían sustancialmente, facilitando las posibilidades de prever e instrumentar medidas que reduzcan aún más las dificultades subsistentes.

En conclusión, la aplicación en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos, obligatoria para los Estados, representaría una medida adecuada, efectiva y legítima para impedir el abuso, actualmente generalizado, de la facultad estatal de ordenar la privación de libertad de personas inocentes, y para alcanzar un grado aceptable de respeto efectivo del principio de inocencia y del derecho a la libertad ambulatoria. En consecuencia, debe promoverse por todos los medios posibles el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado referidas a la regulación legislativa y a la aplicación judicial del encarcelamiento preventivo y, también, debe exigirse en los casos concretos la aplicación de las normas internacionales obligatorias y la efectiva protección de los derechos fundamentales del imputado.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Alejandro, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/B.
- BARRIENTOS PELLECCER, César, *Derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Magna Terra, Guatemala, 1995.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto, *Simplificación de procedimiento y “juicio abreviado”*, en AA.VV., *Primera Jornada Provincial de Derecho Procesal*, Ed. Alveroni, Córdoba, 1995.
- Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.

- BRUNI CELLI, Marco Tulio, *El valor de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el derecho interno*, en AA.VV., *Recopilación para la Comprensión, Estudio y Defensa de los Derechos Humanos*, Ed. Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995.
- CAFFERATA NORES, José I., *Medidas de coerción del nuevo Código procesal penal de la Nación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- CARRANZA, Elías, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, ponencia presentada al "I Congreso Argentino de Ciencias Penales", Universidad de Buenos Aires, 3, 4, 5 y 6 de septiembre de 1996, inédita.
- CARRANZA, Elías; MORA, Luis P.; HOUED, Mario, y ZAFFARONI, Eugenio R., *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos y prisión preventiva*, Ed. Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 1994.
- CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Argentina*, Caso "Guillermo José Maqueda", en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/B.
- DULITZKY, Ariel E., *Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano*, en AA.VV., *Estudios especializados de derechos humanos*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, t. I.
- Editorial, *El aumento del número de presos sin condena*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1995, N° 10.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Ed. IIDH, San José, 1996.
- MAIER, Julio B. J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I.
- O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, 2ª edición.
- PASTOR, Daniel R., *El encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.
- PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- SAN MARTÍN, César, *Conferencia sobre detención preventiva*, en las "Jornadas de Derecho Penal y Procesal Penal", Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 13/11/96.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, 3ª edición.

Capítulo 5

Libertad de expresión e información

El derecho a la libertad de expresión e información en la jurisprudencia internacional

Santiago Felgueras

I. Introducción

En el presente trabajo examinaremos algunos de los principales criterios establecidos en instrumentos y foros internacionales para la protección de la libertad de expresión. No escapará al lector, sin embargo, que importantes y considerables áreas de este tema quedarán enteramente fuera de esta contribución. Sólo esperamos que la selección sea satisfactoria.

II. Derecho a la libertad de expresión

Debido a que en el sistema interamericano no se ha presentado la oportunidad de abordar este tema en forma frecuente, muchos de los criterios internacionales que hoy podrían considerarse vigentes serán extraídos de la casuística del sistema europeo de derechos humanos y, en algunos casos, de lo que se produjo en el sistema de peticiones individuales previsto en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. El lector deberá prever, por lo tanto, la posibilidad de que en su tránsito al sistema interamericano –cuya convención incluye un texto en muchos aspectos diferente del art. 10 del Pacto de Roma– estos criterios sufran modificaciones, limitaciones o, inclusive, rechazos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la protección acordada a este derecho por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más amplia que la prevista en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades

Fundamentales¹, y difícilmente pueda encontrarse un aspecto donde la protección sea, al menos en el texto, menor².

El artículo 13 de la Convención Americana protege la libertad de expresión del siguiente modo:

“Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto de los derechos o la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

¹ “La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 50; en este mismo sentido, al comparar el artículo 10 del Convenio Europeo y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Anthony LESTER sostiene: “El derecho a la libertad de expresión está expresado en el artículo 10 en muchos aspectos en términos más débiles que los del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. En particular, el artículo 10 no crea, en su texto, un derecho independiente a sostener opiniones sin interferencias; tampoco se refiere expresamente al derecho a buscar información; ni se refiere específicamente a información e ideas “de toda índole”. Para agregar luego: “Sin embargo, la Corte Europea y la Comisión generalmente intentan interpretar el artículo 10 de la convención en una manera que sea compatible con el artículo 19 del Pacto” (LESTER, Anthony, *Freedom of Expression*, Cap. 18, en *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1993, ps. 466-467).

² Señala la Corte Interamericana que mientras que el artículo 10 del Pacto de Roma utiliza la expresión “necesarias en una sociedad democrática”, esta mención no existe en el artículo 13 de la Convención Americana. Sin embargo mediante la interpretación armónica del artículo 29 de la Convención y el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conjuntamente con la referencia a los textos de los artículos en cuestión, concluye que dicha exigencia debe considerarse incluida también en el sistema interamericano. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 44-45.

libertad de expresión e información

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional³.

Tal como ha sucedido en las jurisdicciones nacionales, el derecho a la libertad de expresión ha sido considerado como un derecho particularmente relevante en los foros internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo al respecto:

³ El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

1. "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto de los derechos o la reputación de los demás.
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública".

El artículo 10 del Convenio Europeo establece:

1. "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidades, puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

“La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre”⁴.

Por su parte, la Corte Europea ha sostenido:

“Su función supervisora impone al tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una “sociedad democrática”. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Sujeta a lo dispuesto por el punto 2 del artículo 10, es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”⁵.

Debido a esta función primordial que la libertad de expresión cumple en las sociedades democráticas, la protección que se le otorga es, en líneas generales, más generosa que la de otros derechos.

La libertad de expresión es vista como una condición necesaria para la existencia de un debate público sobre asuntos políticos o de interés general, debate que es esencial para la existencia misma de la sociedad demo-

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 70. En este mismo sentido puede citarse un pasaje de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “... El consenso observado en los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia se encuentra perfectamente fundamentada en el derecho internacional... El derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática... Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, 1994, ps. 215-216, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, ps. 215-216).

⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Handyside”, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia, 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, 1981, ps. 361/132, párrafo. 49.

crática. Por lo tanto, el nivel de protección del derecho dependerá en forma directamente proporcional a la vinculación que el caso tenga con el debate de asuntos de interés público.

Es así que aquellas expresiones referidas a temas esencialmente políticos recibirán un nivel de protección muy importante, como consecuencia directa de su contenido⁶. Circunstancias adicionales pueden ser también tomadas en cuenta a fin de dar mayor protección al derecho a la libertad de expresión, en tanto aumentan la relación entre las expresiones cuestionadas y el debate democrático. Así, se ha hecho mérito de circunstancias tales como que las críticas sean referidas directamente al gobierno⁷, o a un político en particular⁸, que quien las expresa sea un po-

⁶ "... la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática", Corte Europea de Derechos Humanos, Caso "Lingens", Sentencia de 8 de julio de 1986, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Cortes Generales, Madrid, 1981, p. 125, párr. 42.

⁷ "Los límites de la crítica admisible son más amplios en relación al gobierno que a un simple particular, e incluso que a un político. En un sistema democrático sus acciones u omisiones deben estar situadas bajo el control atento no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. Además, la posición dominante que ocupa le exige mostrar moderación en el recurso a la vía penal...", Corte Europea de Derechos Humanos, Caso "Castells", Sentencia del 23 de abril de 1992, párr. 46, en AA.VV., *Libertad de prensa y derecho penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997. Este mismo criterio orienta el informe sobre leyes de desacato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "... una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión." Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1994, OEA/ Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, ps. 218/219.

⁸ "... los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante" (Corte Europea de Derechos Humanos, Caso "Lingens", sentencia de 8 de julio de 1986, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Cortes Generales, Madrid, 1981, p. 125, párr. 42). En este mismo sentido, la Comisión Interamericana afirmó: "... en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público... Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 222).

lítico opositor⁹ o alguien que tenga una posición desventajosa en el debate público.

En el ámbito europeo los principios generales referidos a la regulación de este derecho han sido establecidos en forma clara, incluso con algunos pasajes felices que abrevan en la más tradicional literatura sobre la libertad de expresión. Pero al momento de decidir las cuestiones más conflictivas de la protección a la libertad de expresión, la Corte Europea ha evitado en general adoptar fórmulas rígidas. De este modo se reservó el espacio suficiente para analizar caso por caso los intereses y valores comprometidos¹⁰. La práctica de la Corte tendió a tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso, y a llegar luego a una conclusión, de modo tal de convertir a cada caso en un caso único (tanto más único cuanto más cercano a los límites), y a sus fallos en decisiones muy apegadas a los hechos. Sólo en casos que planteaban cuestiones menos opinables adop-

⁹ “La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto”. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Castells vs. España”, sentencia del 23 de abril de 1992, párr. 42, en AA.VV., *Libertad de prensa y derecho penal*, op. cit., p. 361.

¹⁰ Un ejemplo de esto puede encontrarse en el ya citado caso “Lingens”, donde si bien la Corte Europea adoptó criterios cercanos a la teoría de la real malicia –como repetidamente señalan los comentaristas–, evitó establecer un criterio rígido como el que propicia la fórmula norteamericana.

De este modo se alejó de uno de los criterios básicos del fallo “New York Times vs. Sullivan” (376 US 254 –1964–): evitar en estos casos la decisiones caso por caso sobre la base de una valoración de los intereses comprometidos. En efecto, a fin de impedir el aliento de la autocensura, en aquel caso se adoptó una regla general relativamente rígida, que fuera capaz de desalentar la promoción de demandas injustificadas y que, por otra parte, permitiera prever razonablemente el resultado de un eventual pleito. “... el gran peligro de la autocensura procede del miedo a prever equivocadamente” el resultado del juicio sobre la veracidad o la falsedad de las afirmaciones (TRIBE, Lawrence H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Nueva York, 1988, p. 863).

La Corte Europea, en cambio, no habló de “real malicia” sino de “buena fe”. Tampoco presentó una fórmula precisa como la de la real malicia (“conocimiento de la falsedad o imprudente despreocupación acerca de la veracidad”), sino un criterio más abierto a interpretaciones (“acusaciones desprovistas de fundamentos o formuladas de mala fe” –Caso “Castells vs. España”, op. cit., párrafo 46–). Estos criterios más imprecisos son más compatibles con el papel que la propia Corte Europea parece dispuesta a auto-asignarse en tanto tribunal supranacional.

tó reglas relativamente precisas¹¹. Este método no impidió, de todos modos, que muchas de sus decisiones fueran satisfactorias, y que la sucesión de casos permitiera establecer una orientación identificable en cuanto a la forma en que concibe la libertad de expresión.

En el ámbito americano, los pocos informes de la Comisión que permiten arribar a alguna conclusión parecen señalar la utilización de un lenguaje más categórico, que podría llevar a criterios menos flexibles¹². Sin embargo, es prudente tomar en cuenta que también la Comisión Europea ha adoptado posturas más categóricas, que luego fueron morigeradas (y, en más de una ocasión, rechazadas) por la Corte.

En cuanto a las expresiones referidas a temas de interés general –aunque no específicamente “políticos”–, gozan también de una importante protección, a punto tal que, según veremos, se consideran incluidas en una misma categoría que las expresiones políticas. Sin embargo, a medida que el interés de quien se expresa o, fundamentalmente, del público receptor, se aleja de las cuestiones fundamentales para el funcionamiento de la democracia y la vida en sociedad, la protección acordada es menor. Lo mismo rige para las expresiones comerciales, que en tanto no incluyan información de interés general gozan de una protección atenuada.

III. Expresiones *prima facie* protegidas

Mientras que la Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos contenciosos que versaran sobre la libertad de expresión, la Corte Europea ha interpretado este derecho en numerosas ocasiones.

En estos casos, la Corte Europea ha procedido a establecer, en primer término, si la expresión en cuestión se encuentra protegida por el artículo 10.1. del Pacto de Roma (donde se establece la protección al derecho). Sólo una vez que se ha establecido que existió una interferencia en el ejercicio del derecho ha pasado a examinar si la interferencia fue legítima de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo de dicho artículo (donde se establecen las restricciones permitidas).

¹¹ Por ejemplo, descalificó la práctica de exigir la prueba de la veracidad de las opiniones –no susceptibles, en principio, de ser probadas– a fin de eximirse de responsabilidad (Corte Europea, caso “Lingens vs. Austria”, *op. cit.*, párr. 46), o que no se permita probar la veracidad de las afirmaciones de hecho sobre asuntos de interés público (Corte Europea, “Castells vs. España”, *op. cit.*, párr. 48), etcétera.

¹² Cf., en especial, el ya citado “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato”, *op. cit.*

En el ámbito europeo se ha presentado una discusión, que aún hoy no parece finalizada, en cuanto al alcance del artículo 10.1 del Pacto de Roma. A la luz de algunas decisiones de la Corte, muchos Estados, y algunos autores, han pretendido sostener que el artículo 10 del pacto sólo protege expresiones que se encuentran de algún modo relacionadas con un asunto de interés público, mientras que las que carecen de esta relación se encuentran, directamente, fuera del ámbito de la norma. En otras palabras, no ya que cualquier restricción a esta segunda clase de expresiones será en principio considerada legítima sino que, lisa y llanamente, no será una restricción a un derecho del pacto.

Una primera discusión al respecto se presentó con la inclusión de las expresiones artísticas dentro del ámbito del artículo 10.1. La cuestión fue resuelta en sentido afirmativo. La Comisión Europea se refirió con acierto y amplitud a la vinculación de las expresiones artísticas con el debate democrático¹³. La Corte Europea, al tratar el tema, aceptó que las expresiones artísticas se encuentran incluidas en el artículo 10, y que la libertad de expresión permite participar en el debate público con expresiones “de toda índole”. Sin embargo, fue mucho menos explícita al reconocer una relación directa entre la expresión artística y la efectiva participación en el debate público.

En el ámbito americano y en el ámbito universal esta cuestión aparece resuelta en los respectivos textos de los tratados, que mencionan expresamente a las expresiones artísticas. Al respecto, ha sostenido la Comisión Interamericana que cuando se vulnera el derecho a la libertad de expresión

“... no sólo se afecta el pensamiento y la actividad política de los pueblos; también sufre el desarrollo cultural; se restringe la libertad artística y expresiones culturales tan importantes como el teatro, las producciones literarias que muestran la idiosincrasia de los países con sus virtudes y defectos, no encuentran un medio favorable para laborar con libertad y así progresar”.

¹³ “La libertad de expresión artística es de fundamental importancia en una sociedad democrática. Típicamente sucede en las sociedades no democráticas que la libertad artística y la libertad de circulación de trabajos artísticos son severamente restringidas. Mediante este trabajo creativo el artista expresa no sólo una visión personal del mundo sino también su visión de la sociedad en la que vive. De este modo el arte no sólo ayuda a formar la opinión pública sino que también es una expresión de ella y puede enfrentar al público con los principales asuntos de actualidad” (Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso “Müller”, Informe adoptado el 8 de octubre de 1986, Serie A, nº 133, párr. 70, citado por LESTER, Anthony, *Freedom of Expression*, Cap. 18, en *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1993, p. 471).

libertad de expresión e información

“La censura previa a la prensa, a los libros, a las producciones artísticas en general y el veto en ocasiones a escritores y artistas son manifestaciones más propias de sociedades totalitarias que deben ser desterradas de nuestro hemisferio”¹⁴.

Otro grupo de expresiones sometidas a discusión fueron las expresiones referidas a temas comerciales. En el caso “Barthold vs. República Federal Alemana”¹⁵, se examinaban expresiones que, según alegaba el gobierno, eran de carácter puramente comercial. La Corte Europea decidió que se había violado el artículo 10, sobre la base de que las expresiones en cuestión involucraban primariamente un asunto de interés público¹⁶, y agregó: “el tribunal constata, en consecuencia, la aplicabilidad del art. 10, sin necesidad de indagar en este caso si la publicidad, en cuanto tal, se beneficia o no de la garantía que aquél asegura”¹⁷.

Esta última aclaración, que sembraba dudas sobre el alcance mismo del derecho a la libertad de expresión garantizado por la Convención, dio pie a una serie de planteos por parte de los Estados, que intentaban limitar la protección del artículo 10 únicamente a las expresiones vinculadas a temas políticos¹⁸.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1982-1983, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 22, rev. 1, septiembre 1983, p. 22. Esta concepción de la libertad artística es más coherente con la concepción de la libertad de expresión en su dimensión individual, según la terminología de la Corte Interamericana, y por otro lado, más compatible con el tratamiento del tema en las jurisdicciones nacionales. Baste citar como ejemplo el conocido pasaje de la Corte Suprema argentina en el caso “Colombres, Ignacio y Otros c/ Nación Argentina s/ Ordinario”: “... la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión... abarca las diversas formas en que aquélla se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte” (Fallos 295:216).

¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 25 de marzo de 1985, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Cortes Generales, Madrid, 1981, ps. 296-312.

¹⁶ “Puede ser muy bien que estas informaciones hayan tenido efecto publicitario para la clínica del doctor Barthold y hayan inquietado a sus colegas, pero en este caso un efecto semejante aparece como algo muy secundario en relación con el contenido principal del artículo, así como con la naturaleza del problema sometido a la consideración del gran público” (Caso “Barthold”, *op. cit.*, párr. 58).

¹⁷ Caso “Barthold”, *op. cit.*, párr. 42.

¹⁸ Un ejemplo de estos planteos puede verse en la sentencia de la Corte Europea en el caso “Casado Coca vs. España”:

Esto, a su vez, generó una serie de casos en los que la Corte Europea fue extendiendo y aclarando el alcance del artículo 10.1 respecto de las expresiones de contenido comercial. En casos posteriores, la Corte dejó en claro que las expresiones de contenido comercial se encontraban protegidas por el artículo 10.1 del pacto, aunque con una mayor libertad de acción de los Estados en cuanto a las restricciones permitidas¹⁹.

Sin embargo, la controversia generó no sólo los repetidos planteos de los Estados acerca de la posibilidad de que existan expresiones directamente excluidas del ámbito del artículo 10.1, sino que, inclusive, al día de hoy no existe unanimidad acerca del tema entre los autores.

En alguna decisión la Corte ha afirmado que el artículo 10.1 aplica, en principio, a toda clase de expresiones, sin perjuicio del distinto criterio de revisión que se aplicará luego a las restricciones según la importancia de la expresión en cuestión. Dijo la Corte (en un caso de expresiones comerciales): “no pueden excluirse éstas del ámbito del artículo 10, el cual no se aplica solamente a determinadas clases de informaciones, de ideas o de formas de expresión (véase, *mutatis mutandi*, la “Sentencia Müller y otros” del 24 de mayo de 1988)”²⁰.

Sin embargo, algunos autores sostienen que la protección del artículo 10.1 está determinada por la relación que la expresión en cuestión mantiene con los asuntos públicos, y se ha llegado a afirmar que “por supues-

³³ El Gobierno (español) rechaza la aplicabilidad del artículo 10. Los anuncios publicados por el demandante no serían en absoluto una información comercial, sino simplemente publicidad; el demandante los habría pagado con el único fin de conseguir más clientes. Ahora bien, la publicidad como tal no entraría dentro de la libertad de expresión; en efecto, un anuncio no perseguiría el interés general sino el particular de los individuos interesados. Otorgar a la publicidad las garantías del artículo 10 equivaldría a desnaturalizar el alcance de este texto” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Casado Coca vs. España”, sentencia del 24 de febrero de 1994, citado por SARAZA JIMENA, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 1995, p. 195). La Corte rechazó el planteo.

¹⁹ Cf. sentencia en caso “Casado Coca”, citado por SARAZA JIMENA, Rafael, *op. cit.*, párr. 35.

²⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Markt Inter Verlag GmbH y Klaus Beermann”, del 20 de noviembre de 1989, párr. 26, citado por SARAZA JIMENA, Rafael, *op. cit.*, p. 190.

En el caso “Casado Coca”, la Corte se expresó con más claridad: “El artículo 10 no actúa solamente para ciertos tipos de informaciones, ideas o modos de expresión..., fundamentalmente las de naturaleza política; el artículo 10 abarca también la expresión artística..., las informaciones de carácter comercial..., o incluso la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable...” (Caso “Casado Coca”, *op. cit.*, p. 196).

to, las expresiones puramente privadas se encuentran enteramente excluidas del ámbito del artículo 10²¹.

El examen de la casuística del Tribunal Europeo permite concluir que mientras existen varios pronunciamientos en los que la Corte tangencialmente extendió la protección del artículo 10.1 a toda clase de expresiones, no se advierten casos en los cuales se haya pronunciado en sentido contrario. Sin embargo, la actitud de los Estados y las opiniones de algunos autores sugieren que la discusión no puede considerarse superada.

En el sistema interamericano, tanto el texto de la convención (idéntico en estos aspectos al del pacto universal) como la opinión consultiva n° 5 de la Corte Interamericana parecen resolver la cuestión a la que nos venimos refiriendo en el sentido de que toda expresión se encuentra dentro del ámbito del art. 13.1, cualquiera sea su contenido o su conexión con un asunto de interés público.

En efecto, el artículo 13.1 habla de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. El texto expresamente establece un criterio de no-distinción de las ideas o informaciones por su contenido, al mismo tiempo que tampoco permite la distinción sobre la base de la forma en que se expresan.

Por su parte, la Corte Interamericana, en el párr. 31 de la Opinión Consultiva n° 5, se refirió a la dimensión individual de la libertad de expresión (como distinta de la dimensión social, a la que se refiere en el párrafo 32) que no distingue los pensamientos según que tengan o no tengan relación con un asunto de interés público.

En suma, la discusión planteada en el ámbito europeo respecto de la protección internacional de expresiones que no se vinculan con un asunto de interés público no parece aplicable en el ámbito interamericano, ni, en principio, en el ámbito universal²².

²¹ GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 1996, p. 276; sin embargo, en HARRIS, D. J.; BOYLE, M., BOYLE, O., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, 1995, se afirma que “... la Corte no ha excluido de lo que debe entenderse en la Convención por expresión nada de lo que podría ser plausiblemente incluido en ese concepto...”.

²² El artículo 19.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también habla de “... buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Por último, existe un área donde el sistema Europeo ha establecido, en principio, un límite al alcance del artículo 10.1. En “Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos”²³, la Comisión consideró inadmisible una petición en la que se alegaba que una condena impuesta por promocionar la discriminación racial y la repatriación de gente de color violaba el derecho a la libertad de expresión. La Comisión sostuvo que el propósito del artículo 17 de la Convención Europea era evitar que grupos totalitarios explotaran, en su propio interés, los principios enunciados en la Convención²⁴. Sobre esta base, decidió que el artículo 17 era aplicable, y que, por lo tanto, las expresiones en cuestión no estaban amparadas por el artículo 10.1, por lo que no era necesario examinar si se trataba de una restricción permitida por el art. 10.2. En posteriores casos, la Comisión no recurrió al artículo 17 para justificar la represión de expresiones racistas, sino que consideró a las expresiones dentro del ámbito del artículo 10.1, aunque en general consideró legítimas las restricciones a la luz del art. 10.2.

Una solución de algún modo análoga a la adoptada en “Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos” fue la que adoptó el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso “J. R. T., y el W. G. Party vs. Canadá”²⁵. En dicho caso, tanto el partido político como el Sr. T. intentaban captar nuevos miembros y promover las políticas del partido mediante la utilización de mensajes grabados en cinta, que se transmitían por vía de la compañía telefónica, en Ontario, Canadá. “Cualquier persona podía escuchar los mensajes marcando el número de teléfono pertinente. Los mensajes variaban periódicamente, pero su contenido era fundamentalmente el mismo, a saber, precaver a quienes llamaban “de los peligros de las finanzas internacionales y del judaísmo internacional, que conducían al mundo a guerras, desempleo o inflación y al colapso de valores y principios mundiales”²⁶. En aplicación de una ley interna canadiense, que

²³ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso “Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos” (Informe adoptado el 11 de octubre de 1979, 4 EHRR 260, citado por LES-TER, Anthony, *Freedom of Expression*, Cap. 18, en *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993, p. 472).

²⁴ Art. 17 de la Convención Europea:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención o limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en dicha Convención”.

²⁵ UN Doc. A/38/40, p. 231

²⁶ *Ibidem*, punto 2.1.

prohibía la divulgación telefónica de mensajes discriminatorios, se restringieron los servicios telefónicos del partido y del Sr. T. y posteriormente, tras el incumplimiento de la orden de cesar en la difusión de mensajes discriminatorios, se impuso una pena de prisión (en suspenso) al Sr. T. y una multa al partido político. Entre otros cuestionamientos, el Sr. T. planteó ante el Comité de Derechos Humanos la supuesta violación al derecho a la libertad de expresión (artículo 19). En un breve párrafo, el Comité sostuvo:

“... las opiniones que el Sr. T. trata de difundir por conducto del sistema telefónico constituyen claramente una apología del odio racial o religioso que, conforme al párrafo 2 del artículo 20 del Pacto, el Canadá tiene la obligación de prohibir. Por consiguiente, a juicio del Comité, la comunicación, respecto de esa afirmación, es incompatible con lo dispuesto en el Pacto en el sentido del artículo 3 del Protocolo Facultativo”.

Debe repararse en que el Comité no desestimó el reclamo sobre la base del artículo 5.1. del Pacto²⁷, sino, directamente, sobre la base del artículo 3 del Protocolo Facultativo²⁸. No obstante, el Comité, al igual que la Comisión Europea, ni siquiera entró a analizar la alegada violación al derecho a la libertad de expresión (y la eventual legitimidad de la restricción), sino que directamente descalificó el reclamo por considerarlo incompatible con los derechos del Pacto (presumiblemente limitando el alcance material del artículo 19).

La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de tratar el tema²⁹.

El derecho a la libertad de expresión tiene, al igual que en las jurisdicciones nacionales, alcances que van más allá de la protección de las expre-

²⁷ Art. 5.1: “Ninguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención o limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en dicha Convención”.

²⁸ Artículo 3 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “El Comité considerará inadmisibles toda comunicación presentada de acuerdo con el presente protocolo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto”.

²⁹ La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 5/86, *op. cit.*, expresamente omitió referirse al art. 13.5: “Las disposiciones de los incisos 4 y 5 del artículo 13 no tienen una relación directa con las preguntas hechas a la Corte en la presente solicitud y, en consecuencia, no necesitan ser examinadas en esta ocasión” (párr. 49).

siones según su contenido, y que se vinculan con el funcionamiento de la prensa moderna.

En el caso “Goodwin vs. Reino Unido”³⁰, la Corte Europea entendió que el derecho a la libertad de expresión incluía el derecho del periodista a resguardar la identidad de sus fuentes informativas. De hecho, le otorgó a este derecho una importancia notable. Ese tribunal sostuvo que la protección de las fuentes informativas de los periodistas es una de las condiciones básicas de la libertad de expresión. Sin esta protección las fuentes podrían temer dar ayuda a la prensa para informar al público sobre asuntos de interés general. Como resultado de ello, tanto la función vital de la prensa como “perro guardián público” como su capacidad para comunicar información confiable y veraz podrían ser afectadas. En consecuencia, estimó la Corte, dicho derecho sólo debía ceder ante un interés general prioritario. Para agregar luego que las limitaciones a este derecho requerían el más cuidadoso escrutinio por parte de la Corte. Dado que la protección a la libertad de expresión es reconocidamente más amplia en el ámbito americano que en el Europeo, esta interpretación del derecho a la libertad de expresión, naturalmente, también es aplicable en el ámbito americano.

Por otra parte, también tuvo la Corte Europea oportunidad de pronunciarse sobre aspectos específicos de la regulación de la labor y la responsabilidad periodística, en la que adoptó un criterio compatible con los criterios establecidos en las jurisdicciones nacionales.

En el caso “Jersild”³¹ la Corte se ocupó del supuesto de un periodista que publicó expresiones de una tercera persona, supuesto que ha dado lugar a numerosas decisiones en las jurisdicciones nacionales. Se trataba de un caso en el que un conductor de televisión puso al aire expresiones de contenido racista hechas por un grupo de jóvenes de extrema derecha, junto con una serie de reflexiones respecto de estos grupos. Tras analizar el caso desde el punto de vista de la neutralidad con la que el periodista había enfocado el tema³², la Corte estableció criterios generales. Sostuvo

³⁰ Sentencia del 27 de marzo de 1996.

³¹ Sentencia del 23 de septiembre de 1994, Series A, n° 298, p. 23 (citado por GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 1996, p. 299).

³² El programa “... objetivamente no pudo haber parecido que tenía como finalidad la propagación de opiniones e ideas racistas”, Caso “Jersild”, (citado por GOMIEN, DONNA, *op. cit.*, p. 299).

que "... la crónica de noticias basadas en entrevistas, ya sean editadas o no editadas, constituye uno de los más importantes medios a través de los cuales la prensa es capaz de cumplir su vital función de "perro guardián público" ... La penalización de un periodista por ayudar en la difusión de afirmaciones hechas por otra persona en una entrevista entorpecería seriamente la contribución a la discusión de los asuntos de interés público de la prensa, y debe ser evitada a menos que existieran razones particularmente importantes para hacerlo"³³.

Esta es un área particularmente relevante para el funcionamiento de la prensa, en la que sin una regulación adecuada el periodista puede quedar ubicado en el papel de censor de las opiniones de los entrevistados o del público. La decisión del tribunal europeo refleja una comprensión de la importancia de la cuestión tratada, aunque, como sucede en la mayoría de sus decisiones en estos temas, hace mérito de una cantidad de circunstancias particulares del caso que no permiten advertir el alcance exacto de la decisión.

En el ámbito interno, un precedente relativamente antiguo había establecido un sano criterio constitucional.

"... el tribunal considera que tiene base constitucional el principio conforme al cual la persona que publica un diario, no puede ni debe ser sancionada penalmente, por la sola circunstancia de que siéndole posible optar entre difundir o no una publicación que reviste interés público, elige lo primero por entender que sirve mejor e imparcialmente la función que corresponde a la prensa libre, como vehículo de información y de opinión de la comunidad"³⁴.

La evolución posterior de la jurisprudencia, que reflejó los vaivenes políticos que atravesó el país, no fue en todos los casos acorde con estos criterios. Sin embargo, en fallos más recientes la Corte retomó aquellos principios, que se adecuan a los estándares internacionales que venimos comentando. No obstante, no puede dejar de señalarse que la letra del artículo 113 del Código Penal ha dado lugar a numerosas decisiones alejadas de estos principios, que en general, al menos en los casos recientes, han sido revocadas en las instancias superiores.

Un último grupo de casos que trataremos en este trabajo tratan el derecho a recibir información, contemplado tanto en la Convención Europea como en la Convención Americana.

El derecho a recibir información ha sido reiteradamente mencionado en la jurisprudencia de la Corte Europea, aunque muchas veces en apoyo

³³ Caso "Jersild", párr. 25 (citado por Donna GOMIEN, *op. cit.*, p. 299).

³⁴ "Pérez, Eduardo y otro", CSJN 30/12/63, "Jurisprudencia Argentina", t. 1964-II, p. 546; "La Ley", t. 115, p. 349.

de decisiones que podrían haber tenido un sustento autónomo en el derecho a expresarse libremente.

Al momento de evaluar los intereses comprometidos, el Tribunal ha dado clara preponderancia a la función instrumental de la libertad de expresión como condición y garantía del sistema democrático. En muchos pasajes ha centrado su atención más –diríamos mucho más– en el interés de la comunidad en recibir alguna idea o información antes que en el interés individual de la persona en difundirlo. Del mismo modo, la visión de la prensa que expresa el Tribunal no puede escindirse de las obligaciones que el mismo Tribunal cree que tiene para con la comunidad.

En el caso “Observer y Guardian vs. Reino Unido”³⁵ la Corte le asignó a la prensa el papel de “perro guardián público”, mientras que en el caso “Lingens” ya había señalado que a la prensa:

“... le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene el derecho de recibirlas...”³⁶.

En muchos de los casos más relevantes el Tribunal se ha movido dentro de este esquema que tiene una de sus bases en el derecho del público a recibir información y opiniones y la otra en el derecho de la prensa –y en ocasiones de los individuos– de expresar opiniones que de algún modo se relacionen con ese derecho.

Si bien se ha señalado que estos derechos no son dos caras de una misma moneda, sino dos derechos autónomos, lo cierto es que en la mayoría de estos casos el derecho a recibir información es traído a colación a fin de señalar la importancia de la expresión en sí misma (en la ya mencionada función instrumental del derecho), antes que para señalar un derecho con características propias.

Existen, sin embargo, algunos casos en los que el derecho a recibir información fue lo suficientemente individualizado como para permitir esbozar el alcance que aparentemente le reconoce la Corte Europea.

En el caso “Leander”³⁷, una persona a la que se le había denegado su ingreso al correo –debido a que no reunía las condiciones de seguridad ne-

³⁵ Sentencia del 26 de noviembre de 1991, citado en GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, 1995, p. 398.

³⁶ Citado en HARRIS, D. J., BOYLE, M. O., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, 1995, p. 398.

³⁷ Sentencia del 16 de marzo de 1987, *Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, op. cit., ps. 910 y siguientes.

cesarias para ese puesto— había solicitado al gobierno que le informara el contenido del legajo sobre el que basó su decisión, con el fin de aclarar o rectificar las inexactitudes que pudiera contener. La Corte Europea avaló la denegatoria del gobierno, y estableció que el derecho a recibir información:

“... básicamente prohíbe al gobierno que impida que una persona reciba información que otros desean o pueden desear comunicarle. El artículo 10, en circunstancias como las del presente caso, no confiere al individuo el derecho de acceder a un registro que contenga información sobre su posición personal, ni impone una obligación al gobierno de brindar esa información al individuo”³⁸.

La Corte ha afirmado en otras decisiones que el derecho a recibir información consiste en una prohibición para el Estado de interferir entre una persona que desea brindar información y otra que desea recibirla (sujeto, claro está, a restricciones), pero no implica, en principio, un derecho a exigir información de alguien, incluido el gobierno, que no desea brindarla. Sin embargo, algunas salvedades formuladas por la Corte en estos casos han permitido alentar esperanzas de que este derecho podría expandirse en aquellos casos en los que la información requerida al Estado fuese de interés público³⁹.

Estas consideraciones no son directamente aplicables al ámbito americano, en el cual además del derecho de “recibir información” se encuentra consagrado también el derecho de “buscar información”. Claro está que el texto se encuentra abierto a interpretaciones, pero no puede desconocerse que este “nuevo” derecho debe tener un contenido propio, que vaya más allá del de “recibir información”. Habrá que esperar futuros casos para determinar la extensión de este derecho, aunque siempre será tentador interpretar que este derecho otorga, precisamente, lo que la Cor-

³⁸ GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 1996, p. 293, n° 54; en este mismo sentido, cf. la sentencia del caso “Gaskin”: “... en las circunstancias del presente caso, el artículo 10 no importa una obligación del Estado involucrado de brindar la información en cuestión al individuo” (citado en GOMIEN, D., *op. cit.*, p. 293). Sin embargo, en este caso se estableció que la denegatoria de información constituía, en las circunstancias del caso, una violación a otro derecho del Pacto (art. 8, que protege la vida privada y familiar).

³⁹ Sin embargo, se ha afirmado que “... sería optimista interpretar que la referencia al artículo 10 en el caso Gaskin abre la posibilidad de que podría garantizar el acceso a la información en otras circunstancias” (HARRIS, D. J., BOYLE, M. O., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, 1995, p. 380).

te Europea ha negado sobre la base del “mero” derecho a recibir información: el derecho a exigir información de otro –sobre todo, o inclusive únicamente, del gobierno–, aun cuando quien es requerido no quiera brindar la información. Si este fuera el caso, habría que avanzar en el sentido de establecer criterios que permitan determinar qué información podría ser requerida en estos términos⁴⁰ y en qué circunstancias.

⁴⁰ Es evidente el interés social en que la información de interés público sea divulgada (aun si el Estado en cuyo poder está no desea hacerlo). En este sentido, esta clase de información parece la más propicia para desarrollar este derecho.

Sin embargo, la información personal en poder del gobierno –en nuestro país susceptible en principio de ser objeto de la acción de *habeas data*– presenta un caso particularmente interesante, a la luz de las posibles combinaciones de derechos que entrarían en juego.

En el ámbito europeo este último caso es considerado como susceptible de ser más eficazmente planteado sobre la base del derecho a la protección de la vida personal o familiar –art. 8 del Pacto– que desde el derecho a recibir información. Así, en el ya citado caso “Gaskin”, la Corte, al reconocer una violación al Pacto sobre la base del artículo 8, sostuvo que no expresaba opinión acerca de “... si un derecho general a acceder a datos e informaciones personales podía ser derivado del artículo 8 (1) del Pacto” (cf. HARRIS, D. J., BOYLE, M. O., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, 1995, p. 380).

La CADH y los límites a las responsabilidades ulteriores

Eduardo A. Bertoni

*"It's not the repression of the bad people
that hurts; it's the silence of the good".*
Martin Luther KING

I. ¿Puede la aplicación de responsabilidades ulteriores equiparar en sus consecuencias a la censura previa?

Desde una perspectiva histórica se ha entendido que tanto la libertad de expresión como la de prensa se encontraban garantizadas si se prohibía la previa censura de lo que se publicaría, pero ello no obstaba a que, en ciertos casos específicos, se pudiera responsabilizar jurídicamente a quien hubiera hecho la publicación.

A mi modo de ver, esta afirmación avanza sobre un problema de difícil solución: si se considera beneficioso que el ordenamiento jurídico impida el control previo de una determinada expresión para así garantizar el libre flujo de ideas en el mercado o el descubrimiento de la "verdad", no se explican los motivos que permitirían que, simultáneamente, se "amenace" con la persecución privada o estatal a quien se pronunció libremente, porque ello genera inhibiciones en las personas que posiblemente conducirían a que las ideas no fluyan libremente ni se llegue al descubrimiento de la verdad.

Razonando desde el fundamento de la prohibición, se podría arribar a una conclusión posible, pero no única: dado que las responsabilidades posteriores son aceptables incluso en las sociedades democráticas, entonces, y por las mismas razones, también lo sería la censura previa; por lo expresado antes, no habría argumentos lógicos para establecer alguna diferencia en las consecuencias de la aplicación de uno u otro mecanismo¹.

¹ Siempre, por métodos directos (censura) o indirectos (autocensura) se restringiría el libre flujo de ideas.

Con igual fuerza se llegaría a la conclusión contraria: dado que no es admisible la censura previa, tampoco lo es la aplicación de responsabilidades posteriores a la publicación porque ellas generan, a través de mecanismos de autocensura, iguales consecuencias que las que se quieren evitar con la primera².

Las dos posturas no parecen aceptables en el estado actual de nuestra sociedad: quien sostenga la censura previa, rápidamente será etiquetado como partidario de regímenes antidemocráticos y autoritarios; se traerán a cuento los ejemplos más nefastos de nuestra historia desde el stalinismo al nazismo y fascismo, por sólo asemejarlo a casos de nuestro siglo. Quien, por otro lado, sea partidario de la segunda tesis, rápidamente será atacado con argumentos también más cercanos a lo emocional que a lo lógico:

² Esta idea, en parte, ha sido expuesta de manera concreta y concisa por Germán BIDART CAMPOS en un antiguo artículo titulado *La autocensura en la libertad de expresión* (revista "El Derecho", t. 83, p. 895): "El derecho constitucional se ha preocupado mucho por erradicar las medidas restrictivas de la libertad de expresión. En el caso argentino, la Constitución tomó la precaución de prohibir la censura previa.... Pese a ello, hoy creemos que en muchas sociedades contemporáneas asistimos a un fenómeno mucho más difícil de regular normativamente, porque se produce espontáneamente sin que, en los más de los casos, sea posible detectar a un autor responsable a quien aplicarle personalmente un deber de actuar. Nos referimos al hecho de la autocensura. Sociedades hay que atraviesan en determinados momentos una etapa crítica en la que, por circunstancias diferentes, los hombres se cohiben a sí mismos en su pretensión de expresar las ideas libremente a través de los medios de comunicación social. En algunos casos, ello puede ser prudencia, en otros cobardía, en otros complacencia hacia los gobernantes, en otros, temor a la represión. En una palabra, el fenómeno consiste en que las personas prefieran guardar silencio, disimular su opinión, callar una crítica, no exponer una doctrina o un punto de vista. Íntimamente esas personas desearían expresarse, pero contienen o abortan su expresión por alguna de las causas antedichas. No se trata tanto de que haya apatía o indiferencia.... sino de que haya presiones sociales difusas o directas que compelen a usar la alternativa del mutismo. Y eso es patológico, eso denota una enfermedad social, en cuanto es del medio social de donde provienen los estímulos que inducen a no expresarse. Dijimos que generalmente no se descubre al autor responsable de esta situación. Pero algunas veces ese responsable es el gobierno. Si, por ejemplo, los periodistas son víctimas de coerciones, persecuciones, de trabas en el ejercicio de su función, de represiones, o de cualquier otra clase de conducta restrictiva, la atmósfera colectiva retrae sobremanera la posibilidad de expresarse. El clima no se vuelve propicio, y la gente prefiere la seguridad de no verse sometida a padecer un probable perjuicio, al desafío de hacer pública una opinión. A quien, de escoger la vía de una expresión audaz, le puede ir "mal", es difícil que su capacidad de reacción le permita superar la presión del medio hostil. Entonces, calla. No ha habido censura en sentido estricto, pero ha habido coerción. Puede ser la amenaza, el riesgo, el miedo, o tantas cosas más. Y eso es lo patológico".

si no se admiten las responsabilidades ulteriores, entonces, “todo vale”, la honra, el honor, la intimidad ya no tienen ninguna significación en la sociedad.

Una posición intermedia que permitiría la salida de este laberinto parece encontrarse en fórmulas como las que prescribe el art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: censura previa nunca, responsabilidades ulteriores, sólo en ciertos casos y bajo ciertas condiciones. De todos modos, el problema subsiste cuando nos preguntamos las razones que admiten las responsabilidades posteriores aún en supuestos limitados; la contradicción no se soluciona sólo por circunscribir el universo de aplicación.

Sin embargo, el acotar el número de casos tal vez nos facilite un nuevo método para reflexionar sobre el problema: si en algunos, y bajo ciertas condiciones resulta admisible la persecución jurídica posterior, ello es consecuencia de que en muchos otros no es posible; quiero decir que ahora aparece a la luz un limitado número de casos en los que no es admisible ni la censura previa (esto lo tomábamos como un absoluto), ni la aplicación de responsabilidad posterior. Desde este punto de vista, la problemática contradicción ha desaparecido al menos para ese número de ejemplos.

Entiendo, entonces, que existen ciertas expresiones que ni pueden ser censuradas previamente ni pueden ser razón suficiente para aplicación de responsabilidades ulteriores. Por otro lado, otras expresiones pueden ser restringidas antes de ser efectuadas³, y si no lo fueron porque escaparon al control del sistema, pueden ser causa de consecuencias jurídicas. Así, desaparece la contradicción que se manifestaba cuando una misma expresión no podía ser censurada *ex ante* pero sí castigada *ex post*, desplazándose ahora el problema a la determinación sobre cuáles son las expresiones que aparecerán protegidas por la garantía de la libertad de expresión y, por lo tanto, no serán objeto ni de restricción ni de responsabilidad ulterior⁴.

³ Lo veremos más adelante para los casos previstos por el art. 13.4 y 13.5 de la CADH.

⁴ Podría parecer que esta es una solución puramente semántica del problema, y que todo pasa por la definición de pensamiento, expresión u opinión que se elija; en verdad, el problema no es definicional sino de contenido: la expresión puede ser variada y con distintos matices, pero sólo algunas de esas formas de expresión son las que el ordenamiento jurídico considera protegidas por la garantía. Consecuentemente diremos que cuantas más formas de expresión estén abarcadas por la garantía, menor resulta la posibilidad de enfrentarnos ante un ordenamiento político autoritario. En los extremos de esta propuesta encontramos, por un lado, que se haya definido que ninguna expresión

En lo que sigue, y para complementar la conclusión anunciada, deberé recorrer mínimamente algunos caminos: en primer lugar, intentaré demostrar las razones históricas que han contribuido a la creencia de que la censura previa fuera considerada como el único enemigo de la libre expresión; en segundo término, abordaré la cuestión sobre la consecuencia de la aplicación de responsabilidades ulteriores y el problema relativo a la distinción entre responsabilidades civiles, por un lado, y penales, por el otro; finalmente, intentaré demostrar la contradicción que emerge en algunas decisiones judiciales por la yuxtaposición de ambas cuestiones y una posible vía de interpretación de acuerdo con la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

II. La censura previa y su lucha histórica con la libertad de expresión

En el año 1644 John MILTON, sin ser un defensor absoluto de la libertad de expresión⁵, escribe *Areopagítica*⁶, una exaltada defensa a la libertad de publicar sin censura previa. MILTON es más reconocido como poeta que como autor de consulta en cuestiones políticas, aunque algunas de sus obras merecen ser tenidas en cuenta a la hora de realizar análisis de este tipo.

Me parece relevante comenzar haciendo una breve reseña histórica de los hechos que condujeron al autor inglés a escribir *Areopagítica*. La referencia de este tipo es importante porque, como veremos, uno de los problemas, o mejor dicho el problema al que se enfrentaban quienes querían

está abarcada por la garantía y, por el otro, que toda expresión esté protegida. En el primer supuesto, nos encontramos ante un Estado fascista y en el segundo ante un Estado liberal en su máxima expresión. El adagio popular en cuanto a que “los extremos nunca son buenos” resulta plenamente aplicable al caso.

Un planteo similar, efectúa MAGARIÑOS (cf. *Delito y Libertad de Expresión*, en “Doctrina Penal”, año 11, 1988), Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 468): “La jurisprudencia de nuestro país, así como la doctrina, se ocupó, principalmente, de afirmar la prohibición de inferencia estatal antes de la expresión y, al mismo tiempo, de justificar la sanción penal, sin que se haya definido un criterio general conforme al cual resultara posible delimitar, frente a cada caso concreto, un ámbito dentro del cual la manifestación del pensamiento, como derecho fundamental en todo Estado democrático, se halle al amparo de toda interferencia estatal, con independencia de su carácter previo o posterior”.

⁵ Cuestión sobre la que, en algunos aspectos, descreía bastante.

⁶ Sobre este tema, Vincent BLASI en *Milton's Areopagitica and the Modern First Amendment*, versión ampliada de la conferencia brindada en Yale Law School en marzo de 1995.

difundir sus ideas en aquella época era, precisamente, la censura previa. La otra cuestión (la aplicación de sanciones *a posteriori*), a pesar de que MILTON hace alguna referencia en este trabajo, no tenía igual importancia porque el filtro era previo.

Los acontecimientos políticos en Inglaterra a mediados de siglo XVIII eran bastante complicados. Razones de emergencia económica hicieron que en 1640 el rey Charles I se viera obligado a convocar al “Gran Parlamento”. Una de las primeras medidas que tomó este cuerpo fue la abolición de la Corte de la *Star Chamber*, que había servido como principal foro de censura para acallar a todos los enemigos políticos y religiosos.

La abolición de la *Star Chamber*, en la práctica significó la culminación del sistema de otorgamiento de licencias previas a las publicaciones que se venían sufriendo en Inglaterra desde comienzos del siglo XV. Por ejemplo, en la época en que SHAKESPEARE escribía, los libros debían ser aprobados antes de su publicación por el Arzobispo de Canterbury o por el obispo de Londres; en la práctica, los que llevaban a cabo tal cometido eran un grupo de “asesores” que efectuaban la censura.

A partir del levantamiento de las restricciones, comenzó a florecer una impresionante cantidad de panfletos relacionados con distintos temas; a modo de ejemplo, algunos autores citan que durante 1640 se habían publicado 22 mientras que en 1642 el número ascendió a 1966⁷.

Los problemas políticos para la corona iban en ascenso; la guerra entre los que estaban a favor del rey y los que estaban en contra era prácticamente inminente; a ello se sumaba que en el seno del Parlamento comenzaba a haber fisuras y que la propaganda en favor del rey era cada vez más efectiva, con lo cual se decidió, en junio de 1643, restaurar el sistema de control por parte del gobierno de todo lo que se publicaría. La nueva técnica consistía en otorgar un pequeño número de permisos a unas pocas compañías que eran las únicas autorizadas a imprimir. Se configuraba así un sistema que conformaba tanto a los intereses económicos, porque monopolizaban el uso de la imprenta, como a los intereses religiosos y políticos, porque la licencia no se le otorgaba a cualquiera.

Esto fue insuficiente. El Parlamento inglés veía que su poder caía estrepitosamente, por lo que necesitaba una alianza con Escocia, que en aquellos tiempos tenía un importante poderío militar. Pero las disputas y las rupturas no eran sólo de índole política, sino también religiosa, con lo cual, los escoceses pidieron a cambio un acuerdo bajo las líneas presbiterianas. Fue así que el Parlamento crea la Asamblea de Westminster, con-

⁷ *Ibidem*.

formada por participantes de ambos sectores, con el fin de llegar a un pacto como el que pretendían los escoceses. Uno de los debates más intensos que se generaron a partir de esta convocatoria fue el de la tolerancia religiosa.

MILTON no había prestado demasiada atención a estos acontecimientos; en verdad su preocupación era la propia de un poeta. Pero existió un hecho estrictamente personal que marcó el nacimiento de *Areopagítica*: en el año 1642 se casó con una mujer mucho menor que él (en verdad una quinceañera) que había conocido en Oxford. Mary POWELL (ese era el nombre de la esposa) estaba acostumbrada a un tipo de vida muy distinta a la de un poeta, y cuentan las crónicas que poco tenían en común. La separación no tardó en llegar y Mary volvió a Oxford con sus padres⁸.

Esto fue realmente trágico para un idealista y devoto religioso como MILTON, sobre todo teniendo presente que una de las tensiones principales del puritanismo veía al amor matrimonial como una manifestación del amor de Dios. Fue así que escribe su obra relacionada con la justificación del divorcio⁹.

Aparentemente, esta obra tuvo problemas para obtener la licencia de publicación, porque el aumento del poder presbiteriano en la Asamblea de Westminster ejercía presiones para publicaciones de este tipo; el enfrentarse a la censura fue lo que provocó que MILTON escribiera *Areopagítica*, como un frontal y abierto ataque contra ella.

Todo este camino histórico lo he recorrido para justificar que su trabajo ataca la censura, no porque creyera que era lo único que impedía la libre expresión, sino porque era el mecanismo más usado y común en aquel tiempo.

Vale la pena rescatar algunos de los argumentos miltonianos que demuestran la injustificada aplicación de la censura previa, porque ellos nos permiten responder, aún en este tiempo, sobre las razones que justifican su rechazo.

A mi entender, una de las principales causas para demostrar la inconveniencia de la censura radica en la importancia que tenía, desde el punto de vista religioso, la búsqueda de la verdad. A través de ella, Inglaterra alcanzaría la salvación divina, y la única garantía para el proceso de búsqueda consistía en la libertad de que todos pudieran expresar sus pensamientos. Para MILTON, y esto en cierto aspecto resulta aplicable hoy, la ver-

⁸ Tiempo después se unirían nuevamente y hasta tendrían varios hijos, pero esa historia es ajena a la cuestión.

⁹ *The Doctrine and Discipline of Divorce*.

dad siempre se impondría en el libre debate de las opiniones diversas, el cual no se podría producir si existieran restricciones.

Tres ideas fuerza se desprenden de *Areopagítica*: la primera es que la verdad siempre es fuerte y por ello no necesita al censor; la segunda, que el esfuerzo por la búsqueda de la verdad resulta prioritario, y la tercera, que exponerse a lo falso resulta beneficioso porque permite revelar lo verdadero. Sin duda que estos son argumentos válidos también en nuestra época.

MILTON aporta más razones para desprestigiar la censura: una de ellas consistía en relacionarla con la Inquisición de la iglesia católica, que, por razones religiosas en la Inglaterra de ese momento, era una de las peores comparaciones que se podían establecer. En un pasaje hace referencia a su visita a GALILEO, de quien dice que había crecido prisionero de la Inquisición por pensar en forma diferente a los franciscanos y dominicanos. Es importante notar aquí que, notablemente y a pesar de su ataque a la censura, MILTON expresa su intolerancia contra los católicos. Las razones pueden entenderse desde que consideraba que ellos no aportaban nada a la cuestión de la búsqueda de la verdad espiritual, ya que anteponían la jerarquía de la iglesia a las propias escrituras. Esta fundamentación resultará a mi juicio interesante, y su aplicación puede derivar en la elaboración de principios que permitan sostener la censura de quienes no se encuentran alineados en el mismo proyecto de la sociedad¹⁰.

Otro argumento en contra de la censura en la publicación de los libros, radicaba para MILTON en que ella resultaría ineficaz, porque otras formas de expresión seguirían llevándose a cabo, con lo cual, para que tuviera efecto debía también aplicarse a la música, la danza, etc. Por otro lado, al igual que lo que sostendrá John LOCKE más adelante, entendía que ciertos valores no pueden ser introducidos en los ciudadanos por la fuerza sino por el convencimiento, por lo que, desde esta óptica, la censura tampoco tendría sentido.

Finalmente, resultan muy interesantes los términos con los que se refiere a las personas que la ejercían: consideraba que era un trabajo indigno y hasta miserable porque el que lo hacía estaba obligado a leer cosas que no había elegido.

En definitiva, los ataques contra la censura previa elaborados por MILTON son bastante convincentes, y responden a la particular situación his-

¹⁰ Así, por ejemplo y como veremos más adelante, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha aceptado las restricciones de actos y manifestaciones en apoyo a ideas del nazismo.

tórica de su momento. Empero, también es cierto que sus argumentos fueron poco tenidos en cuenta en su época, a tal punto que *Areopagítica* no fue republicada como lo fueron algunas de sus otras obras.

Tiempo después, en 1662, se instaura la *English Licensing Act*, que disponía un sistema de otorgamiento de licencias para todas las publicaciones. Esta ley expiró en 1694, creyendo algunos que no fue porque se oponía a la libertad de expresión, sino más bien porque se había llevado a cabo una absurda administración de las licencias.

Tuvo que transcurrir poco menos de un siglo para que se estableciera en Inglaterra el derecho a publicar sin restricciones previas. Existe un pasaje de William BLACKSTONE¹¹ que es suficientemente demostrativo de lo que se entendía a finales del siglo XVIII como la libertad de prensa; allí explicaba que “[l]a libertad de la prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre; pero ello consiste en no aplicar previa censura a las publicaciones, y no en la libertad de censurar por cuestiones criminales cuando han sido publicadas. Todo hombre libre tiene un indudable derecho de exponer los sentimientos que le plazca ante el público; prohibirle esto, es destruir la libertad de la prensa, pero si lo que publica es impropio, malicioso o ilegal, él debe soportar las consecuencias de su temeridad”.

La influencia de BLACKSTONE resulta indudable en el mundo anglosajón. Queda claro en este párrafo que la libertad de prensa se entendía únicamente garantizada con la prohibición de la censura previa; creo que razones históricas hacían bastante justificable ello, ya que como vimos la tradición había sido siempre la de establecer restricciones antes de la publicación.

En razón de la influencia apuntada, algunos han interpretado que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos se construyó sobre la base de estos principios¹². Es importante resaltar desde ahora que si bien el artículo 14 de nuestra Constitución histórica no recoge aquella enmienda como antecedente, sí lo hace el art. 32, por lo cual, resulta de suma importancia para nuestra tradición jurídica el estudio de los antecedentes de la Constitución norteamericana.

En concordancia con los principios de BLACKSTONE, y al parecer por razones políticas relacionadas con un ataque de paranoia contra los Estados Unidos por parte de los revolucionarios franceses, en el año 1798, poco tiempo después del establecimiento del *Bill of Rights* que introdujo la Primera Enmienda a la Constitución, se sancionó la *Sedition Act* que prohibía

¹¹ *Commentaries IV*, 151, 1769.

¹² Cf. SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and The Problem of Free Speech*, Ed. Free Press, U. S. A., 1995.

e imponía penas a quienes efectuaran publicaciones falsas, escandalosas y maliciosas contra el Gobierno de los Estados Unidos, el Congreso o el Presidente.

La *Sedition Act* fue impugnada por algunos de los padres de la unión norteamericana, como MADISON y JEFFERSON¹³, pero aprobada por muchos otros, que siguiendo los lineamientos de BLACKSTONE no veían ningún problema con la libertad de prensa. La sensación en cuanto a que lo único que importaba era la falta de censura previa, los dejaba tranquilos.

Es importante remarcar que el pasar de los años fue inclinando el fiel de la balanza hacia lo inconcebible de adoptar medidas después de la publicación en los casos en que lo hacía la *Sedition Act*, no obstante lo cual ésta fue considerada inconstitucional recién en 1964 al fallar la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre caso “New York Times vs. Sullivan”¹⁴; bueno es preguntarse las razones de ello, y tal vez la respuesta la encontremos en que en el inconciente colectivo las ideas de BLACKSTONE habían calado profundo, y tal vez ello sea el reflejo de las actuales contradicciones.

Prueba de la impronta blackstoniana, además de la *Sedition Act*, resultan las expresiones de Joseph STORY, probablemente el primer comentarista de la Constitución norteamericana; decía STORY que “resulta evidente, que el lenguaje de esta enmienda [la primera] importa nada más que cualquier hombre tiene el derecho a expresarse, escribir e imprimir sus opiniones sobre cualquier tema, sin previa censura”¹⁵.

De todos modos, como decía más arriba, ya en su tiempo autores como JEFFERSON y MADISON entendieron que la aplicación de penas ulteriores a la publicación en los asuntos de crítica al gobierno, contrariaban el espíritu de la libertad de expresión. De JEFFERSON se pueden citar anécdotas contradictorias en este aspecto, como sus discursos relacionados con los medios de prensa antes y después de ser presidente¹⁶ pero lo cierto es que cuando lo fue, indemnizó a algunas de las personas que habían estado presas durante la vigencia de la *Sedition Act*.

Antes de terminar con lo que he llamado la impronta blackstoniana, vale la pena mencionar que Zechariah CHAFEE Jr., quien en este siglo fuera uno de los primeros en preocuparse por los límites de la libertad de

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ 376 US 254.

¹⁵ STORY, Joseph, *A Familiar Exposition of the Constitution of the United States*.

¹⁶ Al respecto ver BERTONI, Eduardo A., *La Crítica Política y su relevancia para los Tribunales Internacionales*, en *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, AA.VV., Ed. Del Puerto, 1997.

prensa en los Estados Unidos¹⁷, entiende que BLACKSTONE no sirve para comprender la Primera Enmienda porque no estaba haciendo una interpretación de una garantía constitucional, sino tratando de afirmar la legislación inglesa de su momento que para esa época abandonaba la censura previa pero permitía la persecución posterior.

Pasando ya a nuestros antecedentes constitucionales, ellos reflejan también, de algún modo, cómo se fue plasmando la idea de que la libertad de expresión y de prensa se encontraban plenamente garantizadas al establecer la prohibición a la censura previa. En forma clara, la Constitución histórica (1853) la recogía en su artículo 14 al garantizar el derecho de todo habitante de publicar sus ideas sin censura previa. Las fuentes que inspiraron esta norma¹⁸ fueron el art. 1 del decreto sobre libertad de imprenta del 26 de octubre de 1811, el art. 210 del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica en 1812, el art. 4 de la Carta de Mayo de San Juan de 1825 y el art. 16 del proyecto de Constitución de Juan Bautista ALBERDI.

En estos precedentes ya se perfilaba la idea de que la libre expresión se encontraría garantizada al no permitir la censura previa. Por ejemplo¹⁹, el art. 1 del decreto del Triunvirato del 26 de octubre de 1811 establecía que “todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin previa censura”. Curiosamente, a renglón seguido determinaba que el “abuso” de esa libertad era un crimen, con lo cual parecería que ya en uno de nuestros primeros antecedentes podían aplicarse responsabilidades ulteriores. Más curioso resulta que, a pesar de demostrarse partidario por el rechazo a las restricciones previas, disponía también y contradictoriamente que las obras que tratasen de religión no podrían imprimirse sin la previa censura eclesiástica. Otros antecedentes tenían la misma línea²⁰ llegando al art. 16 del proyecto de Constitución de ALBERDI que prescribía, al igual que el art. 14 de la Constitución Nacional, el derecho de publicar por la prensa sin censura previa²¹.

¹⁷ Cf. *Free Speech in the United States*, Harvard University, Press, 1941.

¹⁸ Cf. FAYT, Carlos, *La Omnipotencia de la Prensa*, La Ley, Buenos Aires, 1994, p. 97.

¹⁹ Cf. fallos 312:916, disidencia de FAYT, considerando 9.

²⁰ Proyecto de Constitución del 27 de enero de 1813, Constitución de 1819, etc.

²¹ Concretamente ALBERDI en sus *Obras Completas* (t. III, Buenos Aires, 1986, p. 107) decía: “Llamad a la previa censura, revisión o aprobación, junta protectora o tribunal de libertad, consejo literario o consejo de hombres buenos, admonición ministerial de carácter amistoso, dadle si queréis nombres más decentes y amables que estos y no tendréis otra cosa por resultado que el régimen absolutista”.

El otro artículo que trata sobre la libertad de prensa en nuestro texto constitucional es el art. 32 que dispone que el congreso federal “no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta”. Las razones históricas de su incorporación merecen ser tenidas en cuenta, toda vez que aparece claro que en cuestiones relacionadas con la crítica al gobierno se temía ciertamente en la posibilidad de otorgar al poder central herramientas que permitieran acallar la expresión; pero es importante también porque en este tipo de manifestaciones, quienes bregaron por la incorporación de este artículo, no consideraban posible la aplicación de censura previa o de responsabilidades ulteriores. Es por ello que hablaron de restricciones a la libertad de imprenta.

Claro en tal sentido fue Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, quien además de haber sido elegido por la Convención del Estado de Buenos Aires como miembro de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853, expuso las razones sobre la conveniencia de la incorporación del art. 32; entre otros conceptos, el jurista decía que la libertad de imprenta “puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan en el pueblo, después que han elegido sus representantes al cuerpo legislativo... Él puede conservar, y conviene que conserve, el derecho de examen y de crítica, para hacer efectivas esas medidas respecto de sus representantes y de todos los que administran sus intereses”.

Estas contundentes afirmaciones demuestran que para cierto tipo de expresiones²², ninguna restricción, ni previa ni posterior, resultaba admisible. Pero algunos señalan²³ que los miembros de la Comisión examinadora querían, para otro tipo de expresiones, establecer la acción clásica por libelo (BLACKSTONE), es decir la acción penal y civil contra el autor de una manifestación que afectase el honor de una persona.

Algunos años más tarde, cuando se discutió sobre estos temas en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, Bartolomé MITRE, luego de señalar a la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana como antecedente del art. 32 de la Constitución Nacional, dijo que “siendo la prohibición absoluta que dice, no dictar leyes que restrin-

²² Más específicamente, las políticas: en la conciencia de los legisladores porteños estaba la actitud de Urquiza quien había intentado presionar a un gobernador de provincia por no reprimir a un periódico por sus críticas a la confederación (cf. el n° 6 de “El Redactor”, diario donde se imprimieron las deliberaciones de la Comisión Examinadora del Estado de Buenos Aires).

²³ Cf. cita de MAIER en FAYT, *op. cit.*, p. 100.

jan la libertad de imprenta, quiere decir únicamente que en ningún caso puede ser restringida por una ley, ni de la Legislatura, ni del Congreso, ni sujetarla en ningún tiempo a medidas preventivas, como son las licencias y la censura previa...”.

Por lo visto, queda claro que la preocupación de los fundadores de nuestro derecho constitucional en relación con la garantía de la libertad de expresión pasaba por la prohibición expresa de la censura de ciertas opiniones políticas o críticas en cuestiones que hicieran al interés general, pero respecto de otro tipo de expresiones, la cuestión era diferente.

Con esta misma inclinación, parece expresarse la Corte Suprema de Justicia al analizar la garantía, llegándose a afirmar²⁴ que para el máximo tribunal “la verdadera esencia del derecho de prensa, radica, fundamentalmente, en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir”.

Como he tratado de exponer, históricamente este medio era la única preocupación para garantizar la libertad de expresión, porque justamente era el mecanismo que efectivamente se había utilizado para acallar las ideas opuestas. Hoy, el nuevo mecanismo que podría servir a los mismos fines consiste en la aplicación de responsabilidades ulteriores, a las que me referiré seguidamente.

III. ¿En qué consisten las responsabilidades ulteriores?

Obviamente no pretendo acabar en este capítulo la totalidad de los fundamentos que han llevado a la aplicación de medidas, penales o civiles, para quienes han realizado cierto tipo de manifestaciones. En su lugar, pretendo demostrar dos cosas: primero, que los efectos que se pueden producir por la implementación de responsabilidades posteriores a la expresión, pueden equipararse con los mismos efectos que provoca la implementación de mecanismos de censura previa; segundo, que en muchos casos, el efecto inhibitorio de “sanciones” civiles puede ser igual o mayor que el de las sanciones penales, por lo cual sostener la conveniencia de la aplicación de aquéllas en lugar de estas últimas, carece de argumento valioso.

Veamos cómo se encuentra regulada la cuestión en el ordenamiento jurídico argentino.

Desde la órbita de la responsabilidad penal, los tipos penales que usualmente se aplican a los medios de prensa, o a los particulares que rea-

²⁴ FAYT, *op. cit.*, p. 123.

lizan ciertas expresiones, son los descriptos en el capítulo de los delitos contra el honor del Código Penal.

Las figuras básicas que contiene el capítulo, son la de los delitos de calumnias (art. 109) e injurias (art. 110). En el primero, el agente emisor debe haber realizado una manifestación que consiste en la falsa imputación de un delito de acción pública. En el segundo, debe haberse realizado una manifestación que deshonre o desacredite a quien aparece como la víctima de la conducta delictiva.

Ahora bien, con lo expresado en el párrafo anterior no se aclara mucho la cuestión, ya que, sobre todo respecto al delito de injurias, las palabras de la ley no son lo suficientemente precisas como para que sirvan de fuente motivadora conforme a lo que el ordenamiento jurídico prescribe como conducta social valiosa. Expresado de otro modo, si las sanciones penales tienen como función la afirmación de la norma vulnerada (prevención general positiva) o la disuasión de la conducta prohibida (prevención general negativa), debe de todos modos quedar claro cuál es la norma afirmada o cuál la conducta prohibida. Ello, en el caso de las injurias no ocurre, debido a que los verbos típicos “desacreditar” o “deshonrar” no son pacíficamente interpretados ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Es posible que sea diferente en el caso de la calumnia, donde aparecería más clara la conducta prohibida, esto es, imputar falsamente la comisión de un delito de acción pública.

A esta incertidumbre se suma que el bien jurídico tutelado, el honor, no siempre es considerado con igual interés de protección por parte de la jurisprudencia actual. A mayor abundamiento, en el caso de manifestaciones contra funcionarios públicos, desde hace años, los tribunales entienden que, si bien es cierto que los funcionarios públicos tienen honor jurídicamente protegido, no lo es menos que su propia exposición en los asuntos públicos hace que, para ser punible, la intensidad de la lesión deba ser mayor que la de cualquier particular²⁵. A esta línea jurisprudencial,

²⁵ En este sentido, lo interpretaron algunos tribunales nacionales: “La actividad política somete a sus integrantes a aceptar juicios que, en abstracto y en el más puro examen, agravan el honor e, impulsado el aparato judicial, son seguramente merecedores de reproche penal. Sin embargo, al considerar que sus destinatarios son figuras políticas públicas, la entidad y gravedad de las manifestaciones, que lesionan el honor (considerado desde el punto de vista subjetivo) deben poseer mayor aptitud ofensiva que para el resto de los ciudadanos” (Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, *in re* “Eduardo Menem, s/querella”, causa n° 9373, sentencia del 8/11/1993; del voto del juez Luraschi). “Ello así, pues desde el punto de vista del honor subjetivo, quien desarrolla una actividad política que implica constante confrontación con adversarios, asume una posición que necesariamente lo expone a la crítica, por

debe adicionársele toda la argumentación que recogen los tribunales norteamericanos cuando, para la aplicación de la doctrina de la real malicia, la han extendido incluso para las manifestaciones que afecten a particulares –no ya funcionarios– involucrados en asuntos de interés público²⁶.

Sin duda que gran parte de estos problemas se generan por la tensión existente entre el derecho a la libertad de expresión y de prensa por un lado, y el derecho al honor individual por el otro. Pero tampoco me cabe duda que estos mismos problemas son los que causan un estado de incertidumbre antes de expresar y publicar ciertas manifestaciones, lo cual se encuentra reflejado en el hecho que muchos periodistas de investigación y muchas editoriales requieren asesoramiento legal para efectuarlas. Consecuentemente, si existieran reglas claras que definieran la preferencia de una libertad sobre la otra, es posible que la incertidumbre a la que me refiero fuera de un menor tenor.

Resta aclarar que la sanción característica en la órbita del derecho penal es la pena de prisión, que en el caso de las injurias va de un mes a un año, pudiendo llegar en el caso de las calumnias hasta tres. A estas sanciones se les puede agregar la pena de multa que puede imponerse en ciertos casos, y la obligación de publicar la sentencia a costa del imputado que resulte vencido.

Visto desde esta óptica, es decir desde las consecuencias, resulta interesante volver a preguntarse si los efectos de un estado de incertidumbre en cuanto a la posibilidad de aplicación de penas de estas características, no generan los mismos efectos que la propia censura, pero por un mecanismo de autocensura, que en definitiva tendrá las mismas consecuencias que la primera.

lo que debe encontrarse subjetivamente más preparado que el hombre común para proteger su sensibilidad de los ataques; en tanto que desde el ángulo del honor objetivo los terceros que toman conocimiento de esas expresiones no pueden pasar por alto las circunstancias que vician su ecuanimidad" (*ibídem*; del voto del juez CATTANI). "... la comunidad en que el hombre público vive integrado sabe que esos ataques previsibles están, muchas veces, inspirados, o al menos potenciados, no por una serena apreciación de las cualidades de la persona a la que van dirigidas o de las virtudes de sus actos, sino por la rivalidad política, partidista o grupal y, en consecuencia su posible efecto sobre el concepto de la víctima disminuye, al haber disminuido también la confiabilidad respecto del carácter objetivo de la crítica" (Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, *in re* "Galván, Raúl A. s/querrela por calumnias e injurias c/Julio Ramos", reg. n° 5398, sentencia del 20/3/1987).

²⁶ Cf. BERTONI, Eduardo A., *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*, en *Libertad de expresión y derecho penal*, AA.VV., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Pero, siguiendo el análisis dentro del ordenamiento jurídico argentino, las responsabilidades ulteriores no terminan allí, ya que también puede haber responsabilidades derivadas de los daños y perjuicios provocados por una determinada expresión. Dicho de una manera muy preliminar, se entiende que la función de la condena civil en estos casos asumiría un carácter reparatorio del suceso provocado sin causa que lo justifique. Los presupuestos que justificarían esa condena –dicho también en forma muy esquemática– son la antijuridicidad de la conducta, el factor de atribución, la existencia del daño y la relación de causalidad.

En un trabajo que ya tiene algunos años, PIZARRO²⁷ expone que las características más salientes del derecho de daños que imperan en la era post-industrial, y que me interesa señalar para este trabajo, se engloban en: a) una expansión de las responsabilidades objetivas, siendo esto uno de los rasgos distintivos con la responsabilidad penal que es siempre subjetiva; b) la existencia de nuevos factores objetivos de atribución, tales como el riesgo creado; c) el incremento de los supuestos de presunciones (legales o judiciales) de responsabilidad (o de causalidad), con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, que en tales supuestos es a cargo del señalado como responsable; y d) la consolidación de la reparación del daño moral, con la maleabilidad que ello significa.

Frente a este panorama, también la colisión de los derechos individuales y la libertad de expresión y de prensa, genera incertidumbres, de igual manera que como se provocaban en la órbita penal. Como dijimos más arriba, el principio *alterum non laedere* consagrado por el derecho argentino, significa la prohibición de dañar a otro sin causa de justificación. Además, derivado de los arts. 1066, 907, 1109, 1113, 1071, 1071 *bis* del Código Civil y concordantes, se presume antijurídico todo acto u omisión que cause un daño a un tercero y sin que medie causa de justificación. Justamente, esta última sería la libertad de expresión, pero la dependencia a sus contornos difusos hará que la conducta se encuentre o no justificada o, dicho en otros términos, que el sindicado como autor de una manifestación dañosa sea condenado o no. Nuevamente, la exposición a un juicio con un resultado bastante incierto, también nos mueve a pensar en el efecto disuasorio que se puede obtener regulando responsabilidades posteriores, incluso de índole civil.

Pero aun si como hipótesis de trabajo partiéramos de la base de que los casos se encuentran perfectamente acotados y que, antes de realizar una expresión, todos supiéramos con algún grado mayor de certeza la suerte

²⁷ *La responsabilidad civil de los medios de prensa*, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1991, p. 143 y siguientes.

que correríamos en el pleito, la sola posibilidad de que el ordenamiento jurídico lo permita, también contribuye al efecto de disuasión.

Esto es lo que claramente expuso el juez BLACK de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, al votar en el caso “New York Times vs. Sullivan”; decía el magistrado que “[e]n Alabama hay 11 juicios por difamación pendientes, promovidos por funcionarios municipales y estatales contra el Times en los que se reclama un total de 5.600.000 dólares y 5 juicios similares contra la *Columbia Broadcasting System* que reclaman un total de 1.700.000 dólares. Por otra parte esa técnica para hostigar y castigar a una prensa libre no se limita a casos con implicaciones raciales, sino que puede usarse en otros campos donde los sentimientos públicos puedan convertir a los diarios locales o de otros estados en fácil presa de los buscadores de condena por difamación. En mi opinión la constitución ha tratado esta amenaza mortal contra la prensa de la única manera posible para no dejarla desamparada frente a la destrucción: concediendo a la prensa una inmunidad absoluta para las críticas acerca de cómo los funcionarios cumplen con sus deberes públicos. Las medidas parciales como las que adopta la mayoría, son a mi juicio insuficientes”.

Como vemos, el juez BLACK hace una clara y expresa mención a los medios de hostigamiento de la prensa y esos medios son precisamente la posibilidad otorgada para la persecución judicial. Problema similar ha sido tratado por quienes ven algunos inconvenientes en la aplicación de la doctrina de la real malicia²⁸.

Sentado pues el efecto de “disuasión” que puede producir la regulación de responsabilidades ulteriores, en verdad, en este capítulo me había propuesto tratarlas. Así fue como reseñé brevemente la cuestión en el ordenamiento jurídico argentino, desembocando en la opinión de uno de los magistrados vertida en el fallo “New York Times vs. Sullivan” al que tanta relevancia le ha otorgado nuestra propia jurisprudencia. Sin embargo, debo remarcar que no sólo el derecho interno deja abierta la posibilidad de aplicación de consecuencias jurídicas por determinadas expresiones, sino que también lo hacen la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En verdad, entre ambos instrumentos internacionales, el primero se distingue del segundo porque dispone que el ejercicio de la libertad de expresión, de opinión, de información, etc., “entrañan deberes y responsabilidades” y que “podrá ser sometido a ciertas formalidades, consideraciones, restricciones o sanciones...”. Resulta con toda evidencia que la Con-

²⁸ Sobre el particular, cf. BERTONI, Eduardo A., *New York Times vs. Sullivan*, citado.

vención Europea permite tanto restricciones como sanciones, que deberán estar ajustadas a tres parámetros básicos: a) que se encuentren previstas en la ley; b) que la injerencia responda a fines legítimos, y c) que esa injerencia sea necesaria en una sociedad democrática para la protección de ciertos bienes jurídicos como la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

Como vemos, el catálogo de posibilidades que se ofrecen para permitir las restricciones anteriores, o sanciones posteriores, es lo suficientemente amplio como para dejar en letra muerta la declamada libertad de expresión. Sin embargo tanto el Tribunal Europeo como la Comisión Europea de Derechos Humanos han trazado algunos límites a tan amplias posibilidades.

En el caso “Handsyde” (sent. del 7 de diciembre de 1976), luego de aceptar que ciertas restricciones estaban previstas en la ley, se analizó si las injerencias eran necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral. En primer lugar, el Tribunal aceptó que la protección de la moral constituía un fin legítimo de todo Estado, pero el nudo de la cuestión pasaba por la necesidad de tales injerencias.

Para ello, el Tribunal dijo que “el mecanismo de salvaguarda instaurado por el convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantías de los derechos del hombre... El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra”. Consecuentemente con ello, “... gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre la ‘necesidad de una restricción o sanción’ destinada a dar una respuesta a ello. El Tribunal nota en esta ocasión que si el adjetivo ‘necesario’ en el sentido del art. 10.2 no es sinónimo de ‘indispensable’ ... no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como ‘admisible’, ‘normal’ u oportuno. Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de necesidad en este contexto”.

Con esto queda claro que los Estados contratantes tienen un margen de apreciación* autónomo para determinar la “necesidad” de la restric-

* N. del comp.: sobre margen de apreciación ver, en este ejemplar, VALIÑA, Liliana, *El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno*.

ción. Pero, el Tribunal agregó que “[e]l artículo 10.2 no atribuye sin embargo... un poder ilimitado de apreciación. Encargado junto a la Comisión de asegurar el respeto de sus compromisos (art. 19), el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con la libertad de expresión tal como la protege el art. 10. El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea. Ésta a la vez afecta a la finalidad de la medida litigiosa y a su ‘necesidad’”.

Luego de ello, se plasma uno de los párrafos más repetidos en esta área de estudio: “Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”. Por ello, “... toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”.

En consecuencia, la necesidad de la restricción debe ser, para el Tribunal Europeo, proporcionada al fin perseguido. Es posible que esta definición no sea muy precisa, pero es al menos un intento de explicación.

En el caso “Sunday Times” (s. 26 de abril de 1979), se dijo que “...[n]o es suficiente, pues, que la injerencia se encuentre entre los tipos de la lista de excepciones del art. 10.2...; tampoco basta que se haya impuesto porque su objeto se encuadre en esa categoría o caiga bajo el golpe de una regla jurídica formulada en términos generales o absolutos: el Tribunal debe asegurarse que la injerencia era necesaria teniendo en cuenta los hechos y circunstancias de la causa específica planteada ante él”.

Al resolver el caso “Lingens” (s. 8 de julio de 1986) se ratificó que “[e]l adjetivo ‘necesaria’ implica una ‘necesidad social imperiosa’”.

Consecuentemente con ello, convendría revisar en qué circunstancias el Tribunal consideró que las restricciones o sanciones eran necesarias, para tratar de establecer algún estándar: en “Handsyde”, consideró que el secuestro y prohibición de publicar un libro que contenía pasajes que a juicio del estado contratante afectaban la moral de los jóvenes, era una restricción necesaria; en “Sunday Times”, por el contrario, la prohibición de publicación de artículos que criticaban acuerdos con los damnificados por la ingestión de talidomida, no era justificada ni siquiera teniendo en cuenta la restricción interna del *contempt of court*. En “Lingens” y en “Castells”, tampoco se consideraron justificadas restricciones a manifestaciones que podrían afectar la reputación personal, pero que se referían más bien a la crítica política de funcionarios públicos²⁹.

²⁹ Sobre estos casos, cf. BERTONI, Eduardo A., *La crítica política y su relevancia para los tribunales internacionales*, citado.

Párrafo aparte merecen una serie de opiniones de la Comisión Europea³⁰, referidas todas ellas a aceptar fuertes restricciones de expresiones relacionadas con ideas del nacional socialismo. Las razones históricas que revelan las atrocidades del régimen nazi justifican tanto las restricciones como las sanciones posteriores.

Los argumentos para ello apuntan a que “la prohibición contra actividades relacionadas con expresiones vinculadas a ideas del Nacional Socialismo, resulta legal...” en los países contratantes, y “... puede justificarse como necesaria en una sociedad democrática por el interés de salvaguarda de la seguridad nacional e integridad territorial, como también como prevención de crímenes”. Y también se agrega que “[l]a Comisión ha sostenido que manifestaciones de la clase que pretende el recurrente, se contraponen a una de las ideas básicas de la Convención, expresada en el preámbulo, como la justicia y la paz”, y además reflejan discriminación racial y religiosa. Consecuentemente la Comisión encuentra que el recurrente esencialmente busca usar la libertad de información contenida en el art. 10 de la Convención como base de actividades que están en contra del texto y del espíritu de la Convención y que, si se admitieran contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades sustentadas por la Convención.

Por su lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el ejercicio a la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a previa censura³¹ sino a responsabilidades ulteriores. Al igual que el texto europeo, determina en qué casos ellas son admisibles, poniendo como requisitos que estén expresamente fijadas por la ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación

³⁰ Application n° 25062/94, “Honsik vs. Austria” (dec.18-10-95): publicación de una investigación que ponía en duda la existencia de las cámaras de gas en los campos de concentración. Hechos similares en Application n° 25096/94, (dec. 6/9/95) “Remer vs. Germany”

Application n° 25992/94, “Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern vs. Germany” (dec. 29/11/95): órdenes impartidas a una organización para que tomen los recaudos necesarios para que en las reuniones, la persecución a los judíos durante el régimen nazi no fuera negada ni puesta en duda. Se ordenó además suspender inmediatamente una reunión si ello ocurría.

Application n° 21128/92, “Walendy vs. Germany” (dec. 11/1/95): secuestro de una publicación que contenía una editorial que reproducía una nota donde se decía que no se había probado la construcción de crematorios y cámaras de gas.

³¹ Cf. DULITZKY, Ariel, *La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El caso Martorell*, en *Suplemento de Derecho Constitucional*, Ed. La Ley, 1996.

de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Es cierto, como lo expresa la Corte, que la Convención es “más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea...” ya que el diseño americano pretendió reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas. Además, claro está, se pensaba en una mayor generosidad al prohibir la previa censura.

Sin embargo, que la prohibición de la censura previa de toda expresión es absoluta, resulta ser más una afirmación dogmática que una verdad normativa: para seguir con los postulados de la CADH, el artículo 13.5, pocos renglones más abajo de decir que el derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura, expresamente prohíbe ciertas expresiones relacionadas con la propaganda de la guerra, o toda apología del odio racial, religioso, etc. Más claro aún es el art. 13.4, donde sin ningún tipo de titubeos se afirma que ciertos espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Así las cosas, parecería que existe un universo de casos donde se está aceptando la previa intervención para algunas formas de expresión. Obviamente, como no es perfecta en su poder de control y prevención, podrá aplicar responsabilidades posteriores en los casos en los que se escape a su control alguna de esas expresiones.

IV. Conclusión: las responsabilidades ulteriores no pueden ser penales

Una solución paradigmática en nuestra jurisprudencia fue la decisión de la Cámara Federal Penal de la Capital Federal cuando resolvió un caso donde se había denunciado que una determinada solicitada que saldría publicada por distintos medios de comunicación, constituiría la figura de apología del delito³². Este Tribunal consideró que la garantía del derecho de prensa supone la prohibición de toda forma de restricción o censura sobre el material a publicarse por parte de los poderes de gobierno, y que sólo es posible actuar posteriormente sobre la responsabilidad emergente de la publicación, pudiendo imponerse, incluso, penas en caso de delito. La Cámara, sobre tales bases, concluyó que, no obstante que los hechos de la causa eran, *prima facie*, constitutivos del delito de apología del crimen en

³² “Verbitsky, Horacio s/dcia.”, CCCFed. Sala I, 10/11/1987.

grado de tentativa, era errónea la decisión del juez de primera instancia y revocó la que ordenó que no fuera publicada la solicitada en cuestión.

En palabras más simples, la Cámara le decía a los autores de la solicitada: “si quieren publicar, publiquen, pero posiblemente después los condenemos a pena de prisión, que es la establecida para la apología del delito”. ¡Flaco favor le hacían a la libertad de expresión, al intimidar para no publicar!

Este es el efecto que siempre produce la aplicación de responsabilidades posteriores, efecto que en la doctrina norteamericana ha sido llamado *chilling effect*, o efecto de intimidación.

Este efecto lo advirtió la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando en un caso³³ concluyó que “el editor de un periódico puede reclamar ser víctima del art. 10, aún cuando no se le hubiera iniciado ningún acción por difamación contra sus publicaciones, cuando la ley es demasiado vaga y por ello permite el riesgo de una persecución”. Recordemos como dije más arriba, que el Convenio Europeo habilita la aplicación de restricciones y sanciones; en cambio, el americano, prohíbe la censura previa pero admite la legalidad de las responsabilidades posteriores.

Y en igual sentido, en nuestro ámbito la Comisión Interamericana³⁴ entendió que “... las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público...El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor”*.

Sobre el efecto intimidatorio, en forma terminante, también agregó que “... si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”³⁵.

³³ Application 14631/89, “Times Newspaper LTD vs. United Kingdom” (dec. 5/3/1990).

³⁴ Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos humanos, en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994 (OEA/ser. L/V/II.88, Doc. 9, rev. 17/2/1995, original español), ps. 210 y siguientes.

* N. del comp.: sobre este informe de la CIDH, ver también, en este mismo ejemplar, FELGUERAS, Santiago, *El derecho a la libertad de expresión e información en la jurisprudencia internacional*.

³⁵ Ahora bien, no queda claro entonces la razón por la cual en esos casos no se puede aplicar también la censura previa, porque admitido el efecto inhibitorio, se admite que

Pero, la Comisión Interamericana va más allá cuando entiende que "... la obligación del estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales contra el honor y la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o de respuesta".

Con esta última afirmación de la Comisión en su función interpretativa del pacto, se puede extraer a mi juicio la consecuencia más importante para nuestro derecho interno: para contrarrestar el efecto intimidatorio que equipararía a las responsabilidades ulteriores con la censura previa, sólo se permiten las de índole civil, pero no penal; en conclusión, cualquier regulación en este último campo resultaría contraria al espíritu de la Convención³⁶.

desde el Estado se generan mecanismos para que esa expresión no se produzca. En estos casos es más coherente el Convenio Europeo, porque también admitiría las restricciones previas como lo admitió la Comisión para determinados supuestos.

³⁶ De todos modos, me parece que en la misma línea argumental, esta afirmación es insuficiente, porque no se responde a la pregunta de por qué la sanción penal (por ejemplo cuando no sea de cumplimiento efectivo) es más intimidatoria que la condena civil que puede conducir al quebranto de la empresa periodística, o incluso la sola posibilidad de ser llevado a juicio, por los gastos que ello significa. Un vivo ejemplo de lo manifestado lo constituye la situación en los Estados Unidos, donde la mayoría de los casos resuelven sobre reclamos por daños y perjuicios. En verdad, en los Estados Unidos, en algunos estados (por ejemplo, Louisiana) están previstas sanciones penales, pero es bastante poco probable que un fiscal lleve adelante un caso penal por manifestaciones realizadas por los particulares.

Respecto a este problema, en otro artículo (*New York Times vs. Sullivan*, cit.) expuse que uno de los puntos centrales de la crítica del estándar de la real malicia (*actual malice*), envuelve razones ligadas, por un lado, a la característica del proceso en donde se desenvuelven las acciones resarcitorias de los supuestos daños causados por alguna expresión; y, por el otro, a los costos que acarrea el pleito.

Para entender las razones de ello, es preciso realizar una aclaración previa: debido a la necesidad que tiene quien plantea una acción por difamación de probar la real malicia, ambas partes durante una etapa previa común a todos los juicios -el "discovery"- tienen la posibilidad de llevar a cabo una investigación preliminar que incluye el hacerse interrogatorios recíprocos y solicitar distinto tipo de documentación. Esta sola etapa ya insume erogaciones bastante considerables.

Me parece muy interesante en este punto expresar el pensamiento de Anthony Lewis, quien en un artículo escrito hace más de diez años se refería en forma muy concreta a este tema. Lewis entendía que la doctrina de la real malicia, no había provocado en la práctica lo que el Profesor Alexander MEIKLEJHON había entendido como la oportunidad de festejar bailando en las calles. Las razones eran claras: en julio de 1983 un jurado en Washington D. C. condenó a pagarle dos millones de dólares al presidente de la Mobil Oil Corporation, William Tavoulaareas, por una publicación del Washington Post sobre una historia que mencionaba que había colocado a su hijo en una em-

presa que hacía negocios con Mobil; la actriz Carol Burnett, había ganado un millón seiscientos mil dólares al National Enquirer; una ex *miss* Wyoming había ganado veintiséis millones seiscientos mil dólares, luego reducidos a catorce a *Penthouse Magazine*. Los periódicos de San Francisco, Oklahoma y Alton enfrentaban juicios también millonarios en aquel año.

LEWIS agrega que no sólo estos juicios preocupan a los editores, periodistas y todos los relacionados con la libertad de expresión, sino que es el costo por defender juicios de esta índole; el costo lo entiende referido también al tiempo y a la carga psicológica mientras se desarrolla el pleito. Para explicar sus dichos reflexiona sobre los costos que generaría para la CBS el juicio que le había iniciado el General William Westmoreland. Para ello hace la proyección a partir de lo ocurrido en otro caso, “Herbert vs. Lando”, donde la etapa del *discovery* había insumido aproximadamente entre tres y cuatro millones de dólares sólo de honorarios. Claro, debieron ser analizadas más de tres mil páginas de documentación, notas manuscritas por los periodistas, reportajes a más de 130 personas, etcétera.

Tanto los costos (cf. Lewis, *New York Times vs. Sullivan. Reconsidered: Time to return to the central meaning of the first amendment*, “88 Columbia Law Review 603”, 1983); ABRAMS, Floyd, *Why we should change the libel law*) como el desgaste que produce el trámite del juicio en el medio de la comunicación, aunque en apelación salga vencedor, han llevado a preguntarse seriamente si un estándar tan poco claro no produce los mismos efectos que se pretendían disipar al fallar en “New York Times”: la autocensura. Aún más: algunos legisladores y académicos han reflatado la discusión sobre reformas dirigidas a eliminar la necesidad del *actual malice* en los litigios por libelo relacionados con funcionarios públicos (cf. Post, Robert, *Defamation Publics Officials* en *American Bar Foundation Research Journal*, vol.1987, nota 12).

Como vemos, la experiencia indica que las responsabilidades ulteriores, sean penales o civiles, pueden producir los mismos efectos que la censura previa. Por ello, tal vez los esfuerzos deban dirigirse a determinar qué clase de expresiones por su contenido no pueden ser sometidas a ninguna restricción o sanción posterior, y, por lo tanto, que son pasibles de ello sólo las que quedan fuera de ese grupo.

Capítulo 6

Derecho a la verdad

Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos

Juan E. Méndez*

I. Introducción

Las recientes experiencias de transición de la dictadura a la democracia en América Latina han sido la ocasión para una rápida actualización de principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, en cada caso las nuevas sociedades democráticas debieron enfrentar el problema de qué hacer con el legado de las violaciones masivas y sistemáticas del pasado, y en el debate nacional así gestado se echó mano del auxilio que el derecho internacional podía prestar para fundamentar alguna obligación afirmativa o negativa por parte del Estado respecto a tales graves crímenes. Hasta qué punto las normas del derecho internacional pueden o no zanjar definitivamente esa cuestión seguirá siendo materia de amplio debate. Lo cierto es que la acumulación de experiencias y la creciente atención que la opinión pública internacional presta a este tema, han generado dialécticamente la aparición de principios emergentes en derecho internacional, uno de cuyos más claros preceptos es que, en presencia de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos más fundamentales (a la vida, a la integridad física de las personas, al debido proceso o a un juicio justo), el Estado está obligado a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones.

Este artículo se ocupará brevemente de la fundamentación de ese principio emergente, para abordar con mayor detenimiento las consecuencias que el mismo tiene para el derecho interno y para su justiciabi-

* El autor agradece la colaboración y comentarios del Dr. Francisco Cox.

lidad. Antes, sin embargo, se imponen algunas precisiones. Hablamos de “principio emergente” porque reconocemos que no se trata de una norma claramente descrita en un tratado internacional y cuya vigencia fuera, por ello, incuestionable. Se trata más bien de un modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar tales normas para situaciones que no fueron previstas en su momento. Esta es, por otra parte, la forma usual de generar derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, cuyo “desarrollo progresivo” se cumple precisamente a través de *opinio juris* y jurisprudencia de órganos de protección que dan contenido enriquecedor a normas necesariamente escuetas¹. El hecho de que se trate de principios emergentes y no de normas convencionales claras no les resta eficacia como normas vinculantes. Por tratarse de la recta interpretación de normas cuya obligatoriedad no se discute, su eficacia corre la misma suerte que la de ellas. En derecho internacional, tanto las normas explícitas (convencionales o consuetudinarias) como sus interpretaciones y alcances, tienen una vida jurídica incierta por las limitaciones de la coerción en nuestra materia. Sin embargo, para ambos tipos de obligaciones se vienen abriendo camino formas de hacerlas cumplir. Lo importante es que ningún Estado puede considerarse exento de consecuencias en sus relaciones internacionales si decide ignorar sus obligaciones respecto a los derechos humanos; por lo mismo, una vez establecida la existencia de una obligación internacional, las instituciones de derecho interno encargadas de hacer efectivo el Estado de Derecho deben encontrar la manera de satisfacerla².

Una segunda precisión tiene que ver con el hecho de que estos principios surgen de la experiencia concreta que llamamos “transiciones a la democracia”. Nos parece importante destacar que ello es un mero accidente histórico y no significa que los principios así surgidos se apliquen restrictivamente a situaciones de ese tipo. Por el contrario, las obligaciones a que haremos alusión son de aplicación universal, y se nutren de experiencias que poco tienen que ver con la transición a la democracia. En primer lu-

¹ NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas S. A., Madrid, 1987.

² Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Caso Gallardo vs. México*, Informe 43/96, Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, Washington, párr. 102. En esta resolución, la CIDH ha dicho que sus resoluciones deben ser implementadas por los Estados conforme a su derecho interno. A nuestro juicio, ese deber de ajustar el derecho interno a una obligación internacional no requiere el paso previo de que dicha obligación sea precisada o declarada por un órgano de jurisdicción supranacional.

gar, el debate sobre la superación de la impunidad excede el marco de los problemas de la transición en países como Perú y Colombia, donde no se trata de gobiernos democráticos de reciente data que deben acarrear las consecuencias de violaciones cometidas por dictaduras militares en las que las actuales autoridades no tuvieron papel alguno. Además, las transiciones en países de Europa Oriental y en Sudáfrica, aunque sí son indudablemente tránsitos de la dictadura a la democracia, presentan problemas muy distintos de los de América Latina, en cuanto al tipo de violaciones cuyo legado debe superarse, en cuanto a las redes de complicidades y silencios que dificultan la asignación de responsabilidades, en cuanto a la subsistencia de estamentos militares que conservan una cuota de poder al margen de las autoridades constituídas, y en cuanto a la explosividad de los enfrentamientos étnicos que subyacen al tratamiento, tanto de los crímenes del pasado como de las responsabilidades del presente. Por último, las transiciones terminan y sin embargo las cuestiones relacionadas con el pasado las sobreviven, como lo demuestra el caso argentino, en que se registra un serio debate público sobre qué le debe la sociedad a los familiares de los desaparecidos a trece años del fin de la dictadura y cumplidos todos los hitos que podamos convenir para el fin de la transición³. De hecho, el tema de qué hacer sobre el legado de violaciones graves vuelve a la agenda de nuestros países independientemente de que nuestros dirigentes declaren a la transición cumplida o a los sectores de la sociedad “reconciliados”. Esa preocupación recurrente de la sociedad obliga a las instituciones, tarde o temprano, a enfrentar el problema.

Finalmente, queremos destacar que, si bien en este artículo nos concentraremos en el “derecho a la verdad” que surge de estas obligaciones, el mismo es inseparable de un “derecho a la justicia” de contenido más general y que implica obligaciones de parte del Estado que también habremos de precisar. Como adelanto, queremos destacar que no concebimos a este derecho a la verdad como a una alternativa a la obligación de investigar, procesar y castigar, ni como una opción válida para el Estado dentro de un menú de posibilidades, siendo las otras ofertas del menú las obligaciones de reparaciones a las víctimas, la depuración de las fuerzas arma-

³ En otro artículo hemos argumentado la necesidad de extraer el tema de la lucha contra la impunidad de los límites estrechos de la transición. MÉNDEZ, Juan E., *Accountability for Past Abuses*, en “Human Rights Quarterly”, vol. 19, n° 2, mayo 1997, Johns Hopkins University Press. Una versión del mismo artículo se publicó antes en la serie “Working Papers” (n° 230), Kellogg Institute, University of Notre Dame, 1996. El argumento principal para un tratamiento más universal es que el énfasis sobre los problemas propios de la transición termina dando a los gobernantes democráticos excusas para el incumplimiento de sus obligaciones.

das y de seguridad de los elementos que se sepa han cometido atrocidades, y la misma obligación de castigar esas atrocidades por vía del proceso penal.

II. Un principio emergente en derecho internacional

El debate sobre el efecto de leyes de auto-amnistía dictadas por los militares, y sobre la posible promulgación por parte de gobiernos democráticos de nuevas leyes con el mismo efecto, se convirtió en los años 80 en punto central de las transiciones. A su vez, ese debate generó en el movimiento internacional de los derechos humanos una discusión sobre la existencia de normas internacionales que podían regir la materia, y casi de inmediato una producción de materiales cuya acumulación en el tiempo va conformando una serie de principios sobre los cuales hay claro consenso.

La posibilidad de procesar penalmente a quienes hasta muy poco antes habían sido señores de la vida y de la muerte de sus conciudadanos se planteó en la Argentina con singular fuerza a partir de 1983. Aunque la situación reconocía antecedentes (Grecia, al final de la “dictadura de los coroneles”), el problema planteaba evidentes problemas éticos, políticos y jurídicos, uno de los cuales –y no el menor en importancia– era la amenaza real de nuevos golpes de Estado y el retorno a las prácticas del pasado. Los partidarios de los juicios debieron desde el inicio argumentar contra medidas legales tendientes a impedirlos. No se trataba solamente del efecto jurídico de otorgar leyes de auto-amnistía dictadas por los propios dictadores (como en Chile), sino también de discutir la oportunidad y conveniencia de nuevas leyes que favorecieran la impunidad de estos crímenes, esta vez sancionadas por parlamentos elegidos democráticamente. Una medida del éxito parcial que tuvieron los organismos de derechos humanos lo constituye el hecho de que en Argentina y en Uruguay tales leyes debieron ser llamadas de otra manera*, ya que la amnistía, con su carga moral positiva de olvido y no punibilidad, no podía aplicarse a las atrocidades como desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y torturas.

Desde ese primer momento, los que luchaban contra la impunidad recurrieron al derecho internacional en busca de argumentos. Aunque las analogías con Nüremberg no eran del todo satisfactorias, está claro que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial el derecho internacional había

* N. del comp.: sobre las leyes de punto final y obediencia debida, ver también, en este mismo ejemplar, OLIVEIRA, Alicia, y GUEMBÉ, María José, *La verdad, derecho de la sociedad*.

establecido principios que resultaban ahora de gran utilidad: la obligación de castigar el genocidio; la de hacer punible en derecho interno la tortura; el deber de castigar los crímenes de guerra bajo las Convenciones de Ginebra; la inaplicabilidad de la obediencia debida como defensa en caso de órdenes manifiestamente ilegales; la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; la inaplicabilidad de la defensa de delito político en caso de extradición por tales crímenes, y la obligación de extraditar o juzgar. Tomados en su conjunto, estas normas representaban una tendencia de la comunidad internacional a impedir la impunidad de ciertos crímenes considerados moralmente repudiables, aun cuando no se formulara en términos de una clara prohibición contra amnistías o indultos. El derecho internacional no prohíbe a los poderes públicos nacionales ejercer ciertas formas de clemencia; pero sí establece límites para ello. Sin embargo, este cúmulo de antecedentes dispersos requería una elaboración y sistematización, que se empezó a dar en el ámbito del derecho internacional a partir de ese debate.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos debió ocuparse de denuncias que impugnaron las leyes de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Uruguay) y de Punto Final y de Obediencia Debida (Argentina). Para ello, debía ser coherente con pronunciamientos previos de la misma Comisión contra leyes de auto-amnistía dictadas por las dictaduras de Chile, Argentina y Brasil. Además, como los hechos que resultarían impunes por efecto de estas nuevas leyes incluían miles de desapariciones forzadas, debía seguir los lineamientos de múltiples declaraciones de la Asamblea General de la OEA y de la de Naciones Unidas, que calificaban a la práctica de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. Oliver Jackman, como Presidente de la CIDH, pronunció un discurso ante la Asamblea General de la OEA de 1989, que condenaba estas nuevas leyes en forma inequívoca⁴. Finalmente, la CIDH dictó las resoluciones 28 y 29, contra Argentina y Uruguay respectivamente, en las que establece la incompatibilidad de estas leyes de pseudo-amnistía, y de los decretos de indulto del Presidente Menem, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

⁴ Discurso de Oliver JACKMAN, Presidente de la CIDH, ante el primer Comité de la XIX Asamblea General al presentar el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Noviembre de 1989.

⁵ CIDH, Informe 28/92 e Informe 29/92, en Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992. Recientemente se dictó el Informe 36/96 en contra de Chile por el Decreto Ley de Amnistía del año 1978.

En el ámbito interamericano, esta doctrina de incompatibilidad de leyes de impunidad con las obligaciones del Estado se vio reforzada con las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeros casos contenciosos, contra Honduras y sobre desapariciones forzadas de personas. Aunque no hubo ocasión de pronunciarse sobre los obstáculos legales que pudieran presentar leyes internas de amnistía, la Corte desarrolló una teoría sobre las obligaciones afirmativas de los Estados cuando están en presencia de violaciones a la Convención de la gravedad intrínseca de las desapariciones, obligaciones que naturalmente se hacen extensivas a gobiernos sucesivos aunque estos últimos no hayan sido responsables de ellas. Por tratarse de crímenes de lesa humanidad, dijo la Corte, las desapariciones hacen surgir en el Estado la obligación de investigarlas, procesar y castigar a los responsables entre los agentes del Estado, y revelar a las familias y a la sociedad todo cuanto pueda establecerse sobre la suerte y paradero de las víctimas*. Además, esta obligación subsiste mientras dure cualquier incertidumbre sobre el destino de ellas⁶. Se trata de un deber afirmativo porque se lo encuadra no sólo en la obligación genérica de *respetar* los derechos sino en la de *garantizar* su ejercicio, conforme al art. 1.1 de la Convención Americana.

De esta manera, queda claro que, al menos cuando se trata de violaciones que tienen carácter de crímenes de lesa humanidad, el derecho de las víctimas frente al Estado no se agota en la obtención de una compensación pecuniaria, sino que requiere una reparación integral que incluye el derecho a la justicia y al conocimiento de la verdad. Con base en parte en la doctrina sentada en “Velásquez”, así lo ha manifestado el Relator Especial de Naciones Unidas para Restitución, Indemnización y Rehabilitación de las Víctimas de Violaciones Flagrantes a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el jurista holandés Theo VAN BOVEN, luego de un completísimo estudio⁷. Otros relatores especiales, en el ámbito de sus

* N. del comp.: sobre obligaciones del Estado, ver también, en este mismo ejemplar, KAWABATA, J. Alejandro, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

⁶ Corte IDH, casos “Velásquez Rodríguez” y “Godínez Cruz”, Sentencias sobre el Fondo, 29 de julio de 1988, párrafos 166, 175, 181 y otros. En igual sentido se pronunció la Corte en el caso “Caballero, Delgado y Santana”, Sentencia sobre el Fondo, 8 de diciembre 1995, punto resolutivo n° 5.

⁷ El informe del Relator Especial fue precedido por un seminario, cuyos aportes fueron publicados por Universidad de Limburgo y SIM, “Summary of the discussions” en *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht, Holanda, 11 al 15 de marzo de 1992.

propios mandatos, también han coincidido con VAN BOVEN. En los más recientes pronunciamientos, ellos se han ocupado específicamente de este emergente “derecho a la verdad” que tienen las víctimas y sus familiares⁸.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que es el órgano de interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha tenido ocasión de pronunciarse también sobre leyes limitativas del derecho de las víctimas a la justicia y al conocimiento de la verdad. Lo ha hecho tanto en el contexto de casos sometidos a su consideración bajo el Protocolo Facultativo, como en comentarios a los informes periódicos por países que son partes del tratado, como en sus comentarios autorizados a ciertos artículos del Pacto. Desde la perspectiva de este Comité, las leyes de amnistía son incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado si su efecto es el de crear un ambiente general de impunidad para las violaciones más serias de este tratado. En el caso “Quinteros vs. Uruguay”, el Comité se refirió específicamente al derecho de la familia de una persona secuestrada desde dentro de la embajada de Venezuela en Montevideo, a conocer la suerte y paradero de su ser querido⁹. En casos planteados contra las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, el Comité rehusó pronunciarse invocando falta de competencia, aduciendo que los hechos principales habían ocurrido antes de la entrada en vigencia del Pacto para la Argentina¹⁰. Sin embargo, en los comentarios a informes periódicos por países signatarios, el Comité ha insistido en inquirir sobre los efectos jurídicos de estas leyes y ha reiterado su parecer de que son incompatibles con el Pacto si contribuyen a crear un clima de impunidad para estas violaciones¹¹. El Comité ha afirmado que “... las

⁸ “*Question of Impunity of perpetrators of Violations of Human Rights (Civil and Political Rights)*”, final report prepared by Mr. L. JOINET, pursuant to Subcommission Resolution 1995/35, U.N. ESCOR, Comm’n on Hum. Rts., 48th Sess., Provisional Agenda Item 10, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/18 (1996). Ver también la reunión de expertos convocada por L. DESPOUY, Relator Especial sobre Estados de Emergencia, según su Octavo Informe Anual (UN Doc. E/CN.4/ Sub. 2/1995/20/ Corr.1). Según la minuta de esa reunión de expertos, ellos coincidieron en afirmar que el derecho a la verdad ha alcanzado estatus de norma de derecho internacional consuetudinario. Aunque se trata de una afirmación de gran apoyo a nuestras tesis, y con el debido respeto que nos merecen los antecedentes profesionales de dichos expertos, creemos que el asunto requiere mayor elaboración.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1992/1993, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, 12 de marzo de 1993, p. 162 y siguientes.

¹⁰ Comunicación n° 275/1988, “S. E. vs. Argentina,” 26 de marzo de 1990, pár. 5.3.

¹¹ Informe Argentina 1995, Perú 1996.

amnistías son en general incompatibles con el deber de los estados de investigar (actos de tortura), de garantizar que los habitantes estén libres de dichos actos dentro de su jurisdicción, y de asegurar que ellos no ocurran en el futuro”¹².

Cabría agregar por lo menos dos argumentos adicionales basados en el derecho internacional de los derechos humanos. Una es la cláusula de varios tratados que establece que algunos derechos son tan importantes que no son “derogables” ni aun durante los estados de emergencia¹³. Una ley de amnistía cuyo efecto fuera prohibir hasta la indagación de la verdad sobre hechos violatorios de esos derechos fundamentales, constituiría una legitimación de tales hechos y una derogación *a posteriori* de los mencionados derechos. Las cláusulas de no derogabilidad prohíben tanto la suspensión previa de esos derechos como la legitimación posterior de tal suspensión. En segundo lugar, el derecho a la verdad sobre violaciones masivas y sistemáticas del pasado es parte integrante de la libertad de expresión, que en todos los instrumentos internacionales se vincula con un derecho a la información en posesión del Estado¹⁴.

Estas decisiones judiciales y pronunciamientos de órganos especializados van configurando un cuerpo de doctrina, sustentado además en el trabajo intelectual de conocidos especialistas que les han dado sistematicidad y rigor¹⁵. Lo importante es consignar que estos aportes doctrinales parecen gozar de amplio consenso entre los autores, ya que no conocemos artículos u obras que pongan en duda sus aseveraciones esenciales¹⁶.

¹² CDH-ONU, Comentario General n° 20 (44) (Artículo 7), doc. ONU CPR-C-21-Re-Add.3, 7 de abril de 1992, párr. 15.

¹³ Art. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 27, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Art. 13.1, Convención Americana; art. 19.2, Pacto Internacional. Ver también, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, 1 de octubre de 1995, de próxima publicación por Article XIX, Londres.

¹⁵ La mejor argumentación de este principio emergente de una obligación del Estado frente a este tipo de violaciones está en ORENTLICHER, Diane, *Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation*, en *Human Rights an Agenda for the Next Century*, Louis HENKIN y John L. HARGROVE (eds.), American Society of International Law, Washington, 1994. De la misma autora, ver *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, en 100 Yale Law Journal 2537, 2551-94, 1991. En el mismo sentido, ROHT-ARRIAZA, Naomi (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford U. Press, Nueva York, 1995.

¹⁶ El artículo de ORENTLICHER en Yale L. J. fue objeto de crítica por Carlos NINO, y ésta de una contestación de ORENTLICHER, todos aparecidos en el mismo número. Sin embargo, los argumentos de NINO son de oportunidad y factibilidad política, y a nues-

También es importante destacar que, desde la publicación de todos estos antecedentes, la comunidad internacional ha dado algunos pasos tendientes a poner en práctica alguna forma de jurisdicción universal para este tipo de crímenes, incluyendo sus aspectos relacionados con el derecho a la verdad. Así, con auspicio de Naciones Unidas se han creado Comisiones de la Verdad en El Salvador, Haití y más recientemente en Guatemala, y se financió un esfuerzo de esclarecimiento parecido en Honduras, emprendido por el Comisionado Nacional para los Derechos Humanos de ese país, Leo VALLADARES. El Consejo de Seguridad, en uso de sus atribuciones bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ha creado dos tribunales penales internacionales para reprimir y castigar delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad en la ex Yugoslavia y en Rwanda. Y en el seno de la Asamblea General ha cobrado decidido impulso la vieja idea de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente, cuya creación se espera para 1998¹⁷.

III. Contenido de la obligación del Estado

Los crímenes de lesa humanidad son violaciones de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad cometidos de manera masiva y sistemática. Las desapariciones, las masacres, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la detención arbitraria prolongada, son crímenes de lesa humanidad. Si bien toda violación de una obligación internacional hace surgir una obligación de parte del Estado responsable de reparar el daño causado¹⁸, cuando se trata de crímenes de lesa humanidad la obligación del Estado es más amplia. No puede reducirse a una indemnización monetaria, porque ello implicaría permitir a los Estados mantener la impunidad a cambio de dinero. El concepto de reparación integral requeriría ante todo un esfuerzo por volver al *status quo ante*, remedio que en la mayoría de los casos no será posible. Pero además no puede considerarse integral la reparación si no incluye la investigación y revelación de los hechos y un esfuerzo por procesar y castigar penal y disciplinariamente a quienes resultaren responsables.

tro juicio no ponen en duda la existencia de principios jurídicos de validez universal sobre este tema.

¹⁷ En relación con este tema se puede consultar FERNÁNDEZ, Silvia, *Elementos para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional Eficaz e Independiente*, y GUARIGLIA, Fabricio, *Algunas Reflexiones sobre el Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional Permanente*, en revista "IIDH", n° 23, enero-junio 1996.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, "Barcelona Traction", ICJ Reports, 1970.

El derecho a la verdad es parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y de buena fe. Decimos “en la medida de sus posibilidades” porque se trata de obligaciones de medio y no de resultado. Por ejemplo, el hecho de que en una causa los presuntos autores resulten absueltos por falta de pruebas no hace incurrir al Estado en violación de la obligación de Justicia, si la causa se ha procesado y perseguido de buena fe. Huelga decir que todas estas obligaciones deben cumplirse en condiciones compatibles con las normas internacionales sobre debido proceso de ley. En tal sentido, algunas de las leyes de “lustración” de los países del Este europeo, aunque tienden a poner en conocimiento de la sociedad la verdad de lo acontecido durante los regímenes comunistas, son condenables porque imponen sanciones como la inhabilitación para ciertos puestos a los que resulten nombrados en las listas de los ex-servicios de inteligencia, sin darles a los sancionados oportunidad alguna para hacer sus descargos.

Si bien estas cuatro obligaciones son interdependientes, debe destacarse que cada una admite un cumplimiento separado. Como se ha dicho, no es permisible que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir. Pero si una de ellas se hace de cumplimiento imposible, las otras tres siguen en plena vigencia. Así, es posible que una ley de pseudo-amnistía imponga un obstáculo insalvable a la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables. Sin embargo, el Estado sigue obligado a indagar la verdad allí donde todavía impere el secreto y el ocultamiento, y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad. Para dar otro ejemplo, si se interpretara el alcance de una ley de pseudo-amnistía en forma tan amplia que hiciera precluir para siempre el derecho a la reparación en favor de las víctimas, esa ley constituiría expropiación sin debido proceso y violación del derecho de propiedad de los familiares afectados¹⁹.

¹⁹ La Corte Suprema chilena declaró la inaplicabilidad de la ley 16.519 del 27 de julio de 1966, que concedía amnistía a los responsables de delitos previstos en la ley de

En el marco de esta cuádruple obligación, importa dilucidar qué *verdad* es la que el Estado está obligado a buscar y a revelar. Asumimos que el Estado no está inmediatamente en posesión de todos los elementos de juicio para establecer los hechos que permanecen ocultos. Por ejemplo, es posible que haya documentación en archivos secretos, o agentes del Estado con conocimiento de los hechos pero que guardan un mal entendido espíritu de cuerpo o se escudan –erróneamente, como se verá *infra*– en el derecho a no declarar contra sí mismos. Por ello, en todos estos casos estaremos ante la necesidad de un esfuerzo sostenido y sistemático de investigación y acumulación de evidencias, esfuerzo que casi siempre demandará atención y recursos humanos y materiales de envergadura.

En primer lugar, ese esfuerzo deberá estar destinado a establecer la verdad sobre la estructura represiva que condujo a la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluyendo las líneas de mando, las órdenes impartidas, los establecimientos que se hayan utilizado y los mecanismos utilizados concientemente para asegurar la impunidad y el secreto de estas operaciones. Se trata del modelo seguido por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (Conadep), establecida por el Presidente Raúl Alfonsín en la Argentina, y presidida por el escritor Ernesto Sábato. El Informe Sábato no se planteó establecer la suerte y paradero de cada una de las casi 9,000 personas desaparecidas cuya identidad comprobó, porque la continuidad natural de la actividad de la Conadep eran las causas penales que se procesarían caso por caso y con mejores posibilidades de establecer esos hechos en forma pormenorizada.

En Chile, en cambio, se sabía de antemano que la mayor parte de los crímenes de lesa humanidad no serían procesados penalmente por imperio de la ley de auto-amnistía que Pinochet había dictado en 1978, y cuyo efecto jurídico de ley penal más benigna y de derecho adquirido para los potenciales acusados no se quería alterar. Por ello, la llamada Comisión Rettig se planteó la necesidad de establecer una verdad circunstan-

abusos de publicidad (ley 15.576). Dicha amnistía se hizo efectiva a “los efectos civiles provenientes de esos delitos e infracciones”. Pues bien, al fallar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la Corte expresó:

“Que lo dispuesto en los preceptos que preceden, y otras disposiciones de nuestra legislación que es inoficioso recordar, se infiere que el ofendido por el delito o cuasidelito tiene derecho de dominio, que se llama también propiedad, de un crédito contra el ofensor, que adquirió y se incorporó a su patrimonio desde el momento de la ejecución del hecho punible, derecho que es de carácter esencialmente civil, personal, incorporal y susceptible de ser transmitido por causa de muerte y cedido en el juicio una vez deducida la acción”. “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, 1966, segunda parte, sección cuarta, p. 363.

ciada para cada una de las víctimas cuyo caso llegara a su conocimiento²⁰. Esta verdad individualizada, verdadero hallazgo de la experiencia chilena, es la obligación que el Estado y la sociedad debe a cada víctima y a cada familia de un desaparecido, obligación que –como dijo la Corte Interamericana en “Velásquez”– permanece en vigencia en tanto subsista cualquier incertidumbre sobre la suerte y paradero de la víctima del abuso estatal.

A pesar de lo mucho que se ha hecho en la Argentina para romper el ciclo de impunidad (mucho en comparación con otros países), es esta verdad individualizada la que en la amplia mayoría de los casos sigue sin conocerse. Es por eso que el legado de la represión ilegal del gobierno del Proceso irrumpe repetidamente en la conciencia colectiva y en el debate público, como lo hizo durante varios meses a partir de las revelaciones del Capitán de Corbeta Adolfo Scilingo²¹. Es a todas luces evidente que el Estado argentino tiene a su disposición elementos de juicio que constituyen un rico acervo por donde empezar a averiguar lo que pasó con cada desaparecido. Se puede empezar con los archivos de la Conadep y de todas las causas fenecidas por aplicación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida; se deben identificar los centenares de restos humanos enterrados como NN; se puede obligar a agentes del Estado que, como Scilingo, conocen aspectos importantes de los hechos, a prestar su colaboración. Por ello, la falta de acción en este sentido compromete la responsabilidad internacional de la Argentina.

Un tercer aspecto del contenido de la verdad a investigar y revelar es el que concibe al esfuerzo como un proceso en el cual las víctimas o sus familiares son invitadas a ser oídas por un ente estatal o al menos representativo de la sociedad en que viven, después de que las autoridades se han negado a escucharlas y aun a recibirlas, cuando no las han hecho objeto de intimidaciones y amenazas para que no persistan en la averiguación de la verdad. La Comisión Rettig y más recientemente la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica hicieron hincapié en la necesidad de constituirse en lugares remotos del territorio nacional y de escu-

²⁰ Informe Comisión de Verdad y Reconciliación, t. I, at. 3, 1991. También ver ZALLAQUETT, José, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints*, en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, Nueva York, 1989, reimpresso en 13 Hamline L. Rev. 623, 1990.

²¹ VERBITSKY, Horacio, *El Vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995. Ver también el histórico mensaje del General Martín BALZA del 25 de abril de 1995 (ver MÉNDEZ, Juan E., *Dead Reckoning*, en “Hemisfile”, vol. 7, n° 2, marzo-abril 1996, p. 9) y las acciones judiciales entabladas por familiares de desaparecidos a raíz de esas revelaciones, “El Derecho”, 14 y 15 de septiembre de 1995.

char a las víctimas en audiencias públicas, como parte de este proceso saneador. Escuchar a las víctimas es, claro está, sólo un primer paso en la averiguación de los hechos, ya que las familias no quieren que el informe final simplemente repita lo que ellas ya saben, y también porque sus dichos deben, en todo caso, ser corroborados. Pero el proceso en sí mismo es parte del contenido de la obligación, ya que el establecimiento de la verdad no puede hacerse al margen de los aportes que las víctimas hagan, y más concretamente porque el objetivo fundamental de cicatrizar las heridas en el tejido social sólo se puede lograr si se altera radicalmente la relación que hasta ese momento el Estado y la sociedad tenían con las víctimas.

En otros casos, las Comisiones de la Verdad han producido informes que incluían una verdad limitada. Por ejemplo, la establecida como parte de los acuerdos de paz para El Salvador incluyó muy buena información sobre algunos casos (como el asesinato de los Jesuitas) pero relativamente poca sobre la estructura de los escuadrones de la muerte, un fenómeno represivo particularmente importante en ese país. Además, su informe incluyó casos atribuibles a la oposición armada, pero solamente de parte de una de las facciones del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional. Estas limitaciones indudablemente restaron peso y valor a la experiencia, pero en todo caso el esfuerzo tuvo un balance positivo, tanto porque se reconoció que esos límites eran propios de lo exiguo del tiempo asignado, como por el reconocimiento de que los comisionados y sus asesores trabajaron con absoluta buena fe e imparcialidad. La enseñanza es, a nuestro juicio, que la verdad a descubrir debe ser comprensiva y representativa de la realidad represiva a la que se dirige, pero también que una verdad limitada es de todos modos válida a condición de haber sido obtenida imparcialmente y sin ocultamiento de otros aspectos significativos.

Un debate importante se ha producido sobre si las comisiones de la verdad deben nombrar o no a los presuntos autores de los crímenes cuya identidad conocen a través de su actividad investigativa. Ni la Comisión Sábato ni la Rettig incluyeron tales nombres, aunque en cada caso pasaron los antecedentes a la justicia para indagaciones ulteriores. La Comisión para El Salvador, en cambio, sí publicó los nombres de los agentes presuntamente responsables y ello hizo aún más evidente la limitación antes apuntada sobre el cubrimiento del universo represivo de los doce años de guerra sucia en ese país. En el caso de Sudáfrica, como la misma Comisión de Verdad y Reconciliación debe conceder amnistías individuales a quienes confiesen sus crímenes, y las presentaciones son públicas, la individualización de autores será inevitable. En Guatemala, la Comisión de la Verdad que inicia sus labores en estos días tiene expresamente limi-

tado su cometido por los acuerdos de paz a no establecer responsabilidades individuales²².

Autores influyentes como José ZALAUQUET afirman que bajo ninguna circunstancia una comisión de la verdad debe revelar nombres, porque ello invadiría automáticamente la esfera de los órganos de justicia y vulneraría el derecho de los nombrados a un juicio justo, aun si el efecto de tal mención sea una condena exclusivamente moral. A nuestro juicio, ello depende de la posibilidad concreta de que al informe de la comisión de la verdad sigan procesos penales contra los presuntos responsables. Si ese es el caso, convendrá que la Comisión de la Verdad reserve esos nombres y someta los antecedentes respectivos a la justicia. Pero en muchos casos la Comisión de la Verdad será el único o el último paso en dirección a la ruptura de la impunidad; en esa circunstancia, la reserva de los nombres de los presuntos autores hará del informe algo menos que toda la verdad y se contribuirá así más bien al ocultamiento. Si no va a haber posibilidad de procesamiento y castigo, la Comisión de la Verdad debería revelar los nombres, a condición de arbitrar algún medio para dotar a los así nombrados de un mínimo de debido proceso para ser escuchados antes de sufrir una condena moral.

Otros esfuerzos conciben a las comisiones de la verdad como un intento de esclarecimiento de la verdad histórica, como lo hace el acuerdo respectivo del proceso de paz para Guatemala, y cuya Comisión, presidida por el jurista alemán Christian TOMUSCHAT, acaba de iniciar sus actividades. Como lo revela el texto mismo del acuerdo, las partes han tratado en Guatemala, en forma no muy bien disimulada, de limitar al mínimo el esfuerzo investigativo de la Comisión para que no revele hechos concretos ni responsabilidades personales ni institucionales. Aun así, es de esperar que la probidad de los comisionados recién nombrados, la seriedad del trabajo de los funcionarios que Naciones Unidas contrate para asistirlos, y especialmente la presión de los organismos no gubernamentales de Guatemala, resulten en una considerable ampliación del enfoque de esta Comisión. Desde ya, sin embargo, es posible destacar la falacia de intentar zanjear interpretaciones de acontecimientos históricos por ésta o por cualquier otra vía. La naturaleza misma de los acontecimientos históricos es que se prestan siempre a interpretaciones encontradas. Ni las Comisiones de la Verdad ni los procesos penales deben aspirar a hacer más que lo que pueden hacer eficazmente: establecer una base fáctica innegable sobre la cual

²² Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, adoptado el 23 de junio de 1994 en Oslo.

se pueda luego avanzar con mayor precisión en las distintas interpretaciones de la historia²³.

En definitiva, el esfuerzo debe estar dirigido al conocimiento y al reconocimiento, como lo ha expresado recientemente el autor inglés Timothy GARTON-ASH en relación con el experimento sudafricano²⁴. El conocimiento consiste en la verdad de hechos que, a partir de la evidencia acumulada, ya no puedan negarse. Se podrá siempre aducir causas exculpatorias de orden ideológico o histórico, o razones de emergencia, de fuerza mayor, estado de necesidad, o imperioso requerimiento de la salvación nacional, aunque se expresen estas justificaciones en sentido figurado o retórico. Pero lo importante es que, como ha ocurrido en gran medida en el Cono Sur, no puedan ya razonablemente negarse los hechos incontrastables de las atrocidades cometidas. En cuanto al reconocimiento, es una especie de transformación que sufre la verdad histórica cuando ella es asumida en forma oficial por la sociedad y por el Estado, al decir del filósofo norteamericano Thomas NAGEL²⁵. Al establecer los hechos de esta manera solemne y oficial, la sociedad le dice a las víctimas que su padecimiento no ha pasado desapercibido y que se lo conoce y se lo reconoce con la intención de contribuir a evitar que se repita en el futuro.

IV. La obligación estatal y el problema de la jurisdicción

Al suscribir tratados internacionales, los Estados se comprometen a que las disposiciones en ellos contenidas se conviertan en derecho interno. Esto es especialmente cierto en el caso de tratados que consagran derechos para las personas. En la mayoría de los países latinoamericanos, los tratados internacionales son parte integrante del derecho nacional* desde

²³ OSIEL, Mark, *Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre*, 144 U. Penn. L. Rev. 463, 680 (1995).

²⁴ GARTON ASH, Timothy, *The Curse and Blessing of South Africa*, en "The New York Book Review", vol. XLIV, n° 13, 14 de agosto de 1997. Del mismo autor y sobre el tema de los archivos de la Stasi de la ex Alemania Oriental, ver *The File*, Harper Collins, Londres, 1997.

²⁵ Citado por Lawrence WESCHLER en *Epilogue, State Crimes*, op. cit., nota 17, p. 93. Tanto en GARTON-ASH como en NAGEL, la palabra inglesa que aquí se traduce como "reconocimiento" es *acknowledgement*.

* N. del comp.: sobre incorporación del derecho internacional en el derecho interno, ver en este mismo ejemplar, DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*.

el momento de su ratificación, sin necesidad de legislación de implementación. Más aún, en las constituciones más recientes se consagra el principio de que tales tratados tienen rango constitucional o, cuando menos, que ocupan un rango intermedio: inferior en jerarquía a la Constitución pero superior a las leyes. De ahí que la inexistencia de legislación específica no puede ser obstáculo para la vigencia de un derecho que se encuentra consagrado en un instrumento internacional.

Desde luego, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída ante ella. Por ello, en principio serán válidas diversas experiencias o intentos de dar cumplimiento a la obligación de investigar y revelar la verdad sobre violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales. Es posible concebir tal cumplimiento, por ejemplo, por vía de una comisión investigadora del Congreso, o por vía de una comisión de la verdad organizada bajo el ámbito del poder administrador, o hasta por una oficina del Defensor del Pueblo²⁶. Lo que importa es que el Estado cumpla, que lo haga de buena fe y en forma completa dentro de la medida de sus posibilidades. Reconocemos que esta cláusula de “en la medida de sus posibilidades” puede abrir una inmensa válvula de escape a los Estados para el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Sin embargo, nos parece que esta es una obligación de medio y no de resultado, ya que no es inconcebible que ciertos aspectos de la verdad estén perdidos para siempre. Además, la obligación de cumplir de buena fe, vigente siempre como método de interpretación de toda obligación internacional²⁷, será siempre una forma de acotar ese margen, conforme a las circunstancias.

Sin embargo, 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. Por ello, no podemos estar de

²⁶ Ejemplo de esta última es el informe del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, Leo VALLADARES. Ver su informe *Los Hechos Hablan por Sí Mismos*, publicado en versión inglesa por Human Rights Watch, Washington, 1994.

²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31 y art. 26.

acuerdo con la invocación de falta de jurisdicción que se hace en el voto del Dr. CORTELEZZI, formando mayoría, para rechazar el pedido de medidas de investigación e información en una de las causas reabiertas a raíz de las declaraciones del Capitán Scilingo²⁸. Si las normas procesales son insuficientes o guardan silencio sobre cómo dar eficacia a una obligación que se percibe como efectiva y vinculante, la responsabilidad de los tribunales es la de diseñar un remedio adecuado –lo que en el derecho anglosajón suele llamarse *fashioning a remedy*–. Para ello no es necesario echar mano a concepciones fantasiosas ni antojadizas de las atribuciones que cada tribunal tiene; basta con aplicar analógicamente medidas previstas en los ordenamientos procesales (citación de testigos, obtención de documentos, etc.). Esta aplicación analógica es posible sin mayor violencia a las funciones tradicionales de los jueces, porque el fin inmediato de cada medida es el mismo –el conocimiento de la verdad de los hechos– aunque el propósito último no sea castigar penalmente ni imponer indemnización por responsabilidad civil.

Tampoco nos parece persuasivo el argumento de que las leyes de pseudo-amnistía o decretos de indulto hagan imposible tales medidas. Para ello se alegan dos variantes argumentativas: una es que ya no existe causa penal porque el efecto jurídico de esas leyes y decretos es el de dar por fenecida la acción penal²⁹. La otra es que no se puede citar a quienes conocen de los hechos porque se violaría el principio de *non bis idem* así como su derecho a negarse a declarar contra sí mismos³⁰. El primer argumento es de un excesivo formalismo, y reduce la actividad jurisdiccional a la acción penal. En rigor, en la petición a que aludimos no se insta la acción penal contra persona alguna, sino que se solicitan medidas de esclarecimiento de hechos cuyo conocimiento compete a los tribunales, y con el objeto de dar cumplimiento a una obligación internacional. El segundo argumento es también insostenible, porque las medidas de investigación propuestas al sólo fin de dar eficacia al derecho a la verdad no son homologables a un proceso penal. El presunto responsable de un delito no puede invocar el *ne bis in idem* si las preguntas que se le formulan no están destinadas a sancionarlo penalmente. De la misma manera, su derecho a no declarar contra sí mismo se reduce exclusivamente a aquellas declara-

²⁸ CNCrim. y Correc. Fed., en pleno, julio 18, 1995; Causa n° 76, “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”, en “El Derecho”, Buenos Aires, jueves 14 de septiembre de 1995, p. 10.

²⁹ *Ibíd.*, voto Dra. RIVA ARAMAYO, p. 14.

³⁰ *Ibíd.*, voto Dr. CORTELEZZI, p. 10

ciones que puedan resultar en una sanción penal. Como tal sanción está definitivamente excluida por virtud de las leyes y decretos que consagraron la impunidad de los hechos, la persona que conoce de ellos está obligada a responder a las preguntas que le formulen los tribunales, tanto por su calidad de testigo como por su condición de agente del Estado que debe coadyuvar al cumplimiento de obligaciones de ese Estado.

En este caso, la obligación de declarar es análoga a las obligaciones de prestar testimonio en causas civiles o administrativas, en las cuales no rige tal derecho a no colaborar con la justicia, ni aún en el caso de que el declarante fuera también demandado, lo cual ni siquiera es el caso de estas medidas investigativas. Lo contrario sería dar a las leyes y decretos de impunidad un alcance no contemplado y que haría aun más flagrante el privilegio en favor de los presuntos actores represivos: no sólo se beneficiarían de la extinción de la acción penal, sino que además, a diferencia de otros testigos, se les daría inmunidad para no colaborar con la acción de la justicia. Como ha dicho Harry BLACKMUN, ex juez de la Corte Suprema norteamericana, “una ley del Congreso jamás debe ser interpretada de modo de violar el derecho de gentes si existe cualquier otra interpretación posible”³¹. Esto significa que, en todo momento, el juez debe buscar la interpretación más restrictiva de las leyes de impunidad, de modo de hacerlas compatibles con otras obligaciones internacionales del Estado.

No obsta a esta tesis el hecho obvio de que, en algunas circunstancias, será el Ejecutivo el poder que está en mejores condiciones de cumplir con la obligación de investigar y revelar la verdad, ya que los documentos estarán en archivos dependientes del Ejecutivo, y porque los agentes con conocimiento de los hechos serán integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad, por definición dependientes de la rama ejecutiva. Si el Ejecutivo cumple de buena fe con el contenido de la obligación en su totalidad, no habrá papel alguno que tenga que jugar el poder judicial. Si en cambio no hay voluntad política en el Ejecutivo de seguir investigando la verdad hasta dar respuesta completa al interés legítimo de cada víctima, los tribunales tienen la obligación de arbitrar medios para hacer efectivo ese cumplimiento, mediante órdenes impartidas por los jueces a las autoridades administrativas respectivas o mediante allanamientos de locales o citaciones para declarar como testigos³².

³¹ BLACKMUN, Harry, *The Supreme Court and the Law of Nations*, en 104 Yale L.J. 39, citando el caso “Murray vs. Schooner Charming Betsy”, 6 US (2 Cranch) 64, 118 (1804).

³² Un segundo argumento del voto del camarista CORTELEZZI en el caso aludido es que el Estado argentino ha dado cumplimiento sustancial a la obligación. Cit., p. 12.

Afortunadamente, las batallas jurídicas para obtener el reconocimiento del derecho a la verdad no terminan con las leyes de amnistía, condenadas moralmente con fuerza cada vez mayor. En la Argentina, una de las varias causas reabiertas a raíz de las declaraciones de SCILINGO se encuentra a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ella, el nuevo Procurador General de la Nación, Nicolás Eduardo Becerra, ha emitido un dictamen favorable a la petición de que la Cámara Federal de la Capital asuma su competencia y realice diligencias para establecer el destino y paradero de los desaparecidos en dependencias del I Cuerpo de Ejército durante la “guerra sucia”³³. La misma Cámara Federal, en peticiones similares referidas a la causa por los crímenes cometidos en la Escuela de Mecánica de la Armada, ha convocado a algunos testigos a prestar declaración con similar propósito. En el Uruguay, el senador Rafael Michelini ha iniciado una intensa campaña para formar una Comisión de la Verdad sobre el tema de los desaparecidos durante la dictadura militar. Como parte de esa campaña, el senador Michelini radicó ante un juzgado penal una *notitia criminis* sobre el presunto enterramiento clandestino de esos desaparecidos, luego de su fusilamiento. El juez Alberto REYES ha dado curso a la petición con base en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, recientemente incorporada al derecho interno uruguayo, y cuyo art. 10 prohíbe la invocación de circunstancias excepcionales para violar las obligaciones allí asumidas³⁴. En Guatemala, la ley de amnistía dictada en diciembre de 1996 para culminar el proceso de paz es la primera en su género que contiene excepciones a su aplicabilidad a crímenes gravísimos. Además, las organizaciones no gubernamentales de ese país han presentado acciones judiciales, hasta ahora exitosas, para impedir su extensión a algunos de los crímenes más notorios de los últimos años³⁵.

Aunque el grado de cumplimiento del Estado argentino, por vía de la Conadep y de los juicios a los comandantes es altamente loable, no se ha hecho todo lo que está en manos del Estado hacer para dar a cada familia la información particularizada sobre el destino y paradero de cada desaparecido, aspecto fundamental de lo que, como vimos, integra el contenido del derecho a la verdad.

³³ “Aguiar de Lapacó, Carmen s. Recurso Extraordinario” (Causa n° 450), dictamen del 8 de mayo de 1997.

³⁴ MICHELINI, Felipe, *El largo camino de la verdad*, en revista “IIDH,” n° 24, de próxima aparición.

³⁵ Ver en general, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado, *Memoria del Taller Internacional Metodología para una Comisión de la Verdad en Guatemala*, Alianza contra la Impunidad, Guatemala, 1996.

V. Conflicto entre verdad, justicia y reconciliación

Aunque el derecho a la verdad y a la justicia tenga sólidos fundamentos jurídicos, es preciso abordar los argumentos políticos y éticos que a menudo se esgrimen para defender políticas públicas que favorecen el olvido y la clemencia. El argumento más frecuentemente utilizado para justificar las leyes de amnistía es la necesidad de la reconciliación nacional para cerrar un ciclo de enfrentamientos. Este objetivo es prioritario, especialmente en momentos en que un país procura encontrar soluciones negociadas a un conflicto armado, como en El Salvador y en Guatemala. La amnistía es necesaria para facilitar la reintegración de combatientes a la vida política pacífica, y esa necesidad ejerce poderosa presión en favor de una amnistía simétrica para los integrantes de las fuerzas armadas regulares. Tal tipo de amnistía es además un requisito del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos no internacionales³⁶. Pero esa amnistía exigida por el derecho internacional es la que se refiere a delitos propios del conflicto mismo, como los de rebelión y sedición, y no a las violaciones gravísimas a las leyes de la guerra que hayan cometido los insurgentes. Paralelamente, es admisible una amnistía que cubra las violaciones relativamente leves cometidas por las fuerzas del orden, como arrestos arbitrarios y malos tratos leves, pero la amnistía que ponga fin al conflicto no debe cubrir ni crímenes de guerra ni crímenes de lesa humanidad.

De todos modos, sería un error oponerse al objetivo de la reconciliación nacional. Antes bien, el objeto fundamental de toda política dirigida a reivindicar la verdad y la justicia debe ser la reconciliación³⁷. Pero la reconciliación no puede ser impuesta por decreto. La preservación de la impunidad para los crímenes más graves supone exigir de las víctimas que renuncien a su derecho, sin exigir de los que violaron sus derechos ninguna conducta especial. El resultado no es una reconciliación verdadera, porque la reconciliación requiere algún acto de contrición por parte de los responsables de los daños cometidos, así como algún gesto por parte de la sociedad y el Estado para con las víctimas.

Entre los autores que reconocen la necesidad de comportamientos afirmativos por parte del Estado para restaurar la verdad y la justicia frente a violaciones masivas y sistemáticas, hay quienes postulan la necesidad de poner el énfasis en la investigación y divulgación de los hechos viola-

³⁶ Art. 6 (5), Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra.

³⁷ ZALAQUETT, José, *Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations*, 43 Hastings L. J., 1992, p. 1430.

torios y de las circunstancias que los rodearon, pero prefieren no exigir de los Estados demasiado en cuanto a procesar penalmente a los responsables. El principal exponente de esta corriente es José ZALAQUETT, para quien el conocimiento de toda la verdad es condición de legitimidad de toda política pública dirigida a superar la impunidad³⁸. Otros favorecen directamente la renuncia a todo intento de procesamiento penal y proponen el establecimiento de Comisiones de la Verdad como única respuesta³⁹. Así concebidas, las comisiones de la verdad se convertirían en pobres sustitutos de la justicia ("justicia con minúscula" al decir de GARTON-ASH) y su efecto sería peor aún que el de no hacer nada. Precisamente el valor de las Comisiones de la Verdad más exitosas es que su creación no estaba basada en la premisa de que no habría juicios, sino que eran un paso en el sentido de la restauración de la verdad y, oportunamente, también de la justicia.

Esto no significa negarle valor a un esfuerzo serio y honesto de confrontar a la sociedad con la verdad sobre los crímenes horrendos del pasado reciente. Creemos, con el juez Richard GOLDSTONE, de Sudáfrica, que un esfuerzo tal constituye un paso importante en la dirección de la justicia⁴⁰. Pero lo es sólo bajo la condición de que las víctimas y la sociedad lo reciban como un elemento de una política global y comprensiva de superación de la impunidad y no como un intento de canjear el derecho a la justicia por un informe.

Además, aunque las Comisiones de la Verdad sean una novedad digna de ser estudiada y adaptada a diversas situaciones, su proliferación en años recientes reclama un estudio detenido. Las experiencias mencionadas hasta ahora son uniformemente positivas, aunque con algunas varia-

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ KRAUTHAMMER, Charles, *Truth, Not Trials*, "The Washington Post", 9 de setiembre de 1994; FORSYTH, David, conferencia *Legal Justice for Human Rights Violations: A Political Analysis*, Kroc Institute for International Peace, Universidad de Notre Dame, 5 de febrero de 1996; PASTOR, Roberto, citado en *The Nation: Nuremberg Isn't Repeating Itself*, "The New York Times", 19 de noviembre de 1995. En la medida en que estos autores se basan en los escritos de ZALAQUETT, distorsionan su posición. Aunque indudablemente ZALAQUETT favorece la Verdad por encima de la Justicia, él admite que para los crímenes de lesa humanidad el derecho internacional exige el castigo. Su posición es que los gobiernos democráticos deben ser alentados a procesar penalmente a los violadores de derechos humanos si pueden hacerlo, pero que no debemos exigirles que cumplan esa obligación si al hacerlo se pone en peligro la estabilidad democrática y se arriesga la recurrencia de los hechos que precisamente se quieren superar. Cit., p. 1428.

⁴⁰ Citado en GARTON-ASH, ver *supra* nota 23.

ciones. Pero también se han dado experimentos fallidos, como el de Haití, en que la Comisión de la Verdad auspiciada por Naciones Unidas no produjo ninguna información importante que no se conociera de antemano, y cometió además el gravísimo error de mantener su propio informe en el secreto durante varios meses⁴¹. Es de esperar que la Comisión de la Verdad recientemente constituida en Guatemala rinda mejores frutos pero, como se menciona más arriba, las condiciones de su creación por vía de los acuerdos de paz no son alentadoras.

La atención del mundo está hoy puesta en la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, cuyo período de funcionamiento culmina a fines de 1997. Se trata del primer intento de vincular específicamente los objetivos de verdad, justicia y reconciliación en el cometido mismo de la comisión, que preside el Arzobispo Desmond Tutu. La ley de creación incluye una amnistía (*indemnity* en el lenguaje jurídico sudafricano) condicionada a la confesión de los crímenes y a la veracidad del testimonio respectivo. Al final del proceso, quienes no se hayan valido de la oportunidad de solicitar la amnistía o quienes no hayan sido veraces y completos en sus dichos pueden ser procesados penalmente. También serán excluidos de la misma quienes, a juicio del panel especial conformado por jueces que otorga el beneficio, hayan actuado con especial malicia o para ganancia personal⁴². Entre tanto, algunos juicios penales por atrocidades cometidas durante el régimen del *apartheid* se vienen procesando. Al final, las condiciones especiales de Sudáfrica seguramente resultarán en un alto grado relativo de impunidad para los múltiples crímenes atroces ocurridos entre 1960 y 1993, y habrá que juzgar la validez de la Comisión de Verdad y Reconciliación conforme a sus resultados. Pero entre tanto se ha conseguido ya arrojar mucha luz sobre hechos que se mantenían ocultos, se ha logrado concitar la atención de la ciudadanía sobre los mismos, y se ha impuesto la condición a quienes se creen con derecho a pedir clemencia en aras de la reconciliación a que hagan su propio aporte a la cicatrización de las heridas en el cuerpo social.

En definitiva, conviene recordar que el derecho a la verdad no sólo es parte integral del derecho a la justicia, sino que en algunas circunstancias se hace efectivo de manera más completa y satisfactoria mediante procesos penales transparentes y conducidos con todas las garantías de un juicio justo. Esta afirmación no se hace para negar validez a las comisiones

⁴¹ BRODY, Reed, *Impunity Continues in Haiti*, en "NACLA Report on the Americas", septiembre-octubre 1996.

⁴² República de Sudáfrica, Ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación (Promotion of National Unity and Reconciliation Bill) B 30-95.

de la verdad, sino para salir al cruce a cierto prejuicio contra los procesos penales a los que se ve automáticamente como expresiones de una actitud vengativa, o en todo caso como inherentemente desestabilizadores⁴³. En realidad, la experiencia histórica no avala esa postura. El juicio contra los integrantes de las juntas militares en la Argentina no sólo contribuyó tanto como la Conadep al conocimiento y al reconocimiento social de las atrocidades del Proceso, sino que ha tenido un efecto profundamente estabilizador sobre la democracia del país. Por supuesto, la postura inversa no es demostrable; el argumento político en favor de los juicios no puede basarse en una apuesta sobre el comportamiento eventual de los enemigos de la democracia (lo cual a su vez depende del poder residual relativo que todavía conserven), sino en la calidad de la democracia que se pretende construir a la salida de una tragedia nacional signada por el crimen de Estado y su impunidad⁴⁴.

Importa aquí analizar si hay o no ventajas comparativas que indiquen la conveniencia de tratar de satisfacer el derecho a la verdad por vía de una comisión de la verdad o por vía de los juicios penales. Es cierto que las comisiones de la verdad pueden concentrar el esfuerzo en pocos meses o años y forzar así la atención de la comunidad nacional en un proceso de esclarecimiento que tiene, por lo mismo, un efecto de catarsis social de gran valor. También tienen el mérito de dar rápida satisfacción al legítimo interés de las víctimas en ser escuchadas y respetadas en su sufrimiento por un cuerpo oficialmente delegado para representar a la sociedad en esa tarea. Y por cierto, pueden cumplir una tarea muy útil de recopilación preliminar de pistas y evidencias que luego facilitarán enormemente la labor de fiscales y jueces.

Pero como método de averiguación de los hechos las comisiones de la verdad tienen una limitación importante, porque a pesar de los esfuerzos investigativos y de corroboración, tenderán a reflejar mucho más la visión de las víctimas o en todo caso dependerán, para una visión más equilibrada, de la cooperación de los represores, que rara vez se presta voluntariamente. Precisamente por no ser órganos jurisdiccionales, las comisiones de la verdad en general no cuentan con los instrumentos de investigación

⁴³ Ver cita 35.

⁴⁴ MÉNDEZ, Juan E., *Introduction*, en *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, A. James McADAMS (ed.), U. of Notre Dame Press, 1997. Además de los argumentos jurídicos para la obligación de castigar, la mejor exposición de los argumentos éticos y políticos en favor de los procesos penales en casos de crímenes de lesa humanidad en NEIER, Aryeh, *What Should be Done About the Guilty*, en "New York Review of Books", 1 de febrero 1990, p. 32.

y de autoridad estatal para hacerse de pruebas compulsivamente, como sí lo hacen los tribunales de justicia. Además, todo proceso de búsqueda de la verdad fáctica es implícitamente falible; ni las comisiones de la verdad ni los tribunales están exentos de cometer errores. Pero como método de llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso⁴⁵. Además, la verdad obtenida en juicio en que los acusados gozan de igualdad de armas para confrontar la prueba de cargo, ofrecer la propia e invocar causales de justificación de todo tipo tiene un poder persuasivo y una calidad especial que la hace innegable. Ese carácter de innegable de los hechos en disputa es al que debe aspirar el Estado que quiera cumplir de buena fe con su obligación de hacer respetar y garantizar el ejercicio del derecho a la verdad.

⁴⁵ En relación con los límites del procedimiento como método para alcanzar la verdad, ver FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, España, 1995, ps. 51-70.

La verdad, derecho de la sociedad

Alicia Oliveira
María José Guembe

Para los atenienses de hace 25 siglos el antónimo de olvido no era memoria, era verdad. La verdad de la memoria en la memoria de la verdad. Las dos son formas de la poesía extrema, ésta que siempre insiste en develar enigmas velándolos. Alguien dijo que la poesía es la sombra de la memoria. Creo que, en realidad, la poesía es memoria de la sombra de la memoria. Por eso nunca morirá.

Juan GELMAN

I. Introducción

El desarrollo del derecho a la verdad requiere la introducción de algunos elementos que ayuden a comprender porqué éste fue sustraído; para ello es necesario analizar la urdimbre donde se desarrollaron los conflictos. Las contradicciones, externas e internas del sistema político, cuál fue el discurso y cuáles las situaciones fácticas que lo apoyaron.

Nuestra misión es explicar cómo desapareció y volvió a recrearse tal derecho. Con ese fin analizaremos la interacción del sistema del terrorismo de Estado en el lugar “institucional” donde debió “garantizarse el respeto por los derechos del hombre”, esto es el Poder Judicial.

II. El terrorismo de Estado y la actuación del Poder Judicial

Si bien comenzaremos con el hecho central del 24 de marzo de 1976, es cierto que el proceso de sustracción y de ilegalidad se inició antes. Se ejerció tanto desde el Estado como a través de fuerzas paraestatales; estas últimas fueron protagonistas de secuestros o asesinatos, en tanto que desde el Estado se utilizó –entre otras cosas– la censura en el lenguaje como inicio del cercenamiento de la verdad. Basta recordar la prohibición a la prensa de mencionar los nombres de ERP y Montoneros, los que fueron sustituidos por “la organización declarada ilegal en primer término” y “la

organización declarada ilegal en segundo término”, extraño eufemismo para hablar sobre las organizaciones armadas.

A partir del golpe militar del 24 de marzo de 1976, el discurso hegemónico emanó de la autoridad jerárquica representada por la Junta Militar –integrada por los jefes de cada una de las armas–. Fueron ellos quienes dictaron las normas a las cuales se sometieron la sociedad y los segmentos administrativos y políticos que componían el Estado. En sus palabras:

“La conducción del proceso se ejercerá con absoluta firmeza y vocación de servicio. A partir de este momento, la responsabilidad asumida impone el ejercicio severo de la autoridad para erradicar definitivamente los vicios que afectan el país. Por ello, al par que continuará combatiendo sin tregua a la delincuencia subversiva abierta o encubierta y se desterrará toda demagogia, no se tolerará la corrupción o la venalidad bajo ninguna forma o circunstancia, ni tampoco cualquier transgresión a la ley u oposición al proceso de reparación que se inicia.

Las Fuerzas Armadas han asumido el control de la República. Quiera el país todo comprender el sentido profundo e inequívoco de esta actitud para que la responsabilidad y el esfuerzo colectivos, acompañen esta empresa que, persiguiendo el bien común, alcanzará –con la ayuda de Dios– la plena recuperación nacional”¹.

A partir de esas definiciones de autoridad actuó el Poder Judicial o, mejor aún, los actores que lo integran. Allí donde cumplían el papel de “hombres de derecho”, respetuosos de la constitución nacional, cambiaron para convertirse en los voceros de individuos o grupos que competían por sistemas de supervivencia. Para ello realizaban diferentes alegatos que iban desde el temor personal a la necesidad de respeto de la nueva legalidad supraconstitucional² que –conforme al discurso dominante– serviría para la recuperación del ser nacional y velaría por la seguridad nacional agredida por la subversión apátrida. En cumplimiento de tales premisas, las conductas oscilaban desde el no patrocinio a las víctimas hasta sentencias que imponían las costas a quienes reclamaban mediante *habeas corpus* el destino y libertad de sus familiares. Éstas se recorrían con otras menores, como era la información diaria que los fiscales entregaban al Ministe-

¹ Proclama del golpe militar del 24 de marzo de 1976, citada por VERBITSKY, Horacio, *Medio siglo de proclamas militares*, Ed. 12, Buenos Aires, 1988.

² La Junta dictó actas institucionales que tenían preeminencia sobre la Constitución. A los jueces se les hizo jurar por el orden supraconstitucional.

rio de Justicia sobre los *habeas corpus* presentados³, hasta el rechazo de pruebas por razones formales. Desarrollaban una función burocrática en el sentido de formalismo, altanería y espíritu de cuerpo de la administración pública, propia de regímenes autoritarios, en el sentido weberiano de eficaz ejecutor de órdenes.

La función de derecho fue tomada por los organismos de derechos humanos, espacio al que recurrían las víctimas por carecer de garantías en el sistema estatal y en la organización profesional de los abogados. Con el tiempo, el deterioro de la autoridad militar modificó los intereses de los grupos judicializados que, despaciosamente, intentaron retomar el papel republicano. De allí surgieron resoluciones en las que se hizo lugar a los *habeas corpus*, o se investigaron situaciones de hecho que comprometían a la dictadura, hasta llegar a denunciar la injerencia en el propio Poder Judicial⁴.

Se llegó así al año 1983 en el que el gobierno constitucional ordenó por decreto 158/83 el juzgamiento de los integrantes de la Juntas Militares. Para ello se reformó el Código de Justicia Militar, se preservó la intervención del fuero especial para juzgar a los militares acusados por delitos comunes⁵ y se introdujo un recurso de revisión en la justicia civil⁶. También se incorporó el art. 100 *bis* que otorgaba legitimación a las víctimas para indicar medios de prueba, ser notificados de la sentencia o de la radicación en la Cámara Federal e interponer el recurso de revisión. La pre-

³ El Ministro de Justicia dictó una resolución por la cual los fiscales del crimen debían informar, diariamente, sobre los *habeas corpus*: beneficiarios, presentantes, testigos y letrados patrocinantes. “Franganillo s/amparo”, Juzgado Federal de Rawson, 1978.

⁴ Sentencia de la CSJN de fecha 21/12/78, “... que la privación de justicia antes mencionada obedece a causas ajenas a las funciones y competencia específica de los magistrados, quienes no están en condiciones de remediarla por su mera actividad jurisdiccional, esta Corte considera un deber inexcusable, poner en conocimiento del PEN y exhortarlo urja las medidas necesarias a su alcance a fin de crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pueda llevar a cabal término la decisión de las causas que le son sometidas, en salvaguarda de la libertad individual garantizada por la Constitución Nacional, sin que ello importe desde luego, preterir los objetivos de unión nacional, paz interior y defensa común perseguidos también por la voluntad constituyente de la que no es lícito se desvíe el poder constituido...”.

⁵ A partir de la reforma del Código de Justicia Militar se mantuvo el fuero militar sólo para delitos y faltas esencialmente militares.

⁶ Ley 23.049. En su art. 10 establece el contralor por parte de las Cámaras Federales a la actividad del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y la posibilidad de que esas Cámaras se avocaran a la investigación en caso de incumplimiento por parte del Consejo.

sentación por este artículo interrumpía también la prescripción por daños y perjuicios.

La ley preveía también la posibilidad de que las Cámaras se avocaran en caso de negligencia o demora injustificada de parte de las fuerzas armadas, función que debió ejercer la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital Federal ante la negativa militar de instruir los sumarios⁷.

Por decreto 187 del 15 de diciembre de 1983 se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), que tenía por objeto esclarecer los hechos relacionados con el terrorismo de Estado y cuya duración se fijó en ciento ochenta días.

El 9 de diciembre de 1985 se dictó sentencia en la que se condenó a algunos de los miembros de las Juntas Militares⁸.

Sin embargo, las tensiones entre civiles y militares no cedieron. Al llegar el momento de juzgar a los subalternos, el Poder Ejecutivo –a través del Ministerio de Defensa– el 23 de abril de 1986, dio “instrucciones” a los fiscales militares para que alegaran obediencia debida interpretando para ello que “... todo subordinado obró con ‘error insalvable sobre la legitimidad de la orden’”. De esta manera se intentó disminuir el número de procesamientos. Estas directivas no se concretaron, gracias a las presiones ejercidas por la sociedad civil y la oposición parlamentaria⁹.

Finalmente, se impuso el poder militar y se sancionaron las leyes de punto final y de obediencia debida que impidieron el juzgamiento de los subalternos y clausuraron una etapa de la actividad jurisdiccional¹⁰.

En los años 1989 y 1990 los decretos de indulto¹¹ reabrieron la polémica. El Poder Ejecutivo esgrimió el concepto de pacificación nacional para justificar los decretos de impunidad. Se abrió una etapa de discusión jurídica sobre su valor constitucional que se clausuró, internamente, con los

⁷ El 4 de octubre de 1984 la Cámara se avocó definitivamente a la investigación.

⁸ La Cámara condenó a Videla a reclusión perpetua, a Massera a prisión perpetua, a Viola a 17 años de prisión, a Lambruschini a 8, a Agosti a 4 y medio, y absolvió a Grafigna, Anaya, Lami Dozo y Galtieri.

⁹ El 25 de junio de 1986 el Senado aprobó por unanimidad la interpelación al Ministro de Defensa, Horacio Jaunarena, que se realizó el 3 de julio de ese mismo año. En dicha interpelación el Ministro informó a los senadores sobre el alcance de las instrucciones cursadas por el Ministerio de Defensa al Fiscal General del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

¹⁰ Punto Final, ley 23.492, BO 29/12/86< y Obediencia Debida, ley 23.521.

¹¹ DecretoS 2741/2/3/4/5/6, 1002/89.

fallos de la Corte que los convalidaron¹². En el orden internacional se obtuvo la resolución 28/92* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³. Salvo la tarea desarrollada durante ciento ochenta días por la Conadep que intentó conocer el destino de los detenidos desaparecidos, dentro del ámbito judicial la labor se limitó a la actividad punitiva; las víctimas entregaban pruebas para el juzgamiento y se oponían a la impunidad de los acusados; sin embargo, esa reconstrucción histórica de la represión no alcanzaba el concepto de verdad por la que hoy se reclama.

III. De las respuestas del Poder Judicial

Luego de esta etapa se produce un *impasse*, en el que la supuesta reconciliación nacional o concordia parece impedir que “*se recuerden las desgracias*”¹⁴. Esto constituyó una apuesta política para tratar de hacer como si nada hubiera pasado, ni conflictos, ni desapariciones, ni asesinatos, y desde esa ficción¹⁵, lograr la reconstrucción nacional.

Las respuestas al reclamo de verdad recabadas en el Poder Judicial no resultaron satisfactorias para la sociedad; la única verdad que desde este espacio se produjo no fue más que una verdad formularia, burocráticamente construida, que dista mucho de revelar los hechos tal como ocurrieron. Allí se advierte la voluntad política de desconocerla y velarla.

“La justicia, como espacio autolegitimado, ha perpetuado nociones de verdad, que tienen un alto grado de similitud con verdades formularias. Los funciona-

¹² Auto de fecha 29 de marzo de 1988, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos CS, t. 1, p. 32.

* N. del comp. sobre el Informe 28/92 ver, en este mismo ejemplar, KAWABATA, J. Alejandro, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹³ Informe 28/92 del 2 de Octubre de 1992. Esta resolución concluyó que las leyes 23.492, 23.521 y el decreto 1002/89 son incompatibles con el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recomendó al gobierno argentino que otorgue a las víctimas una compensación por esas violaciones y que adopte todas las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.

¹⁴ Forma en que designaban los atenienses a la amnistía.

¹⁵ En tanto que esta ficción se establece a través de un mecanismo legal, es de carácter racional; sin embargo, es también puramente ideológica puesto que constituye el síntoma de una realidad distinta de aquella que el enunciado enfoca. La realidad histórica es la del acto de poder que instaura la impunidad, la realidad que el enunciado pretende enfocar es la de un acuerdo por la pacificación nacional.

rios aparecen como guardianes rodeados del halo de autoridad que les otorga el hecho de ser los encargados de descifrar e interpretar –a través de los códigos– una verdad particular e inaccesible a la gente ‘común’: la ley. Una ley que tiene un arraigo ‘en nuestra tradición jurídica’, que emerge ‘del fondo de la historia’”¹⁶.

La verdad que la sociedad reclama no es esta verdad formal, sino aquella que permita construir la memoria; la memoria como única posibilidad de rearticular algo que no implique la reconstrucción de las ruinas arqueológicas, el recuerdo como puro pasado. HEGEL afirmaba: “Nadie ha trascendido nunca, ni nunca trascenderá en acción, pensamiento, proyecto, fantasía o utopía, su propio tiempo; nosotros tampoco podremos”, sin embargo, añadió “el pasado que podemos recoger de la cima de nuestro presente es la Totalidad, es decir, la Historia total y la Verdad total”¹⁷.

IV. Del cese de la interdicción de la memoria

En el año 1995, el periodista Horacio VERBITSKY publicó el libro *El vuelo* donde el ex Capitán de Corbeta Adolfo Scilingo, relató la participación de la Armada en la “guerra sucia”, describiendo la metodología utilizada en la mayoría de los casos para terminar con el problema que planteaba la existencia de miles de prisioneros sobrevivientes. De este modo, confirmó lo que la sociedad conocía por testimonios anteriores: que los prisioneros eran arrojados vivos, narcotizados y desnudos al mar, desde aviones de la Marina de Guerra y Prefectura Naval.

Este hecho parece marcar el cese de la interdicción de la memoria y aparece el reclamo de lo que se había expropiado, el derecho a la verdad.

Debemos considerar que el Estado terrorista victimizó no sólo a los muertos, a los presos y a los desaparecidos, sino que la pena trascendió a la familia y a la sociedad, ya que generó una sociedad anómica que perdió su relación con la muerte, con su cultura, una sociedad que no podía reconocerse como tal pues se la castigó deshumanizándola. El efecto fue la ruptura de los lazos de solidaridad –prohibición de coalición– y un ejemplo de esto puede hallarse en el hecho de que, en un primer momento, sólo las madres buscaran a sus hijos.

Conocido el testimonio del marino, las voces que se hicieron oír no fueron únicamente las de los damnificados directos y los organismos de dere-

¹⁶ Cf. SARRABAYROUSE OLIVEIRA, María José, *Primer informe de avance del proyecto de investigación “Poder Judicial: transición del escriturismo a la oralidad”*, UBACyT, 1997.

¹⁷ HELLER, Agnes, *De la hermenéutica en las ciencias sociales a la hermenéutica de las ciencias sociales*.

chos humanos sino que la reacción fue mucho más amplia. Movilizaciones frente a la ESMA, flores arrojadas al Río de la Plata, notas periodísticas, etc., fueron las manifestaciones de esta nueva etapa. Los reclamos ante la justicia se realizaron por los familiares de las víctimas, ya que sólo ellos tienen legitimación activa. Desde ese momento se rescató la verdad como un derecho colectivo y, por tanto, propio de las sociedades democráticas.

Esta verdad –antónimo del olvido– aparece compuesta por segmentos o parcelas. Es una obra abierta ya que constituye una estructura real del derecho y es, así, una expresión de los ideales jurídicos y políticos siempre nuevos que surgen con la transformación de la sociedad, por ello es dinámica y progresiva.

Cabe aclarar que en la sentencia dictada por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa 13 –juicio a los ex-comandantes– de fecha 9 de diciembre de 1985, se advirtió un tímido intento de introducir conceptos que superaran la verdad formularia. Allí se dijo:

“Se estableció en el curso de este fallo que los instrumentos empleados para repeler la agresión terrorista no responden ni al derecho vigente, ni a las tradiciones argentinas, ni a las costumbres de las naciones civilizadas y que el Estado contaba con otros muchos recursos alternativos que respondían a aquellas exigencias.

Por lo expresado en el párrafo anterior, porque los medios empleados fueron atroces e inhumanos, porque la sociedad se conmovió y se sigue conmoviendo por ellos, no respondieron a las normas de cultura imperantes en la República, cuyo interés común, manifestado a través de sus más diversas actividades no está en la negación del derecho, sino en su aplicación. *Tal discordancia entre los actos realizados y lo admisible para la conciencia civilizada –que en esto consisten las normas de cultura– aparece reconocido por los propios comandantes cuando entendieron mantener ocultos los procedimientos utilizados, aún luego de concluida la lucha*¹⁸.

Los hechos que se han juzgado son antijurídicos para el derecho interno argentino. Son contrarios al derecho de gentes. No encuentran justificación en las normas de cultura. No son un medio justo para un fin justo. Contravienen principios éticos y religiosos...”¹⁹.

A pesar de dicho intento, tal vez por la cercanía de los hechos, los funcionarios judiciales manejaban aún premisas culturales definidas por concepciones autoritarias de las relaciones sociales. De ahí el lenguaje belicista y los conceptos de civilización que no tienen carácter pluralista.

¹⁸ El destacado nos pertenece.

¹⁹ Causa 13, Sentencia, t. 1, p. 787.

Por ello, la memoria –como decisión y reflejo de la voluntad de recordar u olvidar–, aparece con más fuerza en esta etapa. Los familiares de la víctimas iniciaron un nuevo reclamo en idéntico lugar institucional: el Poder Judicial. Nuevamente el movimiento de los derechos humanos estuvo vinculado a esta intervención, canalizando las expectativas sociales, ya que el Poder Judicial no reaccionó por impulso propio.

V. De los nuevos reclamos ante el Poder Judicial

La imposibilidad de aplicar una condena a los culpables no quitaba sentido a la participación del Poder Judicial. Aún seguía vigente la posibilidad de investigar la suerte corrida por los detenidos desaparecidos y el destino de sus cuerpos. También se presentaba la oportunidad de lograr, por medio de una exhaustiva investigación, un conocimiento minucioso de la metodología utilizada por la dictadura militar.

Se iniciaron, a partir de entonces, una serie de causas judiciales²⁰ destinadas a lograr la continuación de las investigaciones que se fundaron explícitamente en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho a la verdad y, como partes componentes de éste, en el derecho al duelo y al patrimonio cultural.

Se exigió al Estado argentino que cumpliera con sus obligaciones internacionales. La base de dichas obligaciones se encuentra en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconocen el derecho de los familiares a conocer el paradero final de los desaparecidos y la obligación de los Estados Parte de investigar las violaciones a los derechos humanos hasta la averiguación de toda la verdad.

En el caso particular del fenómeno de la desaparición forzada de personas, la investigación de las violaciones requiere una reparación total, que no se agota en lo patrimonial, sino que exige la investigación de los hechos y su información a las familias de las víctimas. La desaparición forzada de personas fue una herramienta que los Estados usaron para desconcertar y confundir a las familias y para engañar a la sociedad y al mundo; de allí que la verdad de todo lo ocurrido y la transparencia total resultan indispensables. Para ello, el Estado debe poner a disposición de los in-

²⁰ Las causas que se reabrieron fueron las de las religiosas francesas Alice Domont y Leonnie Duquet, la de Mónica C. Mignone, la de Claudia Lapacó y la de Rodolfo Walsh, integrantes de la causa “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada y en el primer cuerpo de ejército”, en trámite ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

interesados y de la sociedad en general toda la información que posee, como así también los medios idóneos para llegar a la verdad.

Se intentó, de este modo, que los tribunales locales reconocieran el derecho a la verdad, concepto que había sido objeto de algunos trabajos doctrinarios y desarrollos de la jurisprudencia internacional.

Este derecho es la reconceptualización de antiquísimos deberes del Estado y derechos de los individuos –y, en nuestro ordenamiento jurídico interno, fácilmente deducido como uno de los derechos “que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno” plasmados en el artículo 33 de nuestra Constitución Nacional–; conforme a él el Estado no puede desentenderse de su obligación de investigar. El derecho a la verdad, entonces, es el derecho a obtener respuestas del Estado. Todo individuo puede exigirle al Estado que lo informe acerca de aquello que le corresponde saber. El derecho a la verdad es, por ello, un elemento del derecho a la justicia.

Existe una perspectiva no individual del derecho a la verdad que se asienta en el derecho de la comunidad a conocer su pasado, entre otras razones, como forma de resguardarse para el futuro. Es el derecho de la sociedad a conocer sus instituciones, sus actores, los hechos acaecidos, para poder saber, desde el conocimiento de sus aciertos o de sus falencias, cuál es el camino a seguir para consolidar la democracia.

VI. De las parcelas del derecho a la verdad, la memoria, el duelo y el patrimonio cultural

El derecho al duelo

En las presentaciones judiciales realizadas ante la Cámara Federal de la Capital Federal, en las causas número 450 y 761²¹ se invocó el derecho al duelo, por tratarse de casos de desaparecidos cuyos cadáveres nunca se rescataron. De allí que el reclamo del cuerpo o el destino que sufriera éste constituyese otra parte de la verdad a recuperar.

En las peticiones se reclamó la tutela del derecho al duelo o respeto al muerto como un elemento del llamado “derecho a la dignidad” reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos. Este derecho ha sido motivo de numerosos estudios en las ciencias sociales y se expresó públicamente en las representaciones de las tragedias griegas. La Antígona de SÓFOCLES decía: “Y a la verdad ¿cómo hubiera yo podido alcanzar gloria más célebre que dando sepultura a mi propio hermano? Todos es-

²¹ Investigación de los hechos ocurridos en el Cuerpo I de Ejército y la subzona Escuela de Mecánica de la Armada.

tos dirían que lo que he hecho es de su agrado; si el miedo no les trabase la lengua. Pero los tiranos tienen esas y muchas otras ventajas y les he permitido decir y hacer cuanto quieran...”.

No cabe duda que constituye un patrimonio cultural que el Estado no sólo tiene la obligación de respetar sino el deber de garantizar. Baste recordar que un día de junio de hace unos sesenta mil años, en la cueva de Shanidar, región montañosa de Zagros, fue enterrado por sus congéneres un hombre de Neanderthal. Excavaciones arqueológicas posteriores permitieron determinar que el cuerpo había sido colocado en un lecho de ramas de pino y cubierto con un manto de las flores más diversas: jacintos, malvarosas, milenramas.

Arqueólogos y antropólogos han definido este enterramiento deliberado como un hecho que denota, por parte de sus ejecutores, “una aguda conciencia y gran preocupación por el espíritu humano”. En esta misma línea de pensamiento, se ha reconocido en el culto a los muertos un signo de humanización aún más grande que la utilización de herramientas y el uso del fuego.

En tanto seres hablantes nos distinguimos del reino animal, y es propiedad del ser hablante hacer mediaciones con lo real. Estas mediaciones se establecen básicamente a través de los rituales. El rito funerario es una forma de mediar la realidad.

Es a través del rito que la muerte se introduce en el campo simbólico y son justamente estos símbolos los que nos distinguen del resto del reino animal. El culto a la muerte existió con diversas manifestaciones. Y la sepultura, como hoy la conocemos, es patrimonio de la cultura del hombre moderno. En nuestro pasado inmediato se nos negó el derecho de enterrar a nuestros muertos, quienes nos negaron tal derecho estaban negando nuestra condición humana.

La verificación de la realidad es fundamental para poder realizar el duelo. Durante la dictadura se negó esa realidad. Fue un mecanismo pensado y utilizado para paralizar por el miedo; en esto se basó el terrorismo de Estado. No existía ni la vida ni la muerte sólo se pregonaba el vacío.

Así lo hacía Videla al definir a los desaparecidos:

“... ¿Qué es un desaparecido? En cuanto éste como tal, es una incógnita el desaparecido. Si reapareciera tendría un tratamiento ‘X’ y si la desaparición se convirtiera en certeza de su fallecimiento tendría un tratamiento ‘Z’. Pero mientras sea desaparecido no puede tener ningún tratamiento especial. Es una incógnita. Es un desaparecido. No tiene entidad. No está...”.

No había afirmación ni negación. En ningún caso se entregaba el cuerpo; ni siquiera un certificado de defunción. Esto impidió la realización del duelo que aún hoy queda pendiente mientras no se conozca el paradero de los cuerpos de los desaparecidos.

No debe, erróneamente, deducirse que el respeto al cadáver es sólo una pauta cultural desconocida por nuestra legislación. Muy por el contrario, es posible verificar una sistemática protección legal del cuerpo cuya expresión más espectacular se verificó con la indignación generalizada que provocó la profanación de tumbas por los Caballeros de la Noche en el siglo pasado y que condujo a la tipificación legal de este delito. Más recientemente, la ley de trasplantes de órganos, ley 21.541, modificada por la ley 23.464, con su meticulosa regulación legal de las penas correspondientes a quien trate indebidamente un cuerpo fallecido, es otra expresión categórica de la protección normativa del cuerpo humano.

De la memoria y el patrimonio cultural

La metodología utilizada por la dictadura militar para reprimir expresiones divergentes se manifestó, entre otras formas, con la prohibición y censura de las obras de la cultura. Para ello impidió la reproducción o circulación de materiales publicados y se apropió de la obra inédita.

En los casos en los que se reclamó por apropiaciones de objetos culturales, se superó el concepto individual de propiedad y se exigió el respeto y garantía del derecho al patrimonio cultural de la comunidad. Se tuvo presente lo que afirmaba Eric HOBBSBAWN:

“La destrucción del pasado, o más bien de los mecanismos sociales que vinculan la experiencia contemporánea del individuo con las generaciones anteriores, es uno de los fenómenos más característicos y extraños de las postrimerías del siglo XX. En su mayor parte, los jóvenes, hombres y mujeres, de este final de siglo crecen en una suerte de presente permanente sin relación orgánica alguna con el pasado del tiempo en el que viven. Esto otorga a los historiadores, cuya tarea consiste en recordar lo que otros olvidan, mayor trascendencia que la que han tenido nunca, en estos años finales del segundo milenio. Por esta razón deben ser más que simples cronistas, recordadores y compiladores...”²².

Para mejor comprensión del reclamo, se habló de memoria, olvido, cultura, se integraron conceptos de las ciencias sociales con la intención de que los derechos no aparecieran como construcciones jurídicas aisladas, sino como parte de la identidad cultural. Se recordó que las obras culturales contribuyen a la memoria, y que su expropiación y ocultamiento es una forma de implementar el olvido, obligar a la sociedad a no conocer, a borrar el saber.

²² HOBBSBAWN, Eric, *Historia del Siglo XX*, Ed. Crítica, Barcelona, 1996, p.13.

En este desarrollo no podía estar ausente la ontología de la cultura judeo cristiana, donde se destacan las sagradas escrituras como compilación del conocimiento que sirvieron para recibir y transmitir la información, para unir en eslabones continuos la memoria de los pueblos, para rescatar la verdad y el no ocultamiento. Sus citas textuales reforzaron los conceptos, “no hay cosa oculta que no venga a descubrirse, ni hay secreto que no llegue a saberse. Así, pues, lo que les digo a oscuras, repítanlo a la luz del día , y lo que les digo al oído grítenlo desde los techos”²³.

O el profeta Amos que proclamaba la justicia y se negaba al olvido al decir: “Quiero que la justicia sea tan corriente como el agua, y que la honradez crezca como corriente inagotable”²⁴ para agregar, recordando las malas acciones de los hombres, “pues Yavé lo jura por su tierra santa que jamás se ha de olvidar de lo que ustedes hacen”²⁵. Tales frases revelan que la justicia y la memoria constituyen una unidad.

Por aquello de que el dolor de los hombres y la resistencia de los pueblos no es patrimonio de la década del 70, se recorrió la Europa del año 1938 cuando las persecuciones y el terror imperaban. Allí FREUD consolaba a la diáspora psicoanalítica reunida en París con motivo del XV Congreso Internacional de Psicoanálisis, rescatando a la escritura como elemento de identidad y memoria. En sus palabras:

“Los infortunios sufridos por la nación judía le enseñaron a valorar debidamente el único bien que le quedó: su Escritura. Inmediatamente después que Tito destruyó el templo de Jerusalén, el rabino Johanan ben Saccai solicitó el permiso de abrir en Jabneh la primera escuela para el estudio de la Tora. Desde entonces, el pueblo disgregado se mantuvo unido gracias a la Sagrada Escritura...”²⁶.

Todo ello demuestra que es necesario que el pueblo recuerde, no como modo de plantear una enfermedad histórica, sino porque ocultar lo ocurrido es pretender romper la transmisión que no es otra cosa que destruir nuestra identidad; y esa urdimbre de significación en la que están insertos los hombres y que ellos mismos han tejido, la cultura²⁷.

²³ MATEO 27.

²⁴ AMOS 5.24.

²⁵ *Ibíd.* anterior 8.7.

²⁶ Véase *Internationale Zetschrift für Psychoanalyse und Imago*, n° 24, 1939, ps. 6-9, y el programa del congreso en *Korrespondenzblatt*.

²⁷ GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1995.

Se rescató a la escritura como un derecho colectivo que sirve para construir las sociedades democráticas, el que está estrechamente ligado a la libertad de expresión y al derecho a la información que son, quizás, los elementos más significativos para definir a un Estado democrático. Sin duda, la plena existencia de aquellas lo define y su tangible ausencia oscurece a la libertad y a la democracia: su resultado negativo constituye la inexistencia del Estado democrático de derecho.

De las bases jurídicas

Desde el punto de vista del derecho, el “derecho a la verdad” constituye el fin inmediato del proceso penal; es el interés público el que reclama la determinación de la verdad en el juicio, es el medio para alcanzar el valor más alto, es decir, la justicia. Lo encontramos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las leyes penales.

El uso estratégico del derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación en el ordenamiento jurídico interno con rango constitucional, nos sitúa en el centro mismo de uno de los grandes problemas de la teoría democrática, si coincidimos en que la democracia debe buscar resolver la relación entre la institucionalidad política y las experiencias sociales. Porque, si bien compartimos que los derechos que estos pactos y tratados protegen tienen una raíz iushumanista anclada en la problemática de los valores fundamentales, debemos acordar también que su imperio ha sido y es el resultado de deseos y luchas emancipatorias de los pueblos, enfrentados a situaciones concretas de opresión y dominación.

Sabemos que su emergencia en la postguerra fue la respuesta a las masivas violaciones a los derechos humanos durante el nazismo. Fue frente a la comisión de aquellos delitos de lesa humanidad que pareció claro a la comunidad internacional, que algunos principios derivados de la concepción clásica del Estado soberano –como el de no intervención– debían ser cedidos en beneficio del resguardo de los derechos fundamentales del hombre.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se encuentran en vigor se redactaron antes de que las desapariciones pudieran identificarse como una práctica que respondía a ciertas características que se reiteraban en todos los casos. En consecuencia, aquellos instrumentos no contemplan a las desapariciones como una violación específica.

Esto no obsta a sostener que todas las desapariciones evidentemente violan los derechos fundamentales que tales instrumentos consagran.

Un acto de desaparición forzada viola el derecho a no ser detenido arbitrariamente, el derecho a la integridad física y eventualmente el derecho a la vida. Privar a alguien deliberadamente del derecho a un recurso judicial contra una detención arbitraria constituye *per se* una violación del

derecho al debido proceso legal. Las condiciones especiales de detención de la persona desaparecida violan varias de las disposiciones de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos²⁸. Algunos han sostenido que la negativa del Estado a reconocer la detención viola también el derecho a ser reconocido como persona ante la ley²⁹.

La obligación de investigar los crímenes de las desapariciones forzadas de personas viene siendo señalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el año 1979, cuando sus miembros realizaron una visita *in loco* a nuestro país que dio lugar a un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina y a una serie de recomendaciones que dicen:

“I. Desaparecidos:

La Comisión estima que el problema de los desaparecidos es uno de los más graves que en el campo de los derechos humanos confronta la República Argentina. En tal sentido la Comisión recomienda lo siguiente:

- a) Que se informe circunstanciadamente sobre la situación de las personas desaparecidas, entendiéndose por tales aquellas que han sido aprehendidas en operativos que por las condiciones en que se llevaron a cabo y por sus características hacen presumir la participación en los mismos de la fuerza pública...
- c) Que se adopten las medidas pertinentes a efecto de que no continúen los procedimientos que han traído como consecuencia la desaparición de personas. Al respecto, la Comisión observa que se han producido recientemente casos de esta naturaleza que como todos los demás deben ser esclarecidos lo antes posible”³⁰.

Estas recomendaciones se reiteraron en el informe 28/92 anteriormente citado.

En el ámbito jurisdiccional, la sentencia que inauguró la competencia contenciosa de la Corte Interamericana en julio de 1988, y por la cual se

²⁸ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (CES), Res. CES 663, 24 NU ESCOR Supp. 1, Doc. NU E/3048 (31 de julio de 1957), Res. C.E.S. 2076, 62 N.U. ESCOR Supp. 1, NU Doc. E/5988 (1977).

²⁹ Artículo 16, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y artículo 3, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Ver MÉNDEZ y VIVANCO, *Report of the Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances*, NU/ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Cuadragésima Sesión, E/CN.4/1984/21, 9 de diciembre de 1983.

³⁰ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser. L/V/ 11.49, doc. 19, 11 abril 1980, ps. 7-8.

condenó al Estado de Honduras por la desaparición forzada de personas, tiene en la región un valor jurídico innegable y, a partir de la universalidad y unidad del derecho internacional de los derechos humanos, resulta obligatorio para nuestro país:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que la violación quede impune y no se restablezca en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción... La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe comprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares...”³¹.

Es decir, el Estado debe recurrir a todos los medios de los que disponga para investigar las violaciones a los derechos humanos, y debe asumir esta obligación como un deber propio del Estado y no como dependiente de la iniciativa privada.

“El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran los restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”³².

Estas son las bases jurídicas sobre las cuales, en el orden internacional, se asienta el derecho a la verdad.

En el orden doméstico, el litigio judicial se canceló con las leyes y decretos de impunidad; sin embargo, se deben aún reparar las consecuencias de los delitos cometidos. Por eso, no se pretende realizar un doble juzgamiento, ni vulnerar el valor de la cosa juzgada, sino sólo arribar a la verdad. Para ello, es indispensable contar con las facultades que posee el Po-

³¹ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, n° 4, párrafos 176-177.

³² *Ibíd.* 30.

der Judicial para recabar información sobre los hechos pasados, a fin de dar real cumplimiento al compromiso internacional de investigar y reparar las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos.

La impunidad se construye con la no punición, pero se agrava, aún más, si no se puede reconocer a los culpables o no se puede conocer la verdad de los hechos ocurridos. Es por eso que el objeto del proceso que en su momento se iniciara no se encuentra agotado; de allí que es obligación del Poder Judicial tutelar los derechos impetrados.

VII. La conducta del Poder Judicial

La actitud de Poder Judicial, en esta última etapa, fue zigzagueante, ya que la admisión o la negativa a los reclamos dependió de mayorías circunstanciales y no de la decisión del total de sus miembros. Fue así que, con fecha 20 de abril de 1995, se resolvió favorablemente el reclamo sobre la verdad y se ordenó su tutela. Se aplicó la regla interpretativa que emana del fallo “Stone vs. Powell”³³ en cuanto afirma “en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado ‘el interés público que reclama la determinación de la verdad en juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia’”. En dicha oportunidad, se reconoció el derecho a la verdad y el derecho al duelo como parte integrante del derecho internacional de los derechos humanos; su clara aceptación se advierte al hacer propia una cita de los presentantes cuando dicen: “quienes nos niegan el derecho de enterrar a nuestros muertos no están haciendo otra cosa que negar nuestra condición humana”. En función de ello, se pidieron informes a las Fuerzas Armadas.

Luego de esta resolución, Human Rights Watch/Americas y CEJIL, dos organizaciones internacionales dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos, presentaron un memorial en derecho* ante la Cámara Federal en el que se analizó el derecho internacional aplicable y en especial el derecho a la verdad. En este memorial recuerdan cuál es el papel de los tribunales argentinos respecto a las obligaciones internacionales, se destaca la obligación de investigar e informar como también el derecho de los familiares de las víctimas a conocer la verdad, y el de la sociedad a ser debidamente informada, todo ello para evitar la impunidad. Los *amici curiae* analizaron doctrina y jurisprudencia internacional y con-

³³ Corte Suprema de los Estados Unidos, 428 US 465, 1976, fallos 113:1305.

* N. del comp.: sobre *amicus curiae* ver, en este mismo ejemplar, ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian, *Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino*.

cluyeron con una crítica al Estado argentino al decir: “no es aceptable que en un Estado de derecho la información de estos hechos atroces siga dependiendo de la inquietud periodística y de esporádicas y abruptas confesiones. Como se ha visto, existe una obligación jurídica internacional de informar a los familiares de las víctimas y a la sociedad en su conjunto de lo ocurrido con los desaparecidos...”³⁴.

En posteriores presentaciones ante la misma Cámara –modificadas las mayorías³⁵– se negó la tutela a los derechos y por lo tanto se retrotrajo la situación a la época de clausura de la investigación. Para justificar el camino desandado, se alegó que las peticiones afectaban el principio *non bis in idem*. Con esta afirmación creyeron definitivamente clausurada la decisión; sin embargo, erraron cuando desconocieron toda posibilidad de un uso estratégico de ésta.

No advirtieron que el reconocimiento de los derechos humanos no se había obtenido en espacios institucionales, sino que se logró a través de una dolorosa lucha, que es la forma en que los pueblos plasman su experiencia histórica. Quienes tenían ese aprendizaje no se amedrentarían con verdades formularias. Conocedores del esfuerzo que requiere ampliar la conciencia jurídica de los funcionarios públicos no cesaron en seguir reclamando y recurrieron a los espacios habilitados para ello.

Quienes estaban legitimados para actuar reclamaron en forma insistente al Poder Judicial que aplique la doctrina internacional de derechos humanos, en especial el principio *pro homine** y el sistema de derechos preferentes, que en esta etapa de nuestra historia lo constituye la construcción de una sociedad democrática.

A partir de tales premisas se advierte que en la actualidad existe ya una jurisprudencia pacífica que tutela el derecho a la verdad y que, en función de ello, se han dispuesto importantes medidas –como citar a declarar, nuevamente, a Eduardo Emilio Massera quien fuera Comandante en Jefe de la Armada–.

VIII. Conclusión

La incorporación de los tratados de derechos humanos en nuestra Constitución y el reclamo de su aplicación en el orden interno tiene co-

³⁴ “El Derecho”, 14 de septiembre de 1995.

³⁵ Horacio CATTANI y Martín IRURZUN votaron siempre en forma favorable, María Luisa RIVA ARAMAYO y Horacio VIGLIANI negaron sistemáticamente los reclamos, y Juan Pedro CORTELESSI vaciló en su postura.

* N. del comp.: sobre este tema ver, en este mismo ejemplar, PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

mo efecto inevitable, que éstos sean estudiados, reflexionados, debatidos en el ámbito jurisdiccional.

La utilización de los instrumentos internacionales no sólo derivará en el resguardo de las víctimas, sino en el resguardo del Estado. Cuanto más idóneos y respetuosos de estas normas sean nuestros magistrados, menos estará el Estado argentino expuesto a la denuncia internacional. Cuanto más respetuosos del derecho humanitario sean los organismos del Estado encargados del orden ciudadano, más resguardado estará el Estado argentino.

El sistema de derechos humanos se caracteriza por superar los viejos límites de la soberanía territorial y por asegurar que toda norma que favorezca al hombre sea privilegiada aun frente a normas internacionales.

La aplicación en el derecho interno de las normas internacionales ius-humanísticas debe redundar, progresivamente, en una mayor comprensión y divulgación de éstas. Lo que nos hará, respetuosos de la diversidad humana, del pluralismo democrático y de la multiplicidad de expresiones. Esto implica, en definitiva, una tendencia nunca reificada hacia el orden democrático, en una concepción de democracia pluralista.

Capítulo 7

**Derecho a la igualdad y a la
no discriminación**

Discriminación, trato igual e inclusión*

Roberto P. Saba

... had the Detroit school system not followed an official policy of segregation throughout the 1950's and 1960's, Negroes and whites would have been going to school together. There would have been no, or at least not as many, recognizable Negro schools and no, or at least not as many, white schools, but 'just schools', and neither Negroes nor whites would have suffered from the effects of segregated education, with all its shortcomings¹.

I. Introducción

El derecho de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley se asocia usualmente con la prohibición de llevar a cabo prácticas discriminatorias. Sin embargo, la obligación de respetar y hacer respetar los derechos sin discriminación alguna que prescribe la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos², las normas constitucionales nacio-

* Traducción de David HEYD.

¹ Del voto del Juez WHITE de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Milliken vs. Bradley", 94 S. Ct., p. 3144.

² El artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo establece que "los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

El artículo 24, en similar sentido, sostiene que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

nales³ y las leyes antidiscriminatorias⁴ (cuando las hubiere) no parecen ser suficiente para responder al problema de definir lo que ese trato no discriminatorio significa cuando debe ser traducido a políticas concretas. La discusión acerca de qué es lo que en verdad constituye trato discriminatorio y la consiguiente obligación del Estado de asegurar las condiciones que lo eviten, no pueden limitarse a argumentos vinculados al ejercicio de derechos. Este tipo de respuestas no resultan suficientemente receptivas del verdadero problema que subyace al del trato discriminatorio y que es el de la exclusión de aquellos que resultan ser diferentes desde el punto de vista de la mayoría o cultura dominante. Un argumento fundado solamente en la posibilidad de goce igual de los derechos individuales no logra dar respuesta al objetivo central de las cláusulas antidiscriminatorias, que consiste en la necesidad de inclusión de las minorías en el funcionamiento de un sistema democrático.

³ Nuestra Constitución Nacional en el art. 16 prescribe que “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”.

También el artículo 75, refiriéndose a las atribuciones del Congreso, dice en el inciso 19 que le compete a éste “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”. El inciso 22 incorpora los tratados internacionales suscriptos por el Estado argentino a la Constitución Nacional agregando que deberán entenderse como complementarios de los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución. Finalmente, el inciso 23 faculta al Congreso 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 esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

⁴ La ley n° 23.592, sancionada el 3 de agosto de 1988, prescribe en su artículo 1° que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Sin embargo, una vez reconocida la necesidad de vincular el derecho a no ser discriminado con la obligación de implementar políticas de inclusión de individuos considerados diferentes, resulta imposible eludir lo que Martha MINOW denomina el “dilema de la diferencia”⁵. Cada individuo se distingue de una parte de sus semejantes por sus creencias religiosas, su género, sus prácticas sexuales, el color de su piel, su pertenencia a determinado grupo cultural, las tradiciones a las que se halla ligado, sus ideas políticas, etc. Frente a estas diferencias⁶, que resulta prácticamente necio ocultar o desconocer, le corresponde al derecho decidir si su obligación de impedir todo tipo de discriminación implica responder a ellas con un trato similar o “neutro”, incorporando la metáfora de un derecho “ciego” a las diferencias, o si, por el contrario, debe hacerse cargo de éstas y reconocerlas como dato relevante al establecer políticas antidiscriminatorias. Concretamente, el hecho de que una mujer sea biológicamente diferente del hombre, ¿es algo que debe resultar completamente ajeno a la regulación estatal de las relaciones laborales o implica necesariamente que debe otorgársele algún tipo de tratamiento especial? El trato diferente en este contexto, que conduce a otorgar, por ejemplo, licencias por maternidad, ¿podría considerarse discriminatorio de la mujer respecto del hombre por resultar menos buscada en el mercado laboral, o estaría tratándola de manera tal que, a través del reconocimiento de su condición diferente, ella reciba la protección de la ley para poder ejercer su derecho a trabajar? Si aquellos que profesan una religión determinada, cuentan con un día diferente al domingo para suspender sus obligaciones laborales, ¿estaría el derecho actuando discriminatoriamente si no obligara al empleador a reconocer el derecho de esta persona a no trabajar ese día, o debería tratar del mismo modo a todos sin importar su religión fijando un único día de descanso semanal? El dilema plantea la tensión entre los dos caminos posibles que la autoridad estatal puede adoptar al tener que enfrentar las diferencias. Por un lado, puede decidir aplicar un trato “similar” sin tener en consideración las características del destinatario, lo cual podría ser interpretado por algunos como irrespetuoso de las diferencias y, por ende, discriminatorio. Por otro lado, el Estado puede optar por incorporar la di-

⁵ MINOW, Martha, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1990, ps. 19-48.

⁶ Prefiero hablar de “diferencias” y no de individuos, hábitos o creencias “diferentes”, puesto que esta última forma de caracterizar a ciertas personas o prácticas implica reconocimiento de una unidad de valor válida que actúa como referencia para juzgar a los que no se comportan de acuerdo con ella, presumiendo la correctitud de la unidad de valor y el carácter “desviado” de los “diferentes”.

ferencia como justificación de un trato “especial”. Sin embargo, este tipo de estrategia puede colocar a las personas en una situación tal que las conduzca a la exclusión o la autosegregación y que, por ello, también puede ser interpretado como una forma de trato discriminatorio⁷.

Sugeriré en este ensayo que la vinculación del concepto de discriminación con el de trato igual no resulta suficiente para dar respuesta desde el derecho a situaciones que entenderíamos como discriminatorias pese a que se reconozca a los actores un “goce igual” de derechos. El elemento que introduciré para complementar el argumento de igualdad ante la ley es el de la necesidad de incorporar al debate sobre trato discriminatorio la idea de inclusión de grupos minoritarios o excluidos. Por otro lado, esta idea de inclusión puede ser interpretada en los dos sentidos que plantean los extremos del dilema de la diferencia antes referido. La segunda tesis que atravesará mi trabajo es la de incorporar la idea de integración como medio para lograr la inclusión, de modo de proponer zanjar el dilema a través del reconocimiento de las diferencias pero como justificación de integración y no de segregación (tanto autónoma como heterónoma). Muchas podrían ser las circunstancias de la vida cotidiana que sirvan de ejemplo para ilustrar la discusión en torno a este tema. Sin embargo, considero que la educación en escuelas públicas presenta un caso que, además de ser paradigmático para el análisis de cómo debe proceder el Estado frente a su obligación de hacer respetar los derechos sin discriminación alguna, brinda una excelente oportunidad para debatir acerca de cómo deben interpretarse estas normas antidiscriminatorias en relación con aquellas que sostienen el derecho a ser tratado de modo igual ante la ley.

II. “Trato igual” no necesariamente significa “trato no discriminatorio”

El derecho a ser tratado igual ante la ley no resulta ser idéntico al derecho a no ser discriminado. Dicho de otro modo, no podemos entender la obligación de tratar a las personas como iguales como sinónimo de la obligación de no discriminar. La posibilidad de igualdad de goce de los mismos derechos reconocidos a otras personas no siempre implica la afirmación de que no se esté ante una práctica discriminatoria. En síntesis, es posible discriminar a una persona a la vez que se le reconoce el goce de un derecho igual al de otros semejantes “diferentes”. En este sentido, la obligación de igual trato ante la ley, o bien no es suficiente para evitar to-

⁷ MINOW, *Making All the Difference*, cit., ps. 19-23.

da forma de discriminación, o debe ser interpretada de forma tal que incluya algún elemento adicional al de la igualdad en el ejercicio de derechos a fin de resultar efectiva para evitar toda forma de discriminación. Ese elemento adicional que intento introducir en la discusión acerca de cómo debe entenderse la obligación de no discriminar es el de la inclusión de los grupos minoritarios en la discusión pública, de modo que las diferencias no sean causa de segregación (obligada o voluntaria) sino que las prácticas antidiscriminatorias resulten ligadas al igual goce de los derechos en un contexto de integración en aquellos ámbitos donde resulte posible.

El rechazo al trato discriminatorio parece ser compartido por amplias mayorías desde el siglo pasado. Sin embargo, esa aceptación no pareció incomodar a quienes, en 1896, desde la Corte Suprema de los Estados Unidos mediante la decisión tomada en “*Plessy vs. Ferguson*”⁸, justificaron constitucionalmente la segregación racial en lo que se refería a la distribución y uso de los asientos en los medios de transporte colectivo. Esta decisión se fundó en el presupuesto de que la segregación no es incompatible con el trato igual. En otras palabras, y siguiendo los argumentos de la Corte en “*Plessy*”, es posible tratar en forma igual a las personas y, a la vez, segregarlos. Esta posición, que algunos podrían rechazar por obviamente discriminatoria, fue sin embargo retomada por la propia National Association for the Advancement of Color People (NAACP) para reclamar en los casos posteriores a “*Plessy*”, por un goce igual de derechos para la minoría negra en los Estados Unidos. Los abogados de la NAACP no buscaban un cambio en la doctrina solicitando la integración racial como mecanismo antidiscriminatorio, sino que trataban de demostrar que en las condiciones dadas por un sistema dual de escolaridad, los negros no eran tratados como “iguales”, puesto que estas escuelas segregadas tenían menos recursos que las escuelas blancas y, además, los niños negros resultaban afectados psicológicamente por esta segregación en los años básicos de formación escolar⁹. Este argumento no parecía considerar discriminatorio al sistema escolar dual que segregaba a una parte de la población por el color de su piel o por su raza, siempre y cuando el ejercicio del derecho a aprender de los estudiantes negros se viera asegurado en las escuelas a las que se los asignaba. La negativa a ciertos alumnos a ingresar a escuelas a las que sólo podían concurrir blancos no era visto ni por *Plessy* ni por

⁸ 163 US 537 (1896)

⁹ Los abogados de la NAACP recurrieron a los experimentos desarrollados por Kenneth CLARK que demostraban estos daños psicológicos para fundamentar su demanda. Ver MINOW, Martha, *Making*, cit., p. 24.

la NAACP como discriminatorio si, por el otro lado se daban las condiciones para ejercer de forma “igual” el derecho a aprender¹⁰.

En 1954, mediante la decisión tomada en “Brown vs. Board of Education”¹¹ fue la propia Corte la que se hizo eco de los argumentos de la NAACP y consideró que la segregación racial en escuelas públicas constituía discriminación y que, por lo tanto, se oponía al mandato de la Enmienda XIV. El punto central del argumento del tribunal estaba basado sobre las dificultades psicológicas de los estudiantes negros al saberse discriminados y tratados como inferiores cuando eran enviados a escuelas especiales para negros¹².

Sin embargo, este argumento no parece ser completamente convincente para atacar el sistema dual en lo que sería su raíz: el enfoque segregacionista en función de la raza. Imaginemos el supuesto de que no exista ningún dato fehaciente de daño psicológico o diferencia alguna entre los sistemas educativos segregados. En este caso, y con los fundamentos señalados, no existiría argumento alguno que justifique una política integracionista que desplace a una de tipo segregacionista.

No obstante, no sólo los grupos conservadores segregacionistas y los abogados liberales que buscan desesperadamente algún argumento útil (quizá cínicamente como podríamos pensar que sucedió con la NAACP) para forzar la integración sin justificarla apropiadamente, equiparan el trato discriminatorio con la imposibilidad de gozar de modo igual de los derechos constitucionales. También aquellos autores y grupos que encarnan posiciones que buscan proteger a las minorías reclaman por la inconstitucionalidad de la política de integración racial demandando un trato especial que les permita conservar su identidad cultural y preservar al grupo contra la asimilación arrolladora de las mayorías. Respecto del caso específico de la educación en los Estados Unidos de mitad de este siglo, aquellos que defendían esta posición, lejos de criticar el sistema dual, propugnaban por el control por parte de la minoría negra de aquellas escuelas destinadas sólo para sus miembros. La idea que subyacía a esta estra-

¹⁰ Quizá no sea justo decir que la NAACP no lo veía como discriminatorio, ya que es muy probable que esto no sea cierto y, sin embargo, haya evaluado que era la única estrategia judicial que les aseguraría algún éxito.

¹¹ 347 US 483 (1954).

¹² Aquí omitiré por razones de espacio el argumento de que las escuelas de negros resultaban mucho menores en cantidad y bastante peores en calidad, lo cual también iba en contra de la doctrina de “separados pero iguales” por no ser ambos tipos de escuelas “iguales” en calidad y disponibilidad.

tegia política y que no tardaría en convertirse en una postura jurídica y política, era que sólo de este modo podría preservarse la identidad de la minoría, generar y fortalecer el orgullo de pertenecer a ella y preservarla frente a los intentos asimilacionistas de las propuestas liberales. Una vez más, integrar no parecía ser la idea fuerza que justificara el trato no discriminatorio. La segregación, ahora demandada por el propio grupo minoritario, era y es vista como la consecuencia necesaria y deseada de reconocer las diferencias y esperar del derecho un trato especial. El trato similar, así vinculado con la integración racial en las escuelas, es entendido como violatorio de la obligación de igual protección de la ley (*equal protection clause*) de la Enmienda XIV.

Estas dos posiciones respecto de la segregación representadas por “Plessy” en un extremo, y por aquellos que representan el interés de los grupos minoritarios que se sienten amenazados en su supervivencia como tales, por el otro, me llevan a cuestionar la idea generalmente aceptada de que el trato igual respecto del reconocimiento de derechos, del que hablan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Nacional en su artículo 16 y concordantes, agote las demandas de trato no discriminatorio que provienen de normas del mismo nivel jerárquico. Por otro lado, el mandato de trato especial que imponen normas constitucionales o internacionales respecto de ciertos grupos¹³, como por ejemplo el de las mujeres, no resulta claro en cuanto a sus objetivos si no se lo acompaña de las razones que justifiquen esa discriminación inversa. La incorporación de cupos femeninos en el Parlamento, o la necesidad de contar con diversidad cultural, económica, racial, religiosa o de otro tipo en ámbitos educativos y formativos como la escuela, deben encontrar una justificación que vaya más allá de la compensación por discriminaciones pasadas¹⁴ o la mera representación de intereses grupales. Mi tesis es que la diversidad que este trato preferencial produce en ámbitos como el Congreso o el aula, contribuye a una integración de las diferencias que enriquece la discusión democrática, contribuye a evitar la estigmatización de grupos minoritarios y permite comprender puntos de vista que, de ser excluidos o segregados, no serían comprendidos o considerados como legítimos. El cupo femenino en el Congreso es importante porque incorpora al órgano legislativo la perspectiva de género que resultaría muy probablemente excluida de la deliberación pública si no existiera representación

¹³ Como por ejemplo el inciso 23 del artículo 75 de nuestra Constitución cuando se refiere a “acciones positivas” (ver nota 3).

¹⁴ FISS, Owen, *School Desegregation*, p. 159.

femenina. El beneficio buscado no le corresponde directamente al grupo de que se trate. Los principales beneficiados son el debate público que incorpora una visión más en el proceso de toma de decisiones y el ciudadano formado y educado en la capacidad de tomar decisiones conociendo la mayor variedad diferente de puntos de vista respecto de temas públicos. A esta capacidad es a lo que llamaré *tolerancia fuerte*.

Teniendo estas ideas en mente, creo que resulta insuficiente la fundamentación de la oposición al trato discriminatorio en el principio de igualdad ante la ley. Esta justificación no nos ayuda a encontrar argumentos fuertes fundados en principios capaces de rebatir la doctrina de “separados pero iguales” de “Plessy”, ni tampoco brinda la posibilidad de justificar nuestro rechazo a las teorías “preservacionistas” de los grupos minoritarios que defienden algunos autores como Charles TAYLOR¹⁵ o Iris YOUNG¹⁶. La discriminación, comúnmente entendida y circunscripta al trato igual ante la ley debería asociarse a la idea de exclusión que el sistema democrático y la deliberación pública, sobre la que este sistema se apoya, rechazan.

Mi intuición es que la segregación resulta siempre contraria al mandato de una democracia liberal y que si pretendemos evitarla debemos encontrar algún argumento adicional para justificar la prohibición del trato discriminatorio a la vez que es rechazada la segregación (ya sea autónoma o heterónoma).

A continuación presentaré la tesis de “separados pero iguales” en su interpretación más benigna para luego pasar a presentar la tesis preservacionista. Intentaré demostrar que ambas conducen a políticas que parecen contrarias a algunas intuiciones acerca de por qué la discriminación debería ser rechazada. Finalmente, esbozaré una justificación posible del deber de no discriminar que incorpora el elemento adicional del enriquecimiento de la deliberación pública y la consiguiente y necesaria integración de los grupos minoritarios al proceso deliberativo. Esta deliberación cuenta con algunas precondiciones que parecen ser importantes para entender de un modo distinto y con argumentos más robustos el concepto de trato no discriminatorio, a la vez que resulta eficiente en su rechazo a cualquier tipo de segregación, tanto la que resulta justificada por conservadores como por progresistas radicales.

¹⁵ TAYLOR, Charles, *The Politics of Recognition*, en *Multiculturalism*, GUTMAN, Amy (ed.), Princeton University Press, Princeton, 1994.

¹⁶ YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

III. “Plessy”: un enfoque contraintuitivo del trato no discriminatorio

“Separados pero iguales” es una forma sintética de expresar la idea de que la igualdad de trato no resulta contrapuesta con la idea de segregación¹⁷. La existencia de regulaciones que prestablecían algunos asientos en el transporte colectivo destinados en forma exclusiva a blancos y negros respectivamente, o que instrumentaban un sistema escolar dual, no fue vista por las legislaturas estatales que sancionaron esas regulaciones, ni por la Corte de “Plessy” como una agresión contra el principio de trato igualitario establecido en la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos. El trato igualitario ante la ley no implica, desde esta perspectiva, ninguna otra cosa que no sea la posibilidad de gozar de derechos en forma “igual”. Este razonamiento no parece tener defectos lógicos. El derecho a transportarse en un tranvía o ir a una escuela no parece, *prima facie*, encontrarse lesionado por el mero hecho de que debe ser ejercitado en forma tal que excluya a algunos del “espacio físico” donde ese derecho es ejercitado por otros. El señor Plessy tenía derecho a sentarse en el tranvía pero sólo en aquellos asientos reservados para negros. El niño Brown tenía derecho a ir a la escuela pero sólo a aquella que estuviera destinada a educar niños negros.

Este argumento del goce igual de los derechos no sería válido si, tal como dijera la Corte que sucedía en “Brown”, la división del sistema escolar desaventajara ostensiblemente a los niños negros debido a diferencias en la provisión del servicio educativo: escasez de escuelas suficientes para cubrir sus necesidades; impacto negativo de la política segregacionista en tanto conduzca a una disminución de las posibilidades de progreso de los negros en los Estados Unidos como consecuencia de una lesión a su psiquis durante sus años de formación. Sin embargo, supongamos que sea posible hacer abstracción de estas objeciones e imaginar la existencia de dos sistemas educativos paralelos para las dos razas que no persiga el objetivo de disminuir psicológicamente a una de ellas, ni brinde hipócritamente un derecho que en la práctica no puede ejercitarse. Imaginemos la situación en la que sin existir estos objetivos prácticamente indefendibles

¹⁷ En este sentido, la Corte sostuvo en “Plessy” que “las leyes que permiten, o incluso requieren, la separación (racial) en aquellos lugares donde (las razas) puedan entrar en contacto, no necesariamente implican la inferioridad de una u otra raza, y se ha reconocido generalmente, si no universalmente, como parte de la competencia de las legislaturas estatales en el ejercicio de su poder de policía”. 163 US 544, 551-552 (la traducción es mía).

en forma explícita, se idea un sistema que divide a blancos de negros para que ambos puedan ejercer libremente sus derechos en forma exactamente igual. ¿Sería aún esta segregación una práctica discriminatoria? Aparentemente, y desde el punto de vista de la igualdad ante la ley entendida como igualdad en el ejercicio de los derechos, no. Todo el mundo estaría gozando del derecho a aprender sin ser considerado inferior ni ser objeto de una oferta que desde el punto de vista práctico resulta imposible de cumplir. Esto sería “Plessy” en su interpretación más benigna¹⁸.

A una conclusión similar se podría llegar mediante la doctrina regularmente articulada por nuestra propia Corte Suprema al entender que el principio de igualdad ante la ley significa igualdad de trato en igualdad de circunstancias¹⁹. Este argumento no parecería excluir la posibilidad de justificar la existencia de dos sistemas educativos paralelos para negros y blancos. El alto tribunal podría decir que la igualdad de trato estaría dada por la posibilidad dada a todos de ejercer el derecho a aprender, y que la existencia de escuelas diferenciadas se debe al hecho de que existen circunstancias diferentes. ¿O acaso alguien duda de que ser negro es una “circunstancia” diferente a la de ser blanco?

¹⁸ En este sentido, los dos primeros artículos de la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza adoptada el 14 de mayo de 1960 y entrada en vigor el 22 de mayo de 1962, ofrecen un interesante ejemplo de esta tesis. Mientras el artículo 1º sostiene que “a los efectos de la presente Convención, se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión... que tenga por finalidad o efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza...”; el artículo 2 establece que “en el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: a) la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programass equivalentes”.

¹⁹ En este sentido, nuestro más alto tribunal ha sostenido “Que la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución como lo ha dicho reiteradamente esta Corte, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social (Fallos, 105:273; 117:229; 132:198; 150:141)”. Del Fallo “Caille”, Fallos 153:67; JA, 28-547.

Por otro lado, la tesis de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” se complementa con la tesis de la razonabilidad en la selección de esas circunstancias relevantes²⁰. Desde este punto de vista, alguien podría alegar que no parece ser una “circunstancia razonable” la de seleccionar el color de la piel de un niño como una de las condiciones de ingreso. Sin embargo, el argumento parece tener que enfrentar una dura prueba cuando se le presenta un problema más cercano a nuestra realidad como lo es el de tomar el sexo de un niño o niña como condición de ingreso a un establecimiento escolar, dado que son hoy muchas hoy las escuelas que cuentan con restricciones para el ingreso de niños o niñas respectivamente²¹. La razonabilidad o la elección del criterio apropiado varía de acuerdo con el fin que se busque por medio de la regulación de un derecho determinado. La raza puede parecer un mal criterio para determinar quién ingresa a una escuela si el fin buscado es la educación en un sentido muy estrecho. Sin embargo, ser negro puede ser un criterio apropiado si el fin buscado es la integración racial en escuelas primarias y secundarias. Premiar el mérito o lograr la integración de las razas segregadas, constituyen fines que hacen variar la razonabilidad del criterio utilizado²².

En resumen, la prescripción de igualdad ante la ley entendida como la posibilidad de ejercer un derecho aún en un contexto de segregación racial resulta contraria a algunas intuiciones fuertes acerca del significado de la igualdad. Por otro lado, la doctrina de igualdad de trato en igualdad de circunstancias parece ser insuficiente, desde que no ofrece fuertes argumentos para evitar caer en la tesis de “separados pero iguales”, rechazada hoy por la propia Corte de los Estados Unidos. Es frente a aquellos argu-

²⁰ Nuestra Corte ha sostenido en el fallo “García Monteavaro” (Fallos 238:60) que “la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas (Fallos, 115:111; 123:106; 132:410; 138:313 y otros)”.

²¹ Ver, por ejemplo, la resistencia que evidencia la convención citada en la nota 19 a la integración escolar en materia de diferencias sexuales.

²² En esto consiste la diferencia entre los casos “Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education” y “De Funis vs. Odegaard”. En el primero la Corte declaró que la consideración de la raza como criterio para definir el ingreso a una escuela resultaba constitucionalmente permisible si se vinculaba a la integración racial y no si se lo vinculaba a la segregación. El segundo caso se refiere al proceso de admisión de la University of Washington Law School según el cual el trato preferencial de estudiantes negros limitaba las posibilidades de ingreso de estudiantes blancos. Ver al respecto Fiss, *School Desegregation*, cit., p. 162.

mentos contraintuitivos y estos argumentos insuficientes que trataré de ofrecer una visión del trato antidiscriminatorio como parte de una teoría acerca de la democracia deliberativa, el autogobierno de los ciudadanos y la integración de las minorías.

IV. La tesis “preservacionista”: cuando la autosegregación es vista como derecho contra la asimilación

La tesis que aquí llamo “preservacionista” se ve reforzada por una reciente y frondosa literatura acerca de los desafíos que presenta el carácter multicultural de muchas de nuestras sociedades modernas. Desde este punto de vista, la integración racial que promueven casos como “Brown”, lejos de implicar un avance hacia el trato igual y no discriminatorio de las minorías, conlleva a su asimilación por parte de las mayorías y a la desaparición de aquellos grupos o culturas que son absorbidos por la fuerza arrolladora de la cultura dominante.

Esta visión es presentada (y defendida) por autores como Charles TAYLOR:

Mientras que la política de la dignidad universal luchaba por fórmulas no discriminatorias que resultaban bastante “ciegas” a la manera en la que los ciudadanos se diferenciaban unos de otros, la política de la diferencia a menudo redefina la no-discriminación de modo que hagamos de esas distinciones el fundamento de un tratamiento diferencial²³.

El argumento de TAYLOR intenta asociar el concepto de no-discriminación con el de la posibilidad de preservar la identidad del grupo²⁴. Desde este punto de vista, no discriminar (o tratar igual a todos los grupos) implica llevar a cabo aquellas políticas que tiendan a protegerlos frente a la posibilidad de la asimilación y la consecuente desaparición. La variedad de

²³ TAYLOR, Charles, *The Politics of Recognition*, en GUTMAN, Amy (ed.), *Toleration*, Princeton University Press, Princeton, 1994, p. 39.

²⁴ Con una tesis similar ver YOUNG, Iris, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990. En este sentido, YOUNG dice que “... algunos niegan la realidad de los grupos sociales. Para ellos la diferencia de los grupos es una terrible ficción producida y perpetuada para preservar el privilegio de unos pocos. Otros, como WASSERSTROM, están de acuerdo en que existen y en que tienen consecuencias sociales reales respecto del modo en que la gente se identifica así misma y entre sí, pero afirma que tales diferencias de grupo social no son deseables. El ideal asimilacionista implica ya sea negar la realidad de estos grupos o rechazar que sean deseables” (p.163) (la traducción es mía).

modelos de políticas, en el caso de la educación, por ejemplo, podría extenderse desde la completa omisión de acción por parte del Estado de modo que cada comunidad con una identidad común busque sus propias alternativas para la educación de sus niñas y niños, hasta la demanda de que el Estado desarrolle una política educativa específica para cada grupo cultural.

Esta constitución de grupos autosegregados que buscan su fortaleza a través de un trato diferenciado que conduzca específicamente a la separación del resto de la comunidad, también podría encontrar fundamento en las dos doctrinas interpretativas presentadas en el apartado anterior. No parecería ser incompatible con la tesis de “separados pero iguales” ni tampoco con la de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”. De hecho, esta fue la estrategia iniciada por *Black Power*, un grupo de jóvenes negros que alentaban el control local de las escuelas segregadas²⁵. Sin embargo, ambas tesis resultan, desde mi punto de vista, contrarias a intuiciones bastante generalizadas respecto de lo que significa trato no discriminatorio. Por otro lado, es posible que nuestras intuiciones en este sentido resulten desafiadas por esta nueva demanda de segregación, esta vez proveniente del mismo sujeto supuestamente discriminado. En ese caso, debemos buscar la causa de nuestro rechazo en algún principio que explique por qué la segregación, a pesar de que se dé un ejercicio igual de un derecho y de que los propios segregados la reclamen como necesaria para la preservación de su grupo y la autoestima de sus integrantes, resulta contraria a lo que nos parecería aceptable. En este sentido, me permito sugerir que lo que convierte a la posición preservacionista en una tesis que produce algún rechazo parece consistir en dos elementos. El primero se refiere a la preeminencia que le otorga al grupo por sobre el individuo. El segundo podría consistir en que la segregación de los grupos que conforman una sociedad democrática, incluso cuando sea consentida o buscada por ellos mismos, resulta contraria a la idea de deliberación pública que cuenta como presupuesto con la posibilidad de un diálogo inclusivo entre aquellos que forman parte de la comunidad política.

Por ello, la idea de trato no discriminatorio entendido como preservación de culturas y grupos con una identidad común, se apoya sobre el presupuesto de que estos grupos constituyen un *holos* o totalidad homogénea que resulta importante preservar aun a costa de su propio aislamiento, de la dificultad para incorporarlos a un proceso de decisión democrática y de

²⁵ MINOW, *Making*, p. 24.

los derechos de aquellos individuos que “perteneciendo” a la cultura no desean someterse a sus reglas y mandatos (estén o no dispuestos a renunciar a su identidad cultural)²⁶. En este sentido se dirige la respuesta de HABERMAS a la posición defendida por TAYLOR:

“La protección de aquellas formas de vida y tradiciones sobre la base de las cuales se forman las identidades, se supone está al servicio del reconocimiento de sus miembros y no constituye una suerte de preservación de especies por medios administrativos. La perspectiva ecológica de la preservación de las especies no puede transferirse a las culturas. Las herencias culturales y las formas de vida que se articulan a partir de ellas se reproducen normalmente por medio del convencimiento de aquellos cuyas personalidades se forman gracias a ellas. Esto es, a través de su motivación para apropiarse productivamente de las tradiciones y continuarlas. El estado democrático puede hacer posible este proceso hermenéutico de reproducción cultural del mundo de la vida (*life-world*), pero no puede garantizarlo. Pues para garantizar la supervivencia debe privar a los miembros de esa misma libertad de decir sí o no que es necesaria si desean retener y preservar su herencia cultural. Cuando una cultura se ha vuelto reflexiva, las únicas tradiciones y formas de vida que pueden sostenerse a sí mismas son aquellas que atan a sus miembros mientras que, al mismo tiempo, realizan un examen crítico y dejan a las futuras generaciones la opción de aprender de otras tradiciones o cambiar su dirección hacia otros horizontes”²⁷.

V. Democracia deliberativa e inclusión: cuando la discriminación no sólo resulta una lesión al principio de igualdad

La democracia es un proceso de toma de decisiones públicas en la que participan los ciudadanos ejerciendo el autogobierno²⁸. A fin de que éstos

²⁶ KYMLICKA, Will, *Two Models of Pluralism and Tolerance*, en HEYD, David, *Tolerance, An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton, 1996, ps. 81-103. Ver especialmente el caso descrito por este autor referido al sistema otomano de tolerancia religiosa (ps. 85-87).

²⁷ HABERMAS, Jürgen, *Struggles for Recognition*, en GUTMAN, Amy (ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, Princeton, p. 131.

²⁸ Esta definición de democracia me resulta una satisfactoria forma de resumir mi pensamiento y la he tomado de FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996, p. 50. Para un desarrollo más amplio de la idea de democracia deliberativa que presentaré en este parágrafo, ver NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1996, especialmente su capítulos 5 y 6 (se encuentra en prensa la traducción castellana de este libro bajo el título *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, traducido por Roberto P. SABA).

puedan tomar esas decisiones, deben conocer la mayor cantidad de perspectivas y visiones posibles acerca de los temas sobre los que van a decidir. Deben, además, desarrollar la capacidad de entender a los demás y sus puntos de vista, deben tratar de hacer el esfuerzo de interpretar del modo más empático posible las posiciones de aquellos que disienten con él o ella, no con la finalidad de cambiar de opinión, sino de comprender la complejidad del problema en análisis y reconocer que la necesidad de tomar una decisión colectiva presupone el imperativo de lograr acuerdos y realizar concesiones. Esta capacidad específica es lo que podríamos llamar tolerancia en sentido robusto y que KRONMAN denomina *sympathetic understanding*²⁹.

Para este último autor, esta idea que podríamos traducir imperfectamente como “mutua comprensión”, constituye una habilidad especial del individuo necesaria para alcanzar la condición de la “fraternidad política”³⁰. Esta condición es aquella por la cual los miembros de una comunidad se encuentran unidos a pesar de las diferencias de opinión que los separan cuando se trata de los fines y la identidad de sus grupos de pertenencia. Esta fraternidad política no debe confundirse, aclara KRONMAN, con la unanimidad de sentimiento y de creencia que une a los miembros de una secta, en la que éstos se identifican entre sí tanto como les resulta posible identificarse a seres separados unos de otros. La actitud o capacidad de comprensión mutua sobre la que se apoya la idea de fraternidad política no requiere de los miembros de una comunidad una identificación tan fuerte. Por el contrario, ésta es consistente con el reconocimiento de profundos desacuerdos y la aceptación de que estos pueden persistir por siempre. Por otra parte, KRONMAN insiste en que la fraternidad política debe distinguirse también de la mera tolerancia y que resulta asociada a la idea de no-interferencia. La idea de mutua comprensión implica algo más que mero respeto y el principio negativo de la tolerancia. Implica comprender el punto de vista de los demás e interpretarlo del mejor modo posible, en la forma en que ellos son considerados por sus propios defensores, incluso si nos provocan un fuerte rechazo³¹.

El concepto de igualdad es asociado comúnmente con la idea de tolerancia. Sin embargo, tolerar (en el uso común del término y que yo denomino sentido “débil” de la palabra) implica sólo permitir la disidencia o

²⁹ KRONMAN, Anthony, *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

³⁰ *Ídem*, ps. 93-101.

³¹ *Ídem*, ps. 93-94.

la diferencia sin intentar evitar la exclusión. Que los negros puedan ir a escuelas a las que sólo asisten negros, puede constituir, desde este punto de vista, un reconocimiento de su derecho a aprender y educarse. También presupone la tolerancia (débil) de la mayoría blanca a la subsistencia de la minoría negra. Pero de ningún modo implica un esfuerzo por incluir a la minoría negra en el sistema político al cual tiene derecho a ingresar como consecuencia del pleno funcionamiento de la democracia. Vemos así que la idea de trato no-discriminatorio no puede asociarse sólo a los conceptos de igualdad de trato y tolerancia (débil), sino que parece estar asociada a la idea de inclusión, que los ideales de igualdad de derechos y tolerancia a secas no parecen considerar debidamente.

Si el trato no-discriminatorio se encuentra vinculado a la idea de inclusión dentro del proceso democrático entendido como autogobierno ciudadano, debemos acomodar la interpretación de aquellas cláusulas que proscriben el trato discriminatorio con la idea de inclusión, necesaria para la adquisición y práctica de la capacidad que necesita desarrollar todo ciudadano para participar de este proceso de deliberación pública en el sentido descrito por KRONMAN. La segregación, desde este punto de vista, no resulta negativa por el daño psicológico que pueda ocasionarle a un niño en edad escolar por sentirse excluido, sino que resulta rechazable por el hecho mismo de la exclusión. El daño que sufre ese niño o niña, y el sistema democrático de autogobierno que necesita de una clase específica de ciudadano, reside en la exclusión y no en el daño psicológico que deviene como consecuencia de ser considerado diferente. La segregación resulta ser un obstáculo contra la posibilidad de desarrollar y practicar la capacidad de entendimiento empático que debe poseerse para incluir al otro en la deliberación democrática. Esta manera de entender lo que discriminar significa no sólo opone argumentos contra decisiones como "Plessy" sino que también intenta evitar la constitución de grupos aislados que, por entender que el trato discriminatorio se agota en una idea de mero respeto o tolerancia, se aíslan y autoexcluyen del proceso deliberativo.

Por supuesto, este ensayo resulta insuficiente para introducirme en la discusión acerca de los mecanismos de implementación de este trato no-discriminatorio fundado en la necesidad de integración. Sin embargo, creo que resulta útil incorporar la idea de inclusión al debate sobre discriminación dado que la casi totalidad de las normas constitucionales, internacionales o legales que se refieren al tema no resultan ser claras o explícitas respecto del tratamiento que debería darse a un sistema de segregación tan perfecto que permita discriminar al tiempo de reconocer el efectivo ejercicio de los derechos. Además, la situación se complica aún más si consideramos que esta exclusión puede darse por medio de criterios tan inocentes como el de utilizar la proximidad geográfica para determinar la ad-

misión a una determinada escuela³². Es por esta previsible complejidad de la circunstancias que nos presenta la problemática de la discriminación y la insuficiente capacidad de la ley vigente para hacer frente a sus desafíos, que se vuelve indispensable construir una teoría que justifique el trato antidiscriminatorio sobre bases más sólidas y robustas. Las ideas aquí vertidas intentan empujar un poco más los límites de este debate.

³² FISS, *School Desegregation*, cit., p. 167. “La teoría es que, más allá del método utilizado para distribuir el alumnado en las escuelas, la segregación estigmatiza a los negros, los priva de los significativos y educativos contactos con el grupo social y económicamente dominante, y genera el peligro de que sus escuelas reciban menos recursos simplemente porque a ellas concurren sólo miembros de un grupo minoritario”.

Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio

Marcela V. Rodríguez

I. Introducción

El sistema internacional de derechos humanos enfrenta el desafío, hasta las últimas décadas ignorado, de ser significativo y confiable a los efectos de jugar un papel importante en la transformación de las condiciones de inferioridad y subordinación en las que viven la mayoría de las mujeres en todo el mundo. Las mujeres han sufrido las limitaciones del derecho internacional en lo atinente a la protección de sus derechos y libertades fundamentales, tanto en los orígenes del sistema internacional de derechos humanos como en su desarrollo más moderno. Este sistema no ha prestado atención a las demandas de las mujeres y a los derechos que, como tales, resultan más necesarios. En los avances más recientes del derecho internacional se han comenzado a reconocer los deberes de los Estados y a atender la vulnerabilidad pública y privada de las mujeres, todavía en forma deficitaria.

En efecto, el sistema internacional de los derechos humanos no ha sido diseñado y aplicado de modo de revertir eficazmente las desventajas, injusticias y violaciones a los derechos humanos sufridas por las mujeres por su sola pertenencia al género femenino. Así, el respeto a los derechos humanos ha fallado en su pretensión de universalidad. Existen varios factores que coadyuvan a esta falta de respuesta por parte del sistema de derechos humanos. En primer lugar, el derecho internacional no ha reconocido ni menos aún comprendido la naturaleza sistemática de la discriminación y el sistema jerárquico de relaciones sociales entre los géneros; tampoco ha dado cuenta de la subordinación de las mujeres como una violación de los derechos humanos que debe ser atendida de forma positiva y que genera necesidades específicas; por otro lado, no existe un consenso real entre los Estados respecto de la necesidad de condenar enfáticamente la discriminación contra las mujeres. En cuanto a los propios grupos tradicionales de derechos humanos y la comunidad internacional

de derechos humanos, también han desconocido, hasta los últimos años, la necesidad de abocarse a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Por su parte, los grupos tradicionales de mujeres han ignorado el potencial del sistema internacional de derechos humanos para mejorar sus condiciones de vida o, simplemente y no sin fundamento real, han desconfiado de este sistema por considerarlo inmerso en los propios criterios del sistema patriarcal que da origen a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres.

Este trabajo intentará demostrar por qué el sistema internacional de derechos humanos no ha respondido eficazmente a la protección y promoción de los derechos humanos de las mujeres, por lo menos en la mayoría de las situaciones que afectan sus vidas cotidianas, explorando su contenido y prácticas androcéntricas. Asimismo, trataré de analizar el potencial transformador del sistema en la medida que incorpore las perspectivas de las mujeres y tome en serio sus derechos. Finalmente, se abocará a analizar las consecuencias del sistema internacional de derechos humanos en lo referente al derecho interno y a la responsabilidad de los Estados nacionales frente a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. La problemática de la violencia contra las mujeres es uno de los ejes centrales de este trabajo, dado que esta cuestión ha constituido una de las falencias más graves del sistema internacional de derechos humanos en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres y también debido a que el instrumento más reciente para responder a estas violaciones, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer es un importante ejemplo de las implicancias de considerar los derechos humanos de las mujeres seriamente.

II. Androcentrismo y de derechos humanos

Considerar los derechos humanos desde la perspectiva de las mujeres implica comprender al sistema jurídico en un sentido amplio que incluye tanto las normas que constituyen su cuerpo formal como los discursos en los cuales esas normas están situadas, y a través de los cuales se elaboran y articulan, los organismos y las prácticas relativas a su diseño, su implementación y la sanción a sus transgresiones, así como las acciones de los distintos actores que participan en todos los niveles. Fundamentalmente, implica entender cuál es la relevancia concreta para la vida cotidiana de las mujeres.

El derecho ha sido señalado y reconocido como uno de los pilares discursivos en que se asienta el control social de las sociedades modernas. Estas políticas de control regular rigen todas las relaciones sociales, incluyendo las relaciones y conflictos intergenéricos e intragenéricos aún cuando esto no sea fácilmente perceptible y permanezca oculto tras una apa-

rente indeferenciación y neutralidad de las leyes y las normas. En efecto, a través del sistema jurídico, el Estado envía mensajes a la comunidad respecto a cuales son las formas correctas de caracterizar las relaciones sociales. Esta actividad caracterizadora es una forma de control social tan efectiva como la sanción misma. Se trata de un canal importante de comunicación hacia la sociedad respecto de como se debe comportar, que se espera de ella y cuales son los derechos y obligaciones de sus miembros.

Los conflictos de género no han sido reconocido por el discurso de los derechos humanos. El análisis del discurso jurídico permite descubrir las representaciones simbólicas y el imaginario hegemónico que las produce y las hace ser eficaces, funcionales y respetadas. Tanto en los sistemas nacionales como en el sistema internacional de derechos humanos se ha partido de la concepción de que la pertenencia al género femenino o masculino son características ontológicas y no construcciones de la percepción, intervenciones culturales o identidades forzadas por el propio sistema social de jerarquías entre los sexos. Es decir, el género es concebido y vivido como una ontología y no como epistemología. El derecho ha contribuido activamente en la transformación de una perspectiva en una "instancia objetiva de neutralidad".

Así, tanto en los sistemas nacionales como en el sistema internacional, la supremacía masculina, el punto de vista de los varones se convierte en dominante ocluido bajo la forma de un estándar objetivo. Dado que esta postura domina el mundo, no parece funcionar como un punto de vista. De esta manera los sistemas se tornan legítimos y la dominación social se torna invisible. El sistema internacional de derechos humanos ha permitido que esta dominación masculina se vuelva invisible y legítima al adoptar su punto de vista y lo refuerza al aplicarlo. De esta manera, el sistema ha convertido un ángulo de visión de la construcción de significados sociales en una institución legítima y dominante, invisibilizando su carácter de construcción parcial impuesta para los beneficios de un grupo. Más grave aún, cuando el sistema permite que la dominación masculina se vuelva ontológica, ya no parece más epistemológica y construye y refleja estas representaciones simbólicas como la verdad. Así, los sistemas legales objetivizan las estructuras sociales y los procesos jurídicos reflejan en sí mismos su propia imagen¹.

Desde la perspectiva de las mujeres, el sistema de derechos humanos, de conformidad con la supremacía masculina, ha erigido las cualidades

¹ Ver MACKINNON, Catherine, *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press.

valoradas desde el punto de vista masculino en los criterios liminares para la construcción e implementación de un sistema de derechos humanos. Aquellos que detentan el poder en la sociedad, no las mujeres, han diseñado las normas, los organismos encargados de su implementación y monitoreo y son quienes conducen las prácticas relevantes, tanto en lo formal como en lo sustancial. Así, el sistema de derechos humanos constituye el resultado de creencias implícitas que apuntala, difunde y proyecta la imagen del sistema patriarcal, ocultando las discriminaciones genéricas. El discurso de los derechos humanos ha reproducido el imaginario social en el cual las relaciones de poder intergenérico se juegan y enfrentan, está impregnado de las valoraciones de un imaginario hegemónico que preside las relaciones de subordinación y superioridad entre los géneros.

Desde el punto de vista de las mujeres, el género es una cuestión de desigualdad de poder, no de diferencias. Para las mujeres, el género es un estatus social definido por lo que está prohibido o permitido y a quienes. Considerar que el sistema de derechos humanos puede ser neutral respecto al problema de género, encubre la realidad del género como un sistema de jerarquías sociales y subordinación, como una desigualdad de poder. La neutralidad respecto al género es el estándar masculino. Las diferencias atribuidas al sexo son las líneas dibujadas por la desigualdad, no las bases para ella. Las distinciones corporales, psicológicas o de comportamiento son señaladas como las causas y no como los efectos, sin darse cuenta que el hecho de señalarlas es en sí un efecto. Si la objetivización en el derecho es el estadio epistemológico y la objetivización sexual de las mujeres es el proceso social y su imposición el paradigma del poder en términos masculinos, entonces, la imposición de la perspectiva de los varones resulta más encubierta cuanto más cerca estamos de un criterio formal de la perspectiva. Cuanto el sistema más cierra sus ojos a la cuestión de género, más ciego es a la aplicación del criterio masculino como paradigma de lo humano y más profundamente niega cualquier cuestionamiento de su contenido como representante de algún punto de vista.

El sistema de derechos humanos es androcéntrico en tanto trata y considera a las mujeres como los varones tratan y consideran a las mujeres, en tanto se constituye de acuerdo con los intereses, perspectivas, experiencias y valores de los varones como género. El sistema ha recogido el punto de vista masculino en el nivel del diseño de sus instrumentos y organismos, institucionalizando el poder de los varones sobre las mujeres. El sistema ha considerado a los individuos, uno a la vez, como si ellos no pertenecieran a un género. Así se oscurecen las realidades colectivas y los correlatos sustantivos del estatus de los grupos según el género. Hasta el momento, ser una persona, un individuo abstracto con derechos abstractos, significó ser varón. Por lo tanto, la igualdad en abstracto no incluyó aquellos derechos que las mujeres como tales más necesitan y menos tienen.

Todo esto ha resultado racional y neutral dado que la realidad social es construida desde el punto de vista de los varones. El sistema de derechos humanos ha perpetuado la desigualdad a través de la articulación de una ideología que camufla la fundamental injusticia de las relaciones entre los sexos existentes. Los valores, los peligros, los intereses, y las contradicciones fundamentales que caracterizan las vidas de las mujeres no han sido reflejadas en ningún nivel en el sistema.

Es innecesario describir la histórica y sistemática discriminación que han padecido las mujeres. Catherine MACKINNON² se refiere a algunos de los daños que las mujeres hemos sufrido: “En este país, con paralelos en otras culturas, la situación de las mujeres combina paga desigual con trabajo no respetado, ser blanco sexual para violaciones, violencia doméstica, abuso sexual cuando menores y sistemático acoso sexual; despersonalización, una caracterización física denigrante, su uso en entretenimientos desvalorizantes, la privación del control reproductivo y la prostitución forzada. Entender que estas prácticas se realizan por hombres hacia las mujeres es ver estos abusos como formando un sistema, una jerarquía de desigualdad. Esta situación ha ocurrido en muchos lugares, de una u otra forma, por un muy largo tiempo, a menudo en un contexto caracterizado por la privación de la propiedad privada (las mujeres suelen ser objeto de la propiedad más que poseerla), propiedad y uso de las mujeres como objeto, la exclusión de la vida pública, la pobreza basada en el sexo, una sexualidad degradada, y una devaluación del valor de las mujeres y de sus contribuciones a la sociedad. Esta subordinación de las mujeres a los varones está socialmente institucionalizada, configurando acumulativa y sistemáticamente el acceso a la dignidad humana, al respeto, los recursos, la seguridad física, la credibilidad, la pertenencia a la comunidad, el discurso y el poder. Incluyendo todas sus variables, el grupo de las mujeres puede ser visto como poseedor de una historia social de falta de poder, explotación y subordinación, que se extiende hasta el presente”.

Por un largo tiempo, muchas de estas cuestiones, tales como la violencia doméstica, el acoso sexual, el abuso y violación conyugal, el cuidado y crianza de los hijos, han sido descartadas como cuestiones de simple interés privado. Esto ha sido ratificado por la concepción de esferas separadas: la pública y la privada. De acuerdo con esta noción, se ha construido una poderosa y extensa ideología, reforzando la percepción que concibe al sistema de relaciones sociales como divididas entre dos esferas, una pública

² Ver MACKINNON, Catherine, *From Practice to Theory*, “Yale Journal of Law and Feminism”, vol. 4, p. 15.

y masculina, y la otra privada y femenina. Esta división de esferas ignora el carácter político de la distribución desigual del poder en la vida familiar, no reconoce la naturaleza política de la llamada vida privada y oscurece el hecho de que la esfera doméstica es en sí misma creada por el dominio político donde el Estado se reserva la elección de intervenir. La dicotomía de lo público y lo privado desconoce la unicidad de las vidas de las mujeres como genéricas. Si tomamos como ejemplo las diferencias creadas por la división social del trabajo existente dentro de la familia, se torna crecientemente obvio cuan política es la institución de la familia. Sin embargo, esta división entre lo público y lo privado fue adoptada por el sistema internacional de derechos humanos desprotegiendo a las mujeres en la esfera donde sus derechos son violados más frecuentemente.

Tradicionalmente, el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos ha incluido una cláusula de igualdad en todos sus instrumentos principales así como la prohibición de discriminar en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Esta cláusula de igualdad requiere tomar una posición acerca de una concepción particular, demanda una opción entre concepciones competitivas de moralidad política, que debe contemplar tanto a cuestiones normativas como fácticas. Se ha observado que la cláusula de igualdad ha sido diseñada a los efectos de proteger a los derechos individuales³, que el postulado de la igualdad establece que los individuos tienen derecho a una igual autonomía e igual respeto como sujetos de elección moral, capaces de diseñar y perseguir sus propios planes de vida⁴. Sin embargo, parece que resulta más difícil saber cuándo el postulado de igualdad se satisface realmente al ser considerado en términos de medidas concretas. Esto es así, especialmente, porque el significado pleno del concepto de igualdad depende de una red anterior de valores y presunciones filosóficas que es por sí cuestionable.

Desde la teoría legal feminista se ha criticado la efectividad del sistema internacional de derechos humanos y del discurso de los derechos en general. Juristas feministas han revelado que la doctrina de la igualdad, tal como ha sido desarrollada en términos tradicionales, presume estándares que desaventajan a las mujeres. Desde una perspectiva feminista, la igual-

³ Ver DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

⁴ Ver KARST, Kenneth, *The Supreme Court 1976 term foreword: equal citizenship under the Fourteen Amendment*, "Harvard Law Review" 91:1, 1977, y O'FALLON, James, *Adjudication and contested concepts: the case of the equal protection*, "New York University Law Review", 54:19, 1979.

dad de género continua siendo un ideal ilusorio. A pesar de la diversidad de posiciones dentro de las teorías feministas respecto del significado del término igualdad, existe un amplio consenso con respecto a la idea general de que la igualdad implica la eliminación de la condición de inferioridad a la que las mujeres han sido relegadas.

Una de las cuestiones cruciales en el debate respecto de los medios para lograr la igualdad de género es si se debe considerar a los varones y mujeres como sujetos intercambiables o si es necesario reconocer la unicidad de la situación de las mujeres en la sociedad a los fines de satisfacer el ideal de igualdad. Para encarar la cuestión, acerca del tratamiento similar/tratamiento especial, es necesario tener en consideración que la formulación tradicional de la doctrina de igualdad es incapaz de revertir la condición de inferioridad que sufren las mujeres. Existen limitaciones elementales en la noción tradicional de la discriminación que no contribuyen a la eliminación del sexismo. Más aún, muchas veces la interpretación de la cláusula de igualdad tradicionalmente aceptada, no sólo no contribuye a lograr la igualdad de género, sino que aun fomenta una comunidad desigualitaria.

El sistema internacional de derechos humanos ha sido incapaz de garantizar una real igualdad de género. Ha adoptado un punto de vista formalista y “neutral” que lo ha tornado incapaz de identificar y generar respuestas a las inquietudes y necesidades de las mujeres. Como consecuencia de esta “neutralidad” y de la idea de proveer un tratamiento similar a aquellos que están similarmente situados, el derecho ha sido incapaz de tener en cuenta la diversidad de las situaciones de las mujeres y sus demandas, dado que las mujeres están diferentemente situadas a los varones. El varón es todavía el paradigma, lo que hace imposible valorar la diversidad que es tan crucial para la igualdad de las mujeres.

El requisito de “tratamiento similar” entre los sexos hace surgir esta pregunta: ¿similar a quién? El modelo que el “tratamiento similar” utiliza es el modelo masculino. Esto desconoce la unicidad de las experiencias de las mujeres y conduce a la conclusión de que las mujeres pueden reclamar igualdad en tanto sean como los varones. Esta doctrina de igualdad formal no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que los individuos no están similarmente situados. Por el contrario, varones y mujeres están diferentemente situados con respecto a numerosas circunstancias económicas, políticas y sociales. Esta diferente ubicación es de orden jerárquico.

A los efectos de construir a una sociedad realmente igualitaria, es necesario reconocer las diferencias entre los sexos e incorporarlas en una visión más amplia de la igualdad. El fin es lograr la igualdad respetando las diferencias, esto es, erradicando la necesidad de pretender una alianza con las pautas de un “otro” dominante como un pre-requisito para ser trata-

do como un completamente par. En otras palabras, considerar las diferencias de forma tal que cualquiera tenga derecho a igual respeto independientemente de –o mejor dicho, teniendo en cuenta– sus diferentes perspectivas.

En otras palabras, a los efectos de lograr la igualdad de género y de garantizar que las mujeres obtendrán igual estatus y respeto como ciudadanas de acuerdo con su propia condición, es necesario reconocer que la identificación de normas y prácticas discriminatorias y el deber de la sociedad de garantizar derechos sustantivos es una tarea más complicada que lo que se ha considerado tradicionalmente por el sistema internacional de derechos humanos. Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que el punto de partida es asimétrico y que la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. La abstracción de que la realidad social es jerárquica asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser considerada en forma deficitaria.

Una sociedad justa demanda la igualdad de acceso a los recursos y de respeto. El logro de la igualdad de género implica el cumplimiento de determinados deberes por parte de la comunidad. Para reparar la desigualdad de género, la sociedad tiene que reconstruir sus reglas primarias a los efectos de incorporar las perspectivas de las mujeres. Dado el hecho de que las perspectivas y experiencias de las mujeres han sido constantemente omitidas o desvalorizadas –especialmente en lo concerniente al dominio público–, esta reconstrucción requiere un apoyo positivo.

A los efectos de remediar la desigualdad de género es necesario reconocer que las necesidades de las mujeres se originan en el contexto de la discriminación. De otra forma, las mujeres serán siempre acusadas de demandar un tratamiento preferencial inválido con el propósito de resolver problemas que son de su propia incumbencia, y sus demandas continuarán siendo desoídas.

De acuerdo con una concepción amplia de justicia y de derechos, la institución de la igualdad real de oportunidades demanda tanto conductas negativas como positivas. En este sentido, a los efectos de establecer un orden político y social, el Estado no debe imponer ningún impedimento legal o cuasi-legal en la competencia por recursos escasos. Por otra parte, en una sociedad que enfrenta demandas relativas a la reparación de perjuicios sufridos como consecuencias de violaciones al derecho a igual tratamiento, solo en unas pocas circunstancias la eliminación de los impedimentos legales o cuasi-legales resulta adecuada para lograr la reparación de desigualdades previas y sus consecuencias relativas a la competencia por bienes, recursos y posiciones de poder. En muchos otros casos, especialmente si los impedimentos han sido impuestos por un largo período de tiempo, el mero retiro de éstos no es suficiente para alcanzar la situación de igualdad que existió o debió haber existido si aquellos impedimentos

nunca hubieran sido impuestos. En estos casos, la eliminación de los obstáculos legales no significa elevar las posibilidades de éxito de quienes los sufrieron a algo más que una mera posibilidad, en comparación con aquellos que han disfrutado de los beneficios y privilegios de la situación previa de dominación.

Para que el sistema de derechos humanos sea eficaz para la protección de las mujeres y la eliminación real de todas las formas de discriminación, debe distinguir entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades. De acuerdo con el estudio desarrollado por RAE⁵, la igualdad de oportunidades significa que “las oportunidades de poder, derechos y adquisición deben ser iguales: el poder, los derechos y las adquisiciones en sí mismas no”. Por su parte, la igualdad de resultados puede implicar consecuencias diferentes en contextos diferentes. Conforme el análisis de ROSENFIELD⁶ existen algunas ocasiones en las cuales la igualdad de medios y de fines convergen. Sin embargo, en muchas otras, la igualdad de medios conducirá a fines desiguales y la igualdad de fines demandará medios desiguales. Esto significa que, algunas veces, resulta necesario proveer a alguna gente con instrumentos desiguales a los efectos de garantizar una igualdad de fines. La distribución desigual de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad. Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades será capaz de asegurar la igualdad de resultados. Esto es especialmente relevante a los efectos de evaluar la legitimidad del sistema en un contexto donde la discriminación de género y la jerarquía social son norma.

Por su parte, WESTERN⁷ ha afirmado que no podemos considerar que existe igualdad de oportunidades cuando un individuo tiene que enfrentar impedimentos agobiantes que tornan prácticamente imposible procurarse el bien respecto al cual supuestamente está en igualdad de oportunidades. La igualdad de oportunidades significa algo más que una “mera posibilidad”. No podemos considerar que el imperativo de la igualdad de oportunidades se satisface cuando, como resultado de una distribución de igualdad marginal de instrumentos, algunos individuos terminan con una

⁵ Ver RAE, D.; YATES, D.; HOSCHSCHILD, J.; MORONE, J., y FESSLER, C., *Equalities*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

⁶ Ver ROSENFIELD, Michel, *Affirmative Action and Justice*, New Haven, Yale University Press, 1991.

⁷ Ver WESTERN, Peter, *The concept of equal opportunity*, “Ethics”, 95:837, 1985.

chance casi insignificante de éxito. Por esta razón, es necesario tener en consideración que, en la distribución de medios y herramientas, algunas veces la igualdad de oportunidades requiere que algunos sean asignados en forma igual y se permita que otros se asignen en forma desigual, a los efectos de evitar aquellas selecciones que implican confinar a algunos individuos a no tener más que una mera posibilidad de éxito.

En este mismo sentido, GOLDMAN⁸ considera que “los individuos deben ser provistos de los medios para desarrollar sus capacidades naturales. El sistema social asume la responsabilidad de superar las desventajas iniciales que tienen causas sociales –por ejemplo, desventajas debidas a bajos ingresos o la clase social de los padres–. Los individuos de todas las clases económicas y sociales deben ser capaces de desarrollar las talentos para los cuales están naturalmente dotados. Así, con respecto a la asignación de trabajos o posiciones deseables socialmente... (una justa igualdad de oportunidades) demanda la corrección de las desventajas socialmente relativas”.

En las palabras del Profesor KUPPERMAN⁹: “Un tratamiento justo requiere no sólo la justa consideración por el individuo, sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para futuros éxitos.” En efecto, KUPPERMAN critica la noción de que la justicia está fundamentalmente relacionada con decisiones entre individuos. Este autor considera que quienes mantienen esta presunción están equivocados en su comprensión de la justicia dado que no es posible que una persona sea tratada igualitariamente sin considerar el tratamiento que la sociedad depara al grupo al que aquella persona pertenece. “Si la segregación obstaculiza las chances de alguien, entonces existen causas para decir que un tratamiento justo demanda no sólo una justa consideración para el individuo sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para mayores éxitos, y esto puede a su vez demandar una consideración especial para un grupo (tal como el de mujeres o personas de color)”.

Si la justa igualdad de oportunidades demanda la eliminación de las desventajas sociales, esto implicaría defender una asignación desigual de determinados instrumentos fundamentales. En otras palabras, a los efectos de erradicar desigualdades socialmente causadas, puede ser necesaria

⁸ Ver GOLDMAN, Alan, *Justice and reverse discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979.

⁹ Ver KUPPERMAN, *Relations between the sexes: Timely vs. Timeless Principles*, 25 San Diego L. Rev. 1027, 1988.

la adopción de programas reparadores para los discriminados o desaventajados, o algún otro tratamiento diferencial con respecto a aquellos medios cuya posesión depende de condiciones sociales. Para que la igualdad de género tenga sentido es necesario identificar las cuestiones reales y establecer que la discriminación por género, una vez identificada, importa la necesidad de encarar cambios sociales. Las desigualdades políticas y sociales hacen que el campo neutral sea imposible. El sistema de derechos humanos debe asumir que la igualdad o la desigualdad son la norma imperante. Asumir que la igualdad generalmente existe y que cada instancia en que ella se desafía es la excepción, torna casi imposible el objetivo de lograr la igualdad a través del sistema. En este sentido, el sistema internacional de derechos humanos debe convertirse en instrumento de cambio.

Para convertirse en instrumento de cambio, es necesario describir y analizar los “daños” que el sistema androcéntrico ha perpetrado. El hecho de demostrar que los prejuicios sexistas subyacen en estos daños implica que es posible construir una alternativa que evite o repare estos daños. En este sentido es necesario explorar cuáles han sido y son ahora las experiencias de las mujeres atendidas o desatendidas por el sistema de derechos humanos; qué presunciones, descripciones, afirmaciones y/o definiciones de experiencias, masculinas, femeninas u ostensiblemente neutrales en términos de género, hace el sistema en estas áreas; cuál es el área de desigualdad, distorsión, o negación creada por las diferencias entre las experiencias de vida de las mujeres y las presunciones del derecho o de las estructuras impuestas; qué intereses androcéntricos son servidos por esta desigualdad, distorsión o negación; qué reformas han sido propuestas en esta área del derecho o para la situación de vida de las mujeres y, en caso de que estas propuestas sean adoptadas, como afectarán a las mujeres tanto prácticamente como ideológicamente.

III. Androcentrismo del sistema internacional de derechos humanos

En pocas áreas del sistema internacional existe una brecha tan grande entre los criterios internacionales de protección y promoción de los derechos humanos y su efectiva aplicación y vigencia como en la cuestión de los derechos de las mujeres. Existen más de 20 tratados internacionales dedicados específicamente a los derechos de las mujeres y a cuestiones relacionadas con la discriminación por razón de género. Todos los tratados internacionales de derechos humanos que contienen disposiciones de no discriminación o cláusulas de igualdad incluyen la prohibición de discriminar por razones de sexo. En la mayoría de estos instrumentos se trata de elaboraciones de la norma formal de no discriminación, estableciendo que, en contextos generales o particulares, las mujeres deben ser tratadas

de igual manera que los varones. Mientras este desarrollo del derecho internacional ha sido valioso, no resultó adecuado para atender la situación de subordinación de las mujeres en todo el mundo. En efecto, el problema fundamental que las mujeres enfrentan no es simplemente un tratamiento explícitamente discriminatorio en sentido formal en comparación con el tratamiento deparado a los varones, aunque éste continúa siendo una grave manifestación de un problema más amplio. Las mujeres están inmersas en un sistema social de jerarquías entre los géneros porque no tienen poder real ni en el mundo público ni en el privado, y el derecho internacional, así como las restantes construcciones legales, económicas, sociales y culturales, refuerza esta falta de poder.

Un tratamiento adecuado de los derechos humanos de las mujeres debe explorar y redefinir los límites de los criterios tradicionales en lugar de extender el limitado modelo existente de no discriminación. Si bien la formulación de derechos en términos igualitarios puede ser útil como un primer paso hacia el avance de la posición de las mujeres, ello no es suficiente. Las necesidades, puntos de vista, experiencias y preocupaciones de las mujeres no son fácilmente traducibles en el estrecho lenguaje individualista del sistema de derechos humanos, sin elaborar una reconceptualización. Este sistema ha desconocido o simplificado las complejas relaciones de poder y la promesa de igualdad formal ha sido desvirtuada por desigualdades estructurales del poder. Determinados derechos en particular, tales como el de libertad de religión, el de libertad de expresión, el derecho a la privacidad o el de la protección de la familia, han sido utilizado de hecho para justificar situaciones de opresión de las mujeres¹⁰. Aún los propios derechos que aparentemente han sido diseñados para beneficiar a las mujeres han sido interpretados por parte de los tribunales nacionales de una forma típicamente androcéntrica.

Además de las limitaciones que presenta el ideal de la igualdad formal, el sistema internacional de derechos humanos ha presentado varias deficiencias a la hora de proteger los derechos humanos de las mujeres. En primer lugar, los organismos encargados del monitoreo de los tratados principales de derechos humanos han tendido a ignorar la aplicación de las normas de derechos humanos a las mujeres. Por otra parte, la creación de una rama especializada de derechos humanos de las mujeres ha conducido a su marginalización; la estructura y las instituciones de los derechos humanos de las mujeres son más frágiles que sus contrapartes con-

¹⁰ Ver CHARLESWORTH, Hilary, *What are "Women's International Human Rights"?*, en *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 73.

templadas en otros tratados internacionales; los instrumentos internacionales que se refieren a las mujeres tienen procedimientos y obligaciones de implementación más débiles, las instituciones diseñadas para elaborarlos y monitorearlos tienen menos recursos y sus funciones están a menudo más circunscriptas comparadas con otros organismos de derechos humanos; la amplia práctica de los Estados para hacer reservas a disposiciones fundamentales en estos instrumentos es tolerada, así como en general la falla de los Estados en cumplir con sus obligaciones bajo estos instrumentos; los remedios previstos por el sistema suelen ser inaccesibles para las víctimas individuales; los gobiernos nacionales no suelen difundir la información respecto de las obligaciones internacionales del Estado relativas a los derechos humanos de las mujeres. Además, las organizaciones no gubernamentales sólo recientemente han comenzado a documentar el abuso hacia las mujeres que cae dentro de la esfera tradicional de derechos humanos.

Laura REANDA ha descrito el dilema estratégico con respecto a las estructuras legales internacionales y el bienestar de las mujeres: el precio de la creación de mecanismos institucionales separados y de medidas especiales que atienden cuestiones de mujeres dentro del sistema de las Naciones Unidas ha sido típicamente la creación de un “ghetto de mujeres” con menos recursos, menos poder, y menos prioridad que los organismos principales de derechos humanos. Por otro lado, el intento de mejorar la posición de las mujeres a través de medidas aplicables con mayor generalidad ha permitido que las preocupaciones de las mujeres fueran relegadas por lo que se han considerado cuestiones más “globales”¹¹.

La primera estrategia adoptada por las feministas liberales para la utilización del sistema internacional para la protección de los derechos humanos de las mujeres ha sido demandar la inclusión en los términos de la universalidad abstracta del sistema con el fin de extender los principios de objetividad e igualdad de condiciones a las mujeres. Fundamentalmente, los resultados fueron eliminar las barreras legales para que las mujeres sean tratadas como los varones en la esfera pública, a través de un simple requerimiento de tratamiento igualitario. Este enfoque ha caracterizado a gran parte del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres vigente, como por ejemplo, la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres de las Naciones Unidas de 1953, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957, la Con-

¹¹ Ver REANDA, Laura, *The Commission on the Status of Women*, en *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford University Press, 1992, p. 264.

vención de la UNESCO sobre Discriminación en la Educación de 1960 y la norma de no discriminación contenida en los tratados de derechos humanos. Asimismo, las actividades de la Comisión sobre la Condición de la Mujer generalmente han sido desarrolladas bajo ese enfoque. Así, la prohibición internacional de discriminación en razón de sexo promete igualdad a las mujeres que intentan conformar el modelo masculino y ofrece poco a aquellas que no lo hacen. Este abordaje ha resultado inadecuado para criticar y transformar un mundo en el cual la distribución de bienes está estructurada a lo largo de líneas genéricas. Asume un mundo de individuos autónomos comenzando una carrera o haciendo decisiones libres partiendo desde un punto de partido simétrico y que no da cuenta del hecho de que mujeres y varones están ubicados en lugares diferentes en la sociedad y que esta diferencia es de orden jerárquico.

La propia génesis de los derechos humanos dentro del sistema internacional muestra las diferentes consecuencias para varones y mujeres. Los llamados derechos civiles y políticos han sido concebidos tradicionalmente como derechos que los individuos podían interponer ante abusos e interferencia desde el Estado. Refleja la dicotomía de lo público y lo privado en su contenido e interpretación: son derechos que los individuos pueden afirmar contra el Estado, fundamentalmente han funcionado como vallas de protección de los varones dentro de la vida pública, en su relación con los Estados. Sin embargo, éstos no son los peligros más frecuentes ante los cuales las mujeres necesitan más protección. Si tomamos como ejemplo el más importante de todos los derechos humanos, el derecho a la vida, básicamente ha sido interpretado como protegiendo a los individuos contra la arbitraria privación de la vida a través de la acción pública. Pero la protección contra la arbitraria protección de la vida o la libertad a través de acciones públicas, si bien es importante, no responde al riesgo que la mera pertenencia al género femenino implica para el derecho a la vida y los modos especiales en los cuales las mujeres necesitan protección legal para ser capaces de gozar del derecho a la vida. Durante todo el ciclo vital, la pertenencia al género femenino importa un factor de riesgo y vulnerabilidad: de aborto e infanticidio debido a las presiones sociales y económicas de tener hijos varones en algunas culturas; de malnutrición a causa de prácticas sociales que le dan mayor prioridad a varones y niños con respecto a la alimentación; de menor acceso a la salud que los varones; de violencia endémica contra las mujeres en todos los Estados; de la falta de acceso y negación de los derechos reproductivos y sexuales y el control sobre el propio cuerpo. Aunque la evidencia empírica de la violencia contra las mujeres es impresionante e indiscutida, ésta no ha sido adecuadamente reflejada en el desarrollo del derecho internacional, al menos hasta la última década. El gran nivel de documentación de la violencia contra la mujer en todo el mundo no había sido atendido por la no-

ción del derecho internacional del derecho a la vida porque este sistema está concentrado en las acciones públicas desarrolladas por el Estado. De esta manera, los organismos principales encargados del monitoreo y sanción de las violaciones de derechos humanos pocas veces han incluido estas cuestiones o han considerado la violencia contra las mujeres en la esfera privada como perteneciente a su mandato.

Por otra parte, otros derechos contemplados en los instrumentos internacionales como derechos civiles y políticos han sido interpretados de modo que ofrece muy poca libertad o protección a las mujeres. Así, tenemos el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que también ha sido considerado básicamente en el contexto de una acción directa del Estado. El derecho a la libertad de expresión ha sido utilizado para justificar la producción y distribución de pornografía sin tener en cuenta los daños para la vida, libertad y seguridad de las mujeres tanto en el orden individual de quienes participan de ella, a veces coactivamente, como respecto a las mujeres como grupo. Asimismo, el derecho a la privacidad ha sido interpretado como una barrera contra el escrutinio de las autoridades en los lugares donde las mujeres sufren las más graves violaciones a sus derechos: la casa y la familia.

Los derechos económicos, sociales y culturales de fundamental importancia a la hora de garantizar la igualdad real de las mujeres, suelen tener contenidos y formas de implementación más débiles, y no contemplan los impactos diferenciales que para varones y mujeres tienen las políticas nacionales e internacionales que se refieren a estos derechos. La dominación masculina instituye un sistema de subordinación que se torna en un principio organizacional en la distribución social y económica de los recursos y que conduce a la posición de subordinación de las mujeres en todo el mundo. A través de la operatividad de esta dominación, las mujeres están relegadas a ocupar el último escalón de la escalera económica y social, una posición que adquiere legitimidad en las formas concretas que las actitudes culturales y sociales caracterizan a las diferencias de género. Esta realidad está reforzada por la dependencia de las mujeres en todas sus formas, por su socialización, por su falta de acceso a la educación, por la carga de tareas y reparto inequitativo de responsabilidades domésticas, por las condiciones desiguales en los lugares de trabajo, entre otros factores. El sistema internacional no ha sido eficaz para revertir esta dominación, ni siquiera lo ha planteado seriamente dentro de sus objetivos.

Por su parte, tampoco en lo relativo a los llamados derechos humanos de tercera generación se ha observado una atención importante brindada a los derechos humanos de las mujeres. Si tomamos como ejemplo el derecho al desarrollo, tanto su concepción, definición como implementación siguen reforzando y perpetuando los canales por donde transita la supre-

macía masculina. Del mismo modo, el derecho a la propia determinación de “todos los Pueblos” de su propio estatus político y la libre persecución de su desarrollo económico, social, cultural y económico ha sido invocado y sostenido, recientemente, en un número de contextos para justificar situaciones de avasallamiento de los derechos de las mujeres. En las palabras de HALLIDAY¹², “los movimientos nacionalistas subordinan a las mujeres en una particular definición de su papel y lugar en la sociedad y refuerzan la conformidad a valores que a menudo son definidos desde el punto de vista de los varones. Sin embargo, la opresión de las mujeres dentro de grupos que demandan el derecho a la propia determinación nunca ha sido considerado relevante para su validez o para la forma que la propia determinación debe tomar”. El derecho a la auto determinación de los pueblos se ha referido a la vida política masculina, y jamás ha considerado que en muchos contextos refuerza prácticas que subordinan a las mujeres que, si bien numéricamente constituyen la mitad de dichos pueblos, no han tenido poder en dichas comunidades para expresar sus voces y valores.

Aun el propio instrumento más comprensivo de los derechos humanos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, si bien ha ampliado e incorporado nuevos conceptos, ha recibido críticas desde una perspectiva feminista. Por ejemplo, la Convención de la Mujer incluye una definición más amplia de discriminación que contempla tanto la igualdad formal como la igualdad de hecho, así como la intención o los efectos discriminatorios. Sin embargo, avanza poco sobre el enfoque masculino criticado. Los varones siguen siendo la medida de comparación y el paradigma, y su protección se limita a prohibir la discriminación en el goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por ella, que también han sido criticados por ser definidos en una forma genéricamente deficiente. La concepción androcéntrica de la igualdad está tácitamente reforzada por la Convención focalizada en la vida pública, la economía, el derecho, la educación, y su reconocimiento muy limitado de la situación de subordinación en la esfera privada y familiar. Tanto es así, que la Convención de la Mujer no atendió expresamente la cuestión de la violencia de género, más allá de que la recomendación n° 19 de 1992 del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, intentó cubrir este silencio, describiendo la violencia de género como una forma de discriminación contra las mujeres, y enfatizado la im-

¹² Ver HALLIDAY, H., *Hidden from International Relations: Women and the International Arena*, en *Millennium* 17, 1988, p. 419

portancia de la esfera privada como un sitio de opresión de las mujeres. Uno de los avances de la Convención es la incorporación de programas de acción positiva contemplados en el artículo 4; sin embargo, se ha interpretado que éstos se limitan a ser medidas temporarias que posibilitan que las mujeres puedan actuar exactamente en las mismas condiciones que los varones.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer es un claro ejemplo de la marginalización de los derechos de las mujeres respecto del sistema internacional de los derechos humanos. En primer lugar, la concepción de discriminación de la Convención de la Mujer fue trasladado directamente y apresuradamente de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966, sin prestar demasiada atención a la especificidad de la situación de las mujeres y sus necesidades. En segundo término, si bien más de 120 Estados han ratificado la Convención muchos lo han hecho condicionadamente, con un elevado número de reservas y declaraciones interpretativas superior a los que han merecido la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, muchas de las reservas sustantivas son de amplio alcance y afectan la integridad y la propia esencia de la Convención. Otras reservas más específicas han sido establecidas por los Estados con el fin de preservar leyes nacionales que niegan los derechos de las mujeres respecto a la nacionalidad de sus hijos, igualdad de derechos en el divorcio, etc. En tercer lugar, el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Eliminación contra la Mujer, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de la Convención, fue concebido como un organismo menor, con reuniones anuales más cortas y con la asignación de escasos recursos para el cumplimiento de su labor, lo cual reduce severamente su capacidad de monitorear el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados. Por otra parte, los Estados tampoco respetan al organismo e incumplen sus obligaciones de elevar los informes correspondientes, sin mayores consecuencias. Esta falta de respeto también ha sido manifestada por la propia Asamblea General. Se ha ilustrado este comportamiento en el caso de 1987, cuando el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer requirió que el sistema de Naciones Unidas promoviera o desarrollara estudios sobre el estatus de la mujer bajo las leyes y costumbres del Islam y dicho pedido fue recibido con hostilidad y se pidió al Comité que lo revisara¹³. Finalmente, la Convención no establece un mecanismo que per-

¹³ Ver BAYENSKY, Anne F., *General Approaches to Domestic Application of International Law*, en *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press, 1994, ps. 352-353.

mita interponer peticiones individuales por la violación de los derechos reconocidos por ella, a diferencia de otros instrumentos incluido la propia Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que fue su antecesora.

IV. La violencia de género como violación de los derechos humanos

La violencia doméstica constituye una de las violaciones más graves de los derechos humanos de las mujeres, que refleja y refuerza su situación de subordinación social. La violencia contra las mujeres viola su derecho a la integridad personal y a la salud y menoscaba el pleno goce de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales. Atraviesa todas las variables: razas, religión, nivel económico, social, educación, edad o cualquier otra condición. Tiene efectos traumáticos inmediatos y a largo plazo en el futuro de la mujer, de sus hijos/as y en la sociedad en su conjunto.

La violencia doméstica contra las mujeres es sistémica y estructural, constituye un mecanismo de control patriarcal de las mujeres, que ha sido construido sobre la base de la superioridad masculina y la inferioridad femenina, de funciones sexuales y expectativas estereotipados, y a partir de la predominancia social, económica y política de los varones y la consecuente dependencia de las mujeres. Si bien los anclajes culturales y legales del pensamiento patriarcal varían según las diferentes culturas, existe una coincidencia básica en cuanto al uso de la violencia como uno de los pilares centrales del patriarcado y la utilización de ella para reforzar dicho sistema, para preservar los privilegios masculinos y para imponer restricciones intolerables a las mujeres que desafían a este sistema. El Informe de las Naciones Unidas, *Violencia contra las Mujeres en la Familia*, afirma que “no existe una explicación simple para la violencia contra las mujeres en el hogar. Ciertamente, cualquier explicación debe ir más allá de las características individuales del varón, la mujer y la familia, y mirar a la estructura de la relación y el papel de la sociedad en sostener tal estructura. En un análisis final, es mejor quizás concluir que la violencia contra las esposas es una función de la creencia encarnada en todas las culturas, de que los varones son superiores y que las mujeres con las que viven son sus posesiones, que ellos pueden tratar como deseen y como consideren apropiado¹⁴”.

¹⁴ UN Report on Violence Against Women in the Family, 1989, nota 1, p. 33.

La violencia contra las mujeres constituye un serio problema de salud a nivel mundial. En efecto, es una causa significativa de morbilidad femenina que casi nunca es visualizada como un tema de salud pública. Asimismo, conforme a las estimaciones del Banco Mundial en su anuario “Informe sobre el desarrollo mundial de 1993”, sobre la carga global de enfermedad, la victimización de género es responsable por uno de cada cinco días de vida saludable perdidos por las mujeres en edad reproductiva, por lo cual, en términos globales, la carga de salud por victimización de género es comparable a la correspondiente a otras condiciones de alta prioridad en la agenda mundial. El Banco Mundial estimó que la violación y la violencia doméstica representan una pérdida del 5% de los años de vida saludables de mujeres en edad reproductiva. Por su parte, el economista Amartya SEN estableció que, debido a las diversas causas de violencia que las mujeres sufren a lo largo de todo su ciclo vital, en este momento existen 100 millones menos de mujeres en el mundo de las que deberían existir¹⁵.

Asimismo, Roxana CARRILLO en su trabajo sobre Violencia Doméstica y Desarrollo¹⁶, ha afirmado que la violencia contra la mujer también representa un obstáculo para el desarrollo económico y social. Al debilitar la energía de la mujer, atacando su confianza y comprometiendo su salud, la violencia de género priva a la sociedad de su plena participación. Las mujeres no pueden realizar sus tareas o sus ideas creativas plenamente mientras están agobiadas por las secuelas físicas y psicológicas del abuso. Asimismo, las secuelas de la victimización pueden también conducir a disminuir los logros educacionales futuros y los niveles de ingresos económicos de las mujeres que son abusadas.

El abuso de la mujer por parte de una pareja tiene consecuencias tanto sobre la salud física como sobre la salud mental. Entre los resultados no fatales para la salud física se encuentran: enfermedades de transmisión sexual, lesiones, inflamaciones pélvicas, embarazos no deseados, abortos espontáneos, dolores pélvicos crónicos, dolores de cabeza, problemas ginecológicos, abusos de drogas o alcohol, asma, síndrome de intestino irritable, conductas nocivas para la salud (como tabaquismo, sexo sin protección), discapacidad permanente o parcial, y existen resultados fatales tales como el homicidio o el suicidio de una dimensión significativa. Por otra parte, entre las consecuencias para la salud mental se encuentran: de-

¹⁵ Ver *La Mujer Ausente*, ISIS Internacional.

¹⁶ Ver BUNCH, Charlotte, y CARRILLO, Roxana, *Gender Violence: A Development and Human Rights Issue*, Centre for Women's Global Leadership, 1991.

sórdenes de estrés postraumático, depresión, ansiedad, disfunción sexual, desórdenes de la alimentación, desórdenes de personalidad múltiple, desórdenes obsesivo-compulsivo, entre otros.

Las víctimas de la violencia de género exceden numéricamente a aquellas de las más brutales dictaduras. Sin embargo, sólo recientemente se ha comenzado a considerar la violencia de género y, en particular, la violencia doméstica como una violación a los derechos humanos. Aún ahora, los avances normativos no se han traducido en las medidas necesarias para lograr cambios concretos en términos de la vida cotidiana de las mujeres. Este es un desafío pendiente que demanda la comprensión de las causas de subordinación de las mujeres y la capacidad de entender el mundo a través de la perspectiva de quienes han visto sus proyectos personales frustrados o comprometidos por la violencia. El debate sobre la violencia contra las mujeres es, en definitiva, un debate acerca de la construcción del género en la familia y en la sociedad. Sin embargo, la violencia íntima permanece en los márgenes del sistema como algo “personal”, “privado”, una “cuestión doméstica” o “familiar”, es considerada diferente, menos severa, y merece menos condena internacional y sanciones que la violencia perpetrada desde la esfera oficial.

La realización del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia implica una variedad de derechos, cada uno de los cuales tiene diferente contenido normativo y puede incluir una variedad de obligaciones legales. Algunos aspectos de estos derechos interrelacionados pueden ser considerados no meramente como derechos que crean las precondiciones para el ejercicio de una vida libre de violencia sino que son elementos constitutivos del derecho a la no violencia. El derecho a una vida libre de violencia debe ser visto como un agregado de derechos que es mayor a la suma de sus partes, porque la subordinación de las mujeres dentro de las relaciones genéricas de poder es central a la cuestión de la violencia contra las mujeres.

La interrelación entre los distintos derechos en juego no significa, sin embargo, que no se puedan identificar obligaciones gubernamentales específicas con respecto a los derechos particulares a los efectos de identificar cuándo el Estado ha incumplido sus obligaciones. Pueden distinguirse tres niveles de obligaciones: el deber de respetar el derecho (abstenerse de cometer violaciones directas); el deber de proteger el derecho (prevenir violaciones cometidas por actores no estatales); y el deber de promover el derecho (adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio del derecho en cuestión)*. Dada la relación sistemática entre las res-

* N. del comp.: sobre obligaciones del Estado ver, en este mismo ejemplar, KAWABATA, J. Alejandro, *Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

tricciones del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y la subordinación de las mujeres en la familia y en las estructuras comunitarias, el deber de proteger contra las violaciones es particularmente crítico al afirmar la esfera de las obligaciones gubernamentales respecto del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Los Estados han incurrido en graves incumplimientos de estas obligaciones. Sin embargo, no existe una condena internacional ante estas violaciones a los derechos humanos de las mujeres, como sucede con otras formas de violencia que se ejercen desde la esfera oficial. De hecho, la violencia de género no es menos grave que otras formas de tratamiento inhumano y formas de opresión. En efecto, si tomamos como ejemplo la tortura, ésta es universalmente condenada como una de las más terribles formas de violencia, lo cual ha conducido a la adopción de detallados instrumentos internacionales prohibiendo la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, tanto a nivel internacional como regional, así como su investigación por nuevos organismos.

Resulta interesante acudir al análisis desarrollado por Rhonda COPELON¹⁷ respecto de la consideración de la violencia doméstica como una forma de tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante para clarificar las semejanzas de estas formas de violencia y las diversas respuestas acordadas a cada una de ellas por el sistema tradicional de derechos humanos.

COPELON identifica cuatro elementos cruciales en la definición de la tortura por parte de los instrumentos internacionales: 1) grave daño o sufrimiento físico o mental; 2) infligido intencionalmente; 3) por motivos o propósitos específicos; 4) con alguna forma de participación oficial, ya sea activa o pasiva. Estos elementos están presentes, por ejemplo, en la definición de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente 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 y otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los

¹⁷ VER COPELON, Rhonda, *Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture*, en *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press, 1994, ps. 116 y siguientes.

dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Respecto de cada uno de estos elementos, puede compararse la situación de aquellos/as sometidos/as a torturas con la violencia contra las mujeres por parte de sus compañeros. En efecto, en el caso de la violencia doméstica, resulta obvio que se infligen intencionalmente dolores y sufrimientos graves, físicos o mentales; generalmente con el fin de castigarla, intimidarla o coaccionarla; se basa en una discriminación por razón de género dado que la pertenencia al sexo femenino es esencial en este tipo de violencia y, conforme a los últimos instrumentos internacionales sobre la materia, es el resultado de la desigual distribución de poder entre mujeres y varones; finalmente dado el incumplimiento del Estado en sus deberes de prevenir, investigar y sancionar la violencia doméstica, cabe concluir que se perpetra con, al menos, la aquiescencia del Estado.

Los objetivos esenciales de la tortura oficial moderna se basan en el quebrantamiento de la voluntad y la diseminación del terror, más allá de la mera brutalidad física. A través del abuso físico se busca socavar la integridad mental y la dignidad humana, el cuerpo es abusado y controlado como un camino último a la mente y el espíritu. Así, mientras es posible identificar tanto métodos físicos como psicológicos dentro del contexto de la violencia doméstica, es crítico reconocer la imposibilidad de segregarlos en términos de objetivos o efectos en la práctica. La inseparabilidad de la tortura física o mental es ilustrada por el hecho de que tanto en contextos oficiales como domésticos, la violación y el abuso sexual, que no produce menos daños físicos que los golpes, son a menudo experimentadas por las mujeres como la peor de las agresiones. La definición de tortura que se ha ido desarrollando en los instrumentos internacionales refleja un creciente reconocimiento de la inseparabilidad de la tortura física y mental, así como también la suficiencia del abuso psicológico. Así, la comparación entre los sobrevivientes de la tortura oficial y las mujeres maltratadas deja claro que la sumisión no es una particularidad de la patología de las mujeres sino que es una consecuencia de los esfuerzos de dominación. Quienes practican el terror no deben ser exonerados porque las mujeres, igual que los prisioneros de guerra y de las dictaduras, son capaces de heroicos esfuerzos para sobrevivir.

Para constituir tortura, el sufrimiento debe ser infligido intencionalmente contra la voluntad de la víctima. La intención requerida es simplemente la intención general de hacer el acto que claramente o previsiblemente causa terrible sufrimiento. Se ha rechazado la exigencia de que la tortura debía ser infligida “deliberada y maliciosamente”. En el caso de la violencia doméstica no se trata del producto de la pérdida de control o de una actitud impulsiva sino que el maltrato, sea o no premeditado, es una conducta motivada y debe ser vista como un intento de ocasionar un estado de hechos deseado. Las mujeres maltratadas informan que los varo-

nes a menudo planean sus ataques. Los varones que golpean a sus compañeras exhiben un excelente control de sus impulsos en otros contextos; sus únicos blancos suelen ser sus compañeras, hijos, mascotas y objetos inanimados.

La violencia de género no sólo importa una violación a los derechos humanos en su integridad personal, seguridad y dignidad sino que también constituye una forma de discriminación a las mujeres como grupo, dado que su propósito es mantener a las mujeres tanto en lo individual como en lo grupal en una posición de inferioridad y subordinación. Es así ilustrativo examinar el nivel de coincidencia entre los propósitos de la tortura y los aplicables a la violencia doméstica: sacar información, castigar, intimidar, discriminar, socavar la integridad de una persona o disminuir sus capacidades. La tortura busca intimidar en tres niveles: la víctima individual, el grupo con el cual la víctima se identifica y, finalmente, la sociedad en su conjunto. El horror de la experiencia de la tortura está dirigido a evitar que esa persona realice actividades de oposición o participe de cualquier asociación que sea considerada un riesgo, crea el terror de que cualquier acción, aún las más inocuas pueden ser interpretadas como oposición, y a menudo fuerza a las personas al exilio. La violencia doméstica también está diseñada para intimidar tanto a la mujer individualmente como a las mujeres como un grupo. En el nivel individual, el objetivo de la violencia doméstica es “domesticarla”, aterrorizarla hasta la obediencia, prevenir o detenerla de su afirmación como diferente o autónoma. La posibilidad de que la violencia pueda surgir como respuesta de ciertas acciones propias la alejan o previenen de realizar conductas “precipitadas”. Más allá de esto, el hecho de que la violencia pueda irrumpir en cualquier momento y por cualquier razón, crea en la mujer ansiedad y terror, un complejo juego de aplacarla, tolerar y sobrevivir. La violencia doméstica socava no sólo la seguridad de las mujeres en el hogar, sino también sus posibilidades de independencia, el ejercicio de sus derechos humanos y su desarrollo autónomo. UNIFEM reconoce que “la violencia es una forma de control que limita su habilidad para perseguir opciones en casi todas las áreas de la vida desde la casa a la escuela, el lugar de trabajo, la mayoría de los espacios públicos y es un obstáculo directo de la participación de las mujeres en proyectos de desarrollo. El papel central de la violencia como un obstáculo a los derechos de las mujeres y al desarrollo ha sido reconocido por diversos organismos e instrumentos. Las amenazas de violencia son casi tan efectivos como los propios actos de violencia en hacer que las mujeres se conviertan en sus propios carceleros. La violencia perpetúa así la dependencia económica, social, y psicológica, la cual a su vez contribuye a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia”. La tortura, tanto en la esfera doméstica como oficial, persigue más que el dolor temporal. Busca reducir a la persona a la pasividad y a la sumisión, destrozar la autoes-

tima, la confianza y la capacidad de resistencia. Implica degradación, humillación, terror, y vergüenza que dura más allá del dolor y trabaja sobre la personalidad, el sentido de integridad, y el propio valor de sí misma. La intención no necesita destruir por completo a la persona.

El objetivo de la Convención de la Tortura de Naciones Unidas de alcanzar aquellas situaciones donde el Estado prestó su consentimiento o aquiescencia, también es aplicable a la violencia de género. El concepto más amplio de aquiescencia debe incluir violaciones de los derechos de las mujeres por actores privados a las cuales el Estado no ha respondido adecuadamente de una manera preventiva o punitiva. Más aún, las disposiciones relativas a la jurisdicción criminal universal y a las compensaciones deben aplicarse contra cualquier persona privada que comete tortura o violencia doméstica, a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de una autoridad pública. En los términos de la Convención Interamericana sobre la Tortura, la falla del Estado en entrenar a los funcionarios policiales en una intervención efectiva en violencia doméstica o la falla de la policía en responder a la llamada de una mujer golpeada por ayuda, o de los tribunales de proveer mecanismos y emitir medidas cautelares apropiadas, y de los fiscales de investigar efectivamente y perseguir a los agresores podrían todas calificar como fallas de prevenir tal violencia. La jurisdicción criminal universal y el derecho de compensación deberían aplicarse también contra los golpeadores que actúan bajo órdenes, o a instigación de una autoridad pública, así como cuando las autoridades públicas fallan en prevenir el asalto. Entonces, el reconocimiento de la violencia doméstica y otras formas de violencia basadas en el género como una forma de tortura podría detonar en una expansión sustancial de responsabilidad estatal bajo la Convención.

V. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

El reconocimiento de la violencia de género como violación a los derechos humanos y como violación directa a uno o más de los derechos consagrados por los tratados internacionales de derechos humanos es fundamental. Sin embargo, también ha sido importante el tratamiento explícito de la violencia de género como una violación independiente de instrumentos internacionales dado tanto su invisibilidad histórica como su trivialización y sus efectos y características particulares. En efecto, los instrumentos específicos sobre violencia de género conducen a los Estados a tomar medidas tendientes combatir la aceptación y naturalización cultural de la violencia de género, así como la dependencia económica y la falta de poder político, social y cultural que hace a las mujeres vulnerables a la violencia.

En este sentido, la Recomendación n° 19 del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer inició un proceso significativo, ante la falta de tratamiento explícito de la cuestión por la Convención de la Mujer. La recomendación General n° 19 afirmó claramente que la violencia de género es una forma de discriminación que seriamente inhibe a las mujeres su capacidad de gozar los derechos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad con los varones y que violenta varias disposiciones de la Convención de la Mujer, aún cuando éstas no se refieran explícitamente a esta materia. Explica que la Convención se aplica tanto respecto de actos de violencia perpetrados por las autoridades públicas como en lo atinente a la responsabilidad del Estado por su incumplimiento de la obligación de prevenir, investigar y castigar actos de violencia y de proveer la compensación adecuada. Dentro de las recomendaciones específicas requiere que los Estados partes adopten las medidas efectivas y apropiadas para superar todas las formas de violencia de género, ya sea por actos públicos o privados; entre otras, que establezcan programas y servicios de apoyo a las víctimas de violencia y programas de rehabilitación para los agresores; que dispongan medidas adecuadas para prevenir la violencia y proteger a las víctimas. Finalmente, dispone que los Estados incluyan esta cuestión en sus informes.

Por su parte, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas, llevada a cabo en Viena en 1993, reconoció que la violencia contra las mujeres viola sus derechos humanos y elaboró una Declaración y un Programa de Acción, así como también estableció una Relatoría Especial sobre la Violencia de Género. De la misma manera, la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Naciones Unidas, desarrollada en Beijing, 1995, continuó con esta tendencia con un tratamiento profundo de esta cuestión en su Plataforma de Acción.

En diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres. Esta Declaración, en su artículo 1°, define la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”. Esta Declaración profundizó la preocupación de los Estados por responder a esta cuestión, aún cuando todavía con un carácter débil.

Finalmente, a nivel regional, la “Convención de Belem do Para” o “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer”, fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de julio de 1994. Esta Convención constituye un avance de fundamental importancia en la reconcep-

tualización de los derechos humanos de las mujeres y es la que debe marcar los lineamientos fundamentales para el diseño, implementación, coordinación y seguimiento de las políticas públicas a desarrollar en materia de violencia doméstica y sexual, así como convertirse en el instrumento principal en la jurisdicción interna a los efectos de interpretar los derechos de las mujeres.

La Convención Interamericana contra la Violencia consta de un preámbulo donde reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión. Asimismo, reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Se organiza en 25 artículos distribuidos en cinco capítulos: el primero trata sobre la definición de violencia contra la mujer y el ámbito de aplicación de la Convención; el segundo trata sobre los derechos protegidos; el tercero establece los deberes de los Estados; el cuarto se refiere a los mecanismos interamericanos de protección; y el quinto contiene las disposiciones generales relativas a la interpretación, firma, ratificación, reservas, enmiendas, denuncias, y vigencia de la Convención.

Uno de los mayores avances de esta Convención se manifiesta en su propio nombre, al establecer que se aplica a la violencia contra las mujeres. La característica principal de la violencia de género es, precisamente, que se inflige a las mujeres como y por ser tales y que se relaciona básicamente con el sistema social de jerarquías y subordinación entre los sexos. La Convención, a diferencia de las legislaciones nacionales de América Latina y el Caribe que se refieren a esta temática, ha rechazado la utilización de un lenguaje neutral en términos de género y determinó claramente quiénes son las víctimas que requieren protección, así como las causas sociales de la violencia contra las mujeres, partiendo de la realidad social de desigualdad de poder entre varones y mujeres. Entiende que la eliminación de la violencia contra las mujeres es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

La Convención estipula que deberá entenderse por violencia contra la mujer toda acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

El reconocimiento de que la violencia contra las mujeres se inflige tanto en el ámbito público como en el privado, y que los Estados deben asumir la protección de los derechos de las mujeres independientemente del contexto en el cual éstos sean violados, corriendo el velo de la privacidad

del hogar, es uno de los grandes avances de esta Convención. Si bien no abarca todas las formas posibles de violencia contra las mujeres, la definición es suficientemente amplia y es importante la inclusión de la violencia sexual o psicológica, cuyos efectos suelen ser tan dañinos como el maltrato físico, pero que ha recibido menos atención o ha sido ocultada más frecuentemente.

La Convención también se aplica a la violencia que tenga lugar dentro de la comunidad y que sea perpetrada por cualquier persona y comprende entre otros: violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en lugar de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

Finalmente, y este es de los logros más importantes de la Convención, establece que ésta se aplica para la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra, recogiendo la real dimensión de la violencia contra las mujeres como una de las mayores violaciones de sus derechos humanos. En este caso, la Convención amplía la concepción tradicional de responsabilidad del Estado al hacerle asumir sus deberes de garante de los derechos humanos y responsabilizarlo por la omisión de cumplir esta función.

Cabe aclarar que el borrador de la Convención incluía una definición algo más amplia: “Cualquier acto, omisión o conducta por medio de los cuales se provoque sufrimiento físico, sexual o mental, directa o indirectamente, a través del engaño, la seducción, la amenaza, la coerción o cualquier otro medio, sobre cualquier mujer con el objetivo o a efectos de intimidarla, castigarla o humillarla, mantenerla dentro de los roles sexuales estereotipados, o negar su dignidad humana, autodeterminación sexual, integridad física, mental y moral o socavar la seguridad de su persona, su respeto a sí misma o su personalidad o disminuir sus capacidades físicas o mentales”.

La Convención establece un amplio marco de los derechos que protege: una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y todos los derechos humanos y libertades reconocidas por los instrumentos regionales e internacionales, en particular la vida, la integridad física, psíquica y moral, la libertad y la seguridad personales, a no ser sometidas a torturas, a igual protección ante la ley y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos. En este caso, la Convención también tendría que haber incluido remedios ante la violación de derechos por omisión.

Asimismo, reconoce el derecho a libertad de asociación, libertad de profesar su religión y creencias y el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y la toma de decisiones. Aclara que el derecho a una vida libre de violencia incluye el de ser libre de toda forma de discriminación y ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de

comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación entre los sexos. Los Estados parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La Convención asume una acertada posición al definir ampliamente cuáles son los derechos menoscabados por la violencia contra las mujeres y al incluir la dimensión social de discriminación por estereotipos y prácticas sociales y culturales. La Convención penetra en la comprensión de que las violaciones de los derechos de las mujeres tienen apoyo en el tejido de normas, prácticas, costumbres y actitudes sociales, y las condiciones económicas, sociales y culturales. Por lo tanto, atiende no sólo a las cuestiones jurídicas sino también que se extiende a las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales que resultan precondiciones para el pleno goce y ejercicio de una vida libre de violencia. Sin embargo, implícitamente establece cierta jerarquía entre los derechos al establecer, como veremos, diferente tipo de obligaciones del Estado como correlato de éstos.

Con respecto a los deberes de los Estados parte, establece dos niveles de obligaciones, con diferentes mecanismos para el caso de su violación.

En primer lugar, establece que los Estados deben adoptar los medios apropiados, sin dilaciones, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia, en particular:

- abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia y velar porque sus autoridades, funcionarios, personal, agentes e instituciones se comporten de acuerdo con esta obligación;

- actuar diligentemente para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluyendo la sanción de las normas necesarias a tales efectos, en particular para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; así como la abolición de las normas o la modificación de las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia;

- establecer procedimientos legales, judiciales y administrativos, justos y eficaces que incluyan: medidas de protección, juicio oportuno, acceso efectivo, resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación;

- adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la Convención.

Un segundo nivel de deberes de los Estados, que deben cumplir en forma progresiva, se refiere a medidas y programas específicos para:

- fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia; diseñar programas de educación para concien-

tizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia, los recursos legales y la reparación que corresponda;

- modificar los patrones culturales de conducta de varones y mujeres, estereotipos y prácticas basadas en la premisa de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros que legitimizan o exacerbaban la violencia, en particular a través de la educación;

- fomentar la capacitación del personal en la administración de justicia, policía y demás funcionarios/as encargados/as de aplicar la ley y del personal específico para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer;

- suministrar los servicios especializados apropiados en el sector público y privado: refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuidado y custodia de menores; programas de rehabilitación y capacitación de la mujer víctima de violencia que le permitan participar plenamente de la vida pública y privada.

- alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer y realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

- garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia para evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia y para aplicar los cambios necesarios;

- promover la cooperación internacional.

Asimismo, la Convención establece que los Estados, en el cumplimiento de los deberes descriptos, deberán tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia, en particular por motivos de raza, condición étnica, de migrante, refugiada, o desplazada, embarazada, discapacitada, menor de edad, anciana, o en situación económica desfavorable o afectada por conflictos armados o privación de su libertad. Si bien ha sido importante tener en consideración las situaciones de vulnerabilidad o la concurrencia de discriminación por otros factores, en este punto deberían haberse incluido otros aspectos como religión u orientación sexual y una cláusula amplia residual para aquellas mujeres que sufran cualquier otro tipo de discriminación.

Con respecto a los mecanismos interamericanos de protección, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer constituye un importante avance estableciendo mecanismos semejantes a los dispositivos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, establece que los Estados deberán incluir en sus informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia y para asistir a la mujer víctima, los obstáculos para su aplicación y los factores que contribuyen a la violencia. Este dispositivo de revisión y análisis

sis de los informes nacionales puede constituir un método eficaz si la Comisión Interamericana de Mujeres establece normas eficaces para su preparación y evaluación e incluye la participación de las organizaciones no gubernamentales.

Por otra parte, los Estados parte y la Comisión Interamericana de Mujeres podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opiniones consultivas sobre la interpretación de esta Convención. Este mecanismo permitirá que la Corte establezca qué acciones u omisiones constituyen una violación de la Convención y que se requiere a los Estados para evitar dichas violaciones. La Comisión Interamericana de Mujeres puede pedir a la Corte una interpretación relativa tanto a las obligaciones perentorias de los Estados como a aquellas obligaciones de adoptar progresivamente medidas específicas.

El avance más significativo relativo a los mecanismos de protección se refiere a la legitimación para presentar denuncias y quejas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que podrá hacerlo cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, por la violación a los deberes del Estado de primer orden. La Comisión considerará estas denuncias de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimientos para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Estatuto y Reglamento de la Comisión. Por lo tanto, se pueden utilizar las denuncias para obtener protecciones individuales y medidas compensatorias. Una de las fallas de esta Convención, sin embargo, es que no permite la denuncia ante la Comisión Interamericana por las violaciones de los Estados en cumplir sus obligaciones de adoptar progresivamente medidas específicas, marcando una división análoga a la diferente preocupación merecida por los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Otra falencia importante es la eliminación de la facultad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para referir casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la Corte no posee jurisdicción para revisar las decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a diferencia de lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De todos modos, una interpretación adecuada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe contemplar todos los casos de violaciones de derechos humanos previstas específicamente por la Convención contra la Violencia, y por lo tanto aplicarse directamente.

La Convención ha constituido un gran avance respecto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pues ha introducido nuevos conceptos de fundamental importancia en términos de la protección de los derechos humanos de las mujeres, recogiendo la perspectiva de las mujeres.

En primer lugar, como dijéramos, es fundamental la adopción de una herramienta que tiene en cuenta la desigualdad de poder entre varones y mujeres como causa de la violencia contra las mujeres y es formulada con el fin de prestar atención a la particularidad genérica de esta cuestión. Asimismo, el reconocimiento de la dimensión social de esta temática y el rechazo de un tratamiento basado en la excepcionalidad, como problemas individuales, familiares o privados ha sido un gran logro. Se intenta hacer visible un hecho que ha sido ocultado o “naturalizado”: el hecho de que las mujeres somos víctimas de violencia por ser mujeres. La violencia de género se relaciona con la posición de superioridad del agresor y de un ejercicio del poder del varón en la familia y en la sociedad. En efecto, estas relaciones desiguales de poder producen y, a la vez, reproducen la violencia. Asimismo, la violencia contra las mujeres guarda una estrecha relación con la desigualdad en el ámbito económico, social y cultural.

En este sentido, la asunción de la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales y la inclusión de una noción amplia del “derecho a una vida libre de violencia” también ha marcado un gran cambio en la conceptualización de la cuestión de la violencia contra las mujeres y de los derechos afectados.

También es de vital importancia el carácter global de la Convención al incluir tanto la vida pública y privada y al reconocer los diversos aspectos de esta problemática. A diferencia de algunas legislaciones nacionales que sólo han prestado atención a la sanción de los agresores, la Convención apunta también a corregir problemas sistémicos a través de la prevención, la rehabilitación, los servicios necesarios para la atención de las víctimas, la educación, los medios de comunicación social, etc. Por otra parte, se dirige también a la capacitación y sensibilización de los/as operadores/as del sistema jurídico como jueces, fiscales, policías, entre otros, así como de los/as encargados/as de diseñar e implementar las políticas públicas pertinentes para el cumplimiento de esta Convención.

Esta Convención es de gran importancia para expandir las ideas vigentes de la responsabilidad estatal. Un concepto más amplio de la imputabilidad del Estado nos permitirá incluir las violaciones de los derechos humanos de las mujeres perpetrados directamente por el Estado, así como la falla de los Estados en proteger estos derechos contra abusos cometidos por actores no estatales y la negación de los Estados de proveer los recursos básicos o los medios esenciales para un pleno y libre ejercicio de estos derechos, eliminando la división entre las esferas públicas y privadas.

VI. La responsabilidad del Estado ante las violaciones de los derechos humanos de las mujeres

La responsabilidad del Estado es central para una interpretación expansiva de los derechos humanos que busca incluir a los derechos huma-

nos de las mujeres. Para que el derecho de los derechos humanos sea significativo, debe incorporar e informar los principios de responsabilidad estatal que se refieren a las obligaciones sustantivas del Estado, en particular respecto a la violencia de género.

El Estado puede ser considerado responsable de violaciones de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo la violencia sistemática ejercida por actores privados contra las mujeres por dos vías. La primera, por fallar sistemáticamente en proveer protección a las mujeres de los actos “privados” que privan a las mujeres de sus derechos a la vida, la libertad, la seguridad, convirtiéndose así en cómplice de tales violaciones. En efecto, de acuerdo con el análisis de Celina ROMANY¹⁸, el Estado crea o permite un gobierno paralelo en el cual los derechos de las mujeres son sistemáticamente violados y puede ser considerado responsable por ello. En segundo lugar, el Estado puede ser considerado responsable por las fallas en cumplir con su obligación de prevenir y castigar la violencia contra las mujeres en una manera no discriminatoria, negando a las mujeres igual protección ante la ley.

A. Complicidad estatal

El Estado es responsables cuando incumple el respeto, ya sea a través de acciones u omisiones, de los derechos humanos de las mujeres a la vida, libertad y seguridad personal. Aun cuando la conducta de un individuo o grupo que no está actuando en representación del Estado no debe ser considerado acto del Estado, puede establecerse la complicidad del Estado por sus fallas en cumplimentar sus obligaciones.

La responsabilidad del Estado en las violaciones de los derechos de las mujeres por actores privados no es establecida por incidentes casuales que no sancionan la violencia contra las mujeres ni por teorías de responsabilidad derivada o responsabilidad remota o formas atenuadas de responsabilidad. De acuerdo con ROMANY, la complicidad depende de la existencia verificable de un Estado paralelo con su propio sistema de justicia, un Estado que sistemáticamente priva a las mujeres de sus derechos humanos; un Estado que es diseñado, promovido y sostenido por actos estatales oficiales; un estado protegido por el Estado oficial que protege el poder masculino a través de encarnar y asegurar el poder existente de las varones sobre las mujeres en todos los niveles, alentando, disimulando, calificando o sólo prohibiendo en apariencia los excesos. La extendida violencia

¹⁸ Ver ROMANY, Celina, *State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, en *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press, 1994, ps. 85 y siguientes.

contra las mujeres ejemplifica el régimen oficial/paralelo. Son los actos de violencia y dominación en el Estado paralelo lo que permite que la esfera pública oficial mantenga sus principios patriarcales subyacentes mientras mantiene sus manos relativamente limpias. La violencia contra las mujeres es un acto político cuyo mensaje es la dominación. En efecto, el informe de las Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres ha documentado claramente su naturaleza global y, a través de la exploración de la intersección con sus componentes sociales, culturales y económicos, el informe señala a los Estados por su complicidad en perpetuar su invisibilidad y privatización. El informe expone cómo la privatización opera en beneficio del perpetrador de la violencia y que los actos son “tácitamente adoptados por las autoridades públicas, tales como médicos, trabajadores sociales, la policía y los operadores del derecho, quienes se unen en una conspiración de silencio y en algunos otros modos que casi aprueban el comportamiento del agresor”¹⁹.

Así, la falla del Estado en arrestar, perseguir y condenar a los perpetradores de la violencia contra las mujeres puede ser interpretada como aquiescencia a (o ratificación de) la conducta del actor privado, así como la falla de prevenir crímenes de violencia contra las mujeres también puede ser vista como una conspiración entre el actor privado y las agencias u órganos de aplicación y ejecución de las leyes, y así incluir la complicidad estatal. De esta manera existe un acuerdo tácito que puede ser caracterizada como una “política” o una “costumbre” del Estado.

En este sentido, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez c/Honduras”²⁰ puede ser considerada como un paso fundamental en el establecimiento de un principio de complicidad en y su consiguiente responsabilidad estatal por la falla estatal de implementar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos. Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez era un estudiante que fue detenido y torturado por las fuerzas armadas de Honduras. El gobierno negó que él estuviera detenido. Su caso es uno más de los cientos de desaparecidos en Honduras. La Comisión concluyó que el gobierno de Honduras había violado gravemente los arts. 4 y 7 de la Convención que protegen los derechos a la vida y a la libertad personal y elevó el caso ante la Corte.

La Corte Interamericana ha considerado en el caso “Velásquez Rodríguez” (Pronunciamiento del 17 de agosto de 1990) que cualquier obsta-

¹⁹ UN Report on Violence Against Women in the Family, 1989, nota 1, p. 33.

²⁰ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”.

culización de los derechos reconocidos por la Convención que pueden ser atribuidos bajo las reglas del derecho internacional a la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un acto imputable al Estado, que asume responsabilidad en los términos previstos por la Convención. Por esta razón, la Corte decidió que Honduras violó los arts. 1 (1), 4, 7 y 51 de la Convención y que debía pagarse una justa compensación a los familiares de Velásquez Rodríguez de 375.000 dólares. La Corte sostuvo que Honduras estaba obligada a investigar la desaparición de Velásquez y castigar a los perpetradores de las violaciones de los derechos humanos, así como prevenir futuras desapariciones.

La Corte sostuvo que, en primer lugar, el art. 1 (1) de la Convención expresa que los Estados signatarios se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención. Esto implica que el ejercicio de la autoridad pública tiene ciertos límites y que los derechos humanos constituyen dominios precisos que están más allá del alcance del Estado. Pero el art. 1 también establece que los Estados signatarios tienen la obligación de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación por razones de raza, color, sexo, lenguaje, religión, opinión política o de otra índole, origen social o nacional, estatus económico, nacimiento o cualquier otra condición social. Como consecuencia, los Estados signatarios tienen el deber de organizar el aparato y estructuras a través de las cuales ejerce el poder a los efectos de que sean capaces de cumplir con esta obligación de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Además, el art. 2 de la Convención establece que cuando el ejercicio de alguno de los derechos y libertades a los que se refiere el art. 1, no está todavía asegurado por disposiciones legislativas o de otra índole, los Estados signatarios se comprometen a adoptar, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención, medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para la plena vigencia de tales derechos y libertades. Por esta razón, la obligación de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se cumple con la mera existencia de un sistema legal sino que también demanda que el gobierno tome medidas positivas y provea los medios necesarios para la plena vigencia de los derechos humanos.

En el caso “Velásquez Rodríguez”, la Corte clarificó las condiciones bajo las cuales la violación de los derechos reconocidos por la Convención pueden ser imputados a los Estados signatarios y, por lo tanto, establecer su responsabilidad internacional. En primer lugar, un Estado es responsable por los actos de sus agentes realizados en su carácter oficial o por sus omisiones, aun cuando estos agentes actúen fuera de la esfera de su competencia. Pero el Estado es también responsable cuando no previene, in-

vestiga o castiga las violaciones a los derechos humanos y permite que personas particulares o grupos actúen libremente y con impunidad para detrimento de los derechos reconocidos por la Convención. La Corte ha expresado que un acto ilegal que viola derechos humanos y que no es inicialmente directamente imputable a un Estado (por ejemplo, porque es el acto de una persona particular o porque la persona responsable no ha sido identificada) puede conducir a la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para responder a ella tal como lo demanda la Convención.

Los Estados signatarios tienen la obligación de tomar las medidas adecuadas para prevenir las violaciones a los derechos humanos y para investigarlas y castigar a las personas responsables y, si es posible, restaurar el derecho violado y proveer compensación por los daños resultantes de la violación. Estas medidas incluyen aquellas de naturaleza legal, política social, administrativa y cultural que sean necesarias para la protección y la promoción de los derechos humanos. En esta decisión fue crucial la contextualización y el reconocimiento de la importancia de las condiciones sociales.

Esta decisión es crucial a los efectos de analizar la responsabilidad estatal por violencia contra las mujeres en la esfera “privada”. Se ha considerado que las violaciones sistemáticas a los derechos humanos son “aquellas violaciones instrumentales para el logro de las políticas gubernamentales, perpetradas en tales cantidades y de tal modo que crean una situación en la cual los derechos a la vida, a la integridad personal o la libertad personal de la población en su conjunto o uno o más sectores de la población son continuamente avasallados o amenazados.” Con respecto a la violencia de género, el Estado ha violado su deber, bajo un estándar de la debida diligencia, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

B. Responsabilidad estatal por violar el principio de igual protección ante la ley

La segunda vía explorada por ROMANY para explicitar la responsabilidad estatal radica en las fallas de prevenir y castigar la violencia contra las mujeres de un modo no discriminatorio. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos requiere que los derechos humanos sean garantizados sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, origen, condición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, así como que los Estados aseguren que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan derecho, sin discriminación a igual protección.

Un aspecto de la protección genuina de los derechos humanos es el acceso efectivo de la víctima a un sistema legal capaz de atender plenamente y justamente las violaciones a estos derechos de una manera no discriminatoria. Los instrumentos internacionales de derechos humanos también obligan a los Estados a eliminar la discriminación contra la mujer en el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. Esta obligación se aplica al derecho a la integridad personal protegida bajo varios tratados internacionales de derechos humanos. La Convención de la Mujer, además, establece que los Estados parte deben tomar todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas y remedios judiciales apropiados para garantizar el desarrollo y avance de las mujeres, y el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por la Convención en igualdad de condiciones con los varones. Además, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer comprende actos de interferencia de actores privados en el goce y ejercicio de los derechos de las mujeres. En este sentido, el artículo 2 requiere que los Estados eliminen la discriminación por cualquier persona, organización o empresa y el artículo 5 busca eliminar los prejuicios y prácticas que están basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en los estereotipos de varones y mujeres. Considerando que la violencia de género es una forma de discriminación contra las mujeres, y la inacción o aquiescencia del Estado manifestada en las fallas sistemáticas para prevenir, investigar, sancionar y erradicar esta violencia, adoptar las medidas de toda índole necesarias para su eliminación, proveer remedios justos y adecuados para las víctimas y acordarles la compensación correspondiente, el Estado es responsable, entonces, por no garantizar la igual protección ante la ley.

VII. Los derechos humanos de las mujeres y la jurisdicción interna

En este contexto de responsabilidad estatal, por el cual los Estados parte tienen el deber de organizar el aparato y estructuras a través de las cuales ejerce el poder a los efectos de que sean capaces de cumplir con esta obligación de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, incluyendo a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, los poderes e instituciones del Estado deberán tener en cuenta los siguientes principios relativos a los derechos humanos de las mujeres en general, y sobre violencia doméstica y sexual en particular:

1) deberán adoptar todas las medidas necesarias para promover y proteger los derechos humanos de las mujeres, mediante la plena aplicación de todos los instrumentos de derechos humanos, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eli-

derecho a la igualdad y a la no discriminación

minación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

2) Deberán implementar un programa amplio de educación sobre derechos humanos, con el objeto de aumentar la conciencia de las mujeres acerca de sus derechos humanos y mecanismos de protección y aumentar la conciencia de otras personas acerca de los derechos humanos de las mujeres.

3) Deberán incluir los aspectos relacionados con el género en la presentación de informes con arreglo a todas las convenciones e instrumentos de derechos humanos, incluidos los convenios de la OIT, con el objeto de que se analicen y examinen los derechos humanos de la mujer.

4) Deberán impartir enseñanza y capacitación sobre derechos humanos que tenga en cuenta los aspectos relacionados con el género a los/as funcionarios/as públicos/as, incluidos/as, entre otros/as, los/as funcionarios/as y personal judicial, el personal policial y militar, los/as funcionarios/as penitenciarios, el personal médico y de salud.

5) Deberán promover la educación sobre los derechos humanos de las mujeres en los planes de estudio escolares en todos los niveles y emprenderán campañas públicas acerca de la igualdad de mujeres y varones en la vida pública y privada, incluidos sus derechos dentro de la familia y los instrumentos de derechos humanos pertinentes.

6) Deberán capacitar al personal policial en la dimensión de género, incluyendo la particular situación de las mujeres víctimas de distintos tipos de agresiones a su integridad y facilitarán la debida asistencia y protección policial a las mujeres que acudan a presentar denuncias en los departamentos policiales.

7) Deberán adoptar todas las medidas necesarias e integradas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica y sexual contra las mujeres, haciendo hincapié en la prevención de la violencia y el enjuiciamiento de los responsables; garantizando la protección de las mujeres víctimas de la violencia, el acceso a remedios justos y eficaces, inclusive la reparación de los daños causados, la indemnización y la curación de las víctimas y la rehabilitación de los agresores.

8) A los efectos de tales políticas, se entenderá por “violencia contra las mujeres”, cualquier acción, conducta u omisión, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y que incluye la violencia física, sexual o psicológica:

a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, o en cualquier otra relación interpersonal y que comprende, entre otros, maltrato, violación y abuso sexual;

b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos educativos o cualquier otro lugar; y

c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

9) Deberán promover la integración activa y visible de la dimensión de género en todas las políticas y programas en materia de violencia contra las mujeres; alentarán vigorosamente, respaldarán y aplicarán las medidas y los programas destinados a desarrollar los conocimientos y propiciar la comprensión de las causas, las consecuencias y los mecanismos de la violencia contra las mujeres entre los responsables de la aplicación de esas políticas, como los/as funcionarios/as encargados/as del cumplimiento de la ley, los/as miembros de la policía y los/as asistentes sociales, el personal médico y el personal judicial; y establecerán estrategias para impedir que las mujeres víctimas de la violencia vuelvan a sufrirla por la prescindencia de las leyes o las prácticas de aplicación de la ley o los procedimientos judiciales.

10) Deberán garantizar a las mujeres que han sufrido o sufran violencia doméstica o sexual acceso a los sistemas judiciales y a soluciones justas y eficaces para reparar el daño de que han sido objeto, y les informarán acerca de su derecho a obtener compensación a través de esos mecanismos.

11) Deberán adoptar todas las medidas necesarias, especialmente en el ámbito de la enseñanza, para modificar los modelos de conducta sociales y culturales de las mujeres y los varones, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otro tipo basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres.

12) Deberán crear mecanismos institucionales, o reforzar los existentes, a fin de que las mujeres y las niñas puedan dar parte de los actos de violencia cometidos contra ellas e interponer denuncias al respecto en condiciones de seguridad y confidencialidad, y sin temor a castigos o represalias.

13) Deberán asignar recursos suficientes para implementar el programa de actividades relacionadas con la erradicación de la violencia contra las mujeres y la aplicación de planes de acción en todos los niveles apropiados.

14) Deberán establecer centros de acogida y servicios de apoyo dotados de los recursos necesarios para auxiliar a las niñas y mujeres víctimas de la violencia y prestarles servicios médicos, psicológicos y de asesoramiento, así como asesoramiento letrado a título gratuito, además de la

asistencia que corresponda para ayudarles a encontrar medios de vida suficientes.

15) Deberán organizar, apoyar y financiar campañas de educación y capacitación de la comunidad encaminadas a despertar la conciencia de que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos.

16) Deberán organizar y financiar campañas de información y programas de educación y capacitación a fin de sensibilizar a las niñas y los niños, a los varones y a las mujeres acerca de los efectos personales y sociales negativos de la violencia en la familia, la comunidad y la sociedad; a enseñarles a comunicarse sin violencia; y fomentar la instrucción de las víctimas y de las víctimas potenciales de modo que puedan protegerse y proteger a otros/as de esas formas de violencia.

17) Deberán difundir información sobre la asistencia de que disponen las mujeres y las familias que son víctimas de la violencia.

18) Deberán proporcionar, financiar y promover servicios de asesoramiento y rehabilitación para los autores de actos de violencia.

19) Deberán implementar programas de asesoramiento, rehabilitación y apoyo para niñas, adolescentes y jóvenes que hayan sido o sean objeto de relaciones abusivas.

20) Deberán adoptar las medidas necesarias para despertar la conciencia acerca de la responsabilidad de los medios de comunicación de promover imágenes no estereotipadas de mujeres y varones y de eliminar los patrones de conducta generadores de violencia que en ellos se presentan; alentar a los/as responsables del contenido del material que se difunde a que establezcan directrices y códigos de conducta profesionales; despertar la conciencia sobre la importante función de los medios de comunicación en la información y educación de la población acerca de las causas y los efectos de la violencia contra las mujeres; y estimular el debate público sobre el tema.

21) Deberán promover la investigación, recoger datos y elaborar estadísticas, especialmente en lo concerniente a la violencia en el hogar, relacionadas con la frecuencia de las distintas formas de violencia contra las mujeres; fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de esta violencia, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos; y difundir ampliamente los resultados de los estudios e investigaciones.

22) Deberán adoptar las medidas necesarias para el relevamiento de datos y registros estadísticos desagregados por sexo y edad, sobre las víctimas y los autores de todas las formas de violencia contra las mujeres, como la violencia doméstica, el hostigamiento sexual, la violación, el incesto y el abuso sexual, y la trata de mujeres y niñas, así como sobre la violencia por parte de agentes del Estado.

VIII. Conclusión

Tal como lo establece Andrew BYRNES²¹, los derechos garantizados por los instrumentos internacionales y las prácticas que rodean su interpretación e implementación no están definidos en forma concreta, ni aquellos que, hasta el momento, han dominado la exégesis de tales derechos están destinados o con derecho a permanecer como los únicos decodificadores del significado de las garantías de los derechos humanos. La descripción del discurso de los derechos como un lugar de lucha o un lugar de diálogo es útil para clarificar la negociabilidad y el proceso político que es la interpretación de los derechos. Dentro de las críticas de las limitaciones de los derechos humanos internacionales para las mujeres se ha argumentado que aquellos que dialogan están hablando simplemente de cuestiones que no son de fundamental importancia para las mujeres y que es muy improbable que los varones estén capacitados para representar los intereses de las mujeres. Sin la participación de mujeres en el debate y el proceso de toma de decisiones, inevitablemente, se producirá una distorsión en la apreciación de sus intereses. Esta distorsión se produce por la falta de explicitación clara de tales intereses, por la falta de conocimiento cierto de tales intereses por los representantes varones o por la interposición de los intereses propios de estos. Además, la propia discusión se torna insuficiente pues es en el proceso de convencer a los demás donde se genera la tendencia a la imparcialidad a la que esta teoría alude. Parte de cualquier estrategia superadora para usar el discurso de los derechos humanos internacionales más extensivamente debe ser un esfuerzo concertado para expandir la gama de participantes en dicho diálogo. Karen ENGLE²² argumenta que la historia del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha sido la historia de los desafíos desde los márgenes por aquellos que han sido excluidos de la participación de tal discurso. Consecuentemente, existe una necesidad de apropiarse de algún poder de definir el contenido de los derechos humanos a los efectos de desafiar el modelo estrecho androcéntrico y atender cuestiones de interés central de las mujeres. Los estándares que guían la naturaleza dinámica de la interpretación de las normas y procedimientos relativos a los derechos humanos

²¹ Ver BYRNES, Andrew, *Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures*, en *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press, 1994, ps. 211-212.

²² Ver ENGLE, Karen, *International Human Rights and Feminism: When Discourses Meet*, en "Michigan Journal of International Law", 13:519, 1992.

derecho a la igualdad y a la no discriminación

alumbran la necesidad de responder a las cambiantes condiciones sociales y preocupaciones: expandir la gama de participantes y perspectivas en el diálogo es un paso fundamental para la efectiva protección y promoción de los derechos humanos de las mujeres.

Capítulo 8

Derechos del niño

La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno

Mary A. Beloff

I. Significado y alcances de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el contexto latinoamericano

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹ fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos². Su ratificación por veinte países –el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia³– ocurrió menos de un año después. En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia que tuvo lugar en la oficina de las Na-

¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990.

² La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. El estatus y el tratamiento de los niños han sido por largo tiempo asuntos considerados del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova de los Derechos del Niño que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional importante en recoger esa idea. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño. Diferentes relevamientos señalan que entre el comienzo del siglo y mediados de la década de los ochenta, diferentes organizaciones internacionales adoptaron entre sesenta y nueve (INTERIGHTS, 1986) y cuarenta (Philip VEERMAN, 1991) –las diferencias obedecen al método empleado– declaraciones y convenciones que tratan exclusivamente sobre niños.

³ Art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

ciones Unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁴. A la fecha, ciento ochenta y seis países la han ratificado.

La Convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

En términos generales, es posible afirmar que ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos⁵ ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La razón que explica tal generalizada aceptación se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños⁶ son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos.

En muchos países de América Latina la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales ha tenido lugar en contextos de transición o consolidación democráticas. Así, la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde perspectivas asistencialistas y tutelares, ha cedido frente a una discusión en términos de ciudadanía y de derechos para los más chicos.

Es indudable que en prácticamente todos los países se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Tal transformación se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los

⁴ Cf. UNGA, 1990a:8.

⁵ Cf. LEBLANC, Lawrence J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, ps. 11 y siguientes.

⁶ La Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Cf. art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). La Argentina declaró en la ley 23.849 aprobatoria del tratado en relación al art. 1 que éste debía ser interpretado en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

“menores” como objetos de tutela y represión a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho⁷.

Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la Convención en el contexto latinoamericano. Si se analiza el proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se observa, por un lado, y en relación al poder judicial, que pese a la manifiesta inconstitucionalidad de las leyes de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional –y aún después–, ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes. En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparó el proceso de reformas con el fallo “Gault” en 1967⁸.

Por otro lado, en relación a los poderes ejecutivo y legislativo, los países latinoamericanos han seguido un proceso de triple vía⁹. En algunos países la ratificación de la Convención Internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial. Tales serían los casos, entre otros, de la Argentina, Chile, Venezuela o Panamá. En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Esos serían los casos, por ejemplo, de Colombia u Honduras. Finalmente, otros países han realizado –o se encuentran en proceso de realizar– una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional. Ejemplos de este último grupo serían, entre otros, Brasil, Guatemala, El Salvador y Paraguay.

II. De la situación irregular a la protección integral

Las leyes de la situación irregular presentan algunos rasgos característicos¹⁰

El primero es que reflejan criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción posi-

⁷ Sobre la distinción entre “menores” y niños ver BELOFF, Mary, *No hay menores de la calle*, en revista “No hay derecho”, n° 6, Ed. Del Puerto, junio de 1992.

⁸ Cf. *in re Gault*, 387 US 1 (1967).

⁹ Cf. Unicef/Tacro, *Informe Final, Reunión de Puntos Focales*. Área Derechos del Niño, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

¹⁰ Las leyes de la situación irregular siguen rigiendo la materia en muchos países de la región, aun cuando hayan ratificado e incorporado al ordenamiento positivo interno

tivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o potenciales infractores) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso– y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos. Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares, respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, o en las igualmente vagas –no obstante ser más modernas– categorías de “menores en circunstancias especialmente difíciles” o “en situación de disfunción familiar”.

El segundo rasgo característico de la doctrina de la situación irregular es el argumento de la tutela. Mediante este argumento fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado¹¹.

Estas características de las leyes de la situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportu-

la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ese es el caso de la Argentina, cuyos tribunales siguen aplicando las disposiciones contenidas en la Ley de Patronato de Menores n° 10.903 conocida como Ley Agote y en el llamado Régimen Penal de la Minoridad (leyes n° 22.278 y 22.803) que en muchos casos contradicen los postulados del instrumento internacional en cuestión.

¹¹ Cf. PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, The University of Chicago Press, Chicago, 1969. Hay traducción al español de la segunda edición en inglés ampliada de Félix BLANCO, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982; ALLEN, Francis, *The Borderland of Criminal Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 1964.

nidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en “situación irregular”.

El tercer rasgo característico de estas leyes es la singular función atribuida al juez de menores, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más propias de las políticas sociales. En este sentido es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular es de naturaleza tutelar o asistencial.

Esta función del juez de menores y, en general, la lógica de la situación irregular tuvieron gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina de la situación irregular se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos, la oficiosidad en la actuación judicial, cuestiones morales y religiosas como fundamento de las decisiones penales, la privación de libertad como regla bajo el nombre de medida de internamiento, en suma, la violación de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas resultan incompatibles con el Estado de Derecho.

La doctrina de la situación irregular entró en crisis en la década del 60 en los Estados Unidos y en la década de los 80 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño” que concebía la protección en términos segregativos, y se inauguró la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia.

La doctrina de la protección integral está compuesta por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y por otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas –y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional–. Estos instrumentos son:

– las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing¹² aprobadas por

¹² Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

la Asamblea General cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;

– las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹³; y

– las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh¹⁴.

No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños. De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes de la situación irregular como modelos de protección integral de la infancia. Sin embargo, sí es posible afirmar que protección integral es protección de derechos. En ese sentido, el cambio con la doctrina de la situación irregular es absoluto e impide considerar a cualquier ley basada en esos principios como una ley de protección integral.

Ejemplo de lo afirmado precedentemente es que una noción central de la doctrina de la protección integral, como lo es la del interés superior del niño, que ha sido también criticada por su vaguedad, ha sido en este marco interpretada como un principio garantista de modo que signifique la satisfacción de los derechos del niño¹⁵. Así, protección integral significa protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos.

Se advierte, entonces, que protección integral como protección de derechos es una noción en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. Por tal motivo no es posible cerrar el paquete de instrumentos internacionales que integran la doctrina de la protección integral con los instrumentos mencionados más arriba específicamente orientados al tema infancia. Deben pues considerarse incluidos en la doctrina de la protección integral de la infancia todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por el país y que forman parte de la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 94 que sean aplicables.

Obsérvese por ejemplo que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccio-

¹³ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

¹⁴ Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

¹⁵ Cf. CILLERO, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Ed. Mimeo, Santiago de Chile, 1997.

nal encargado de aplicar el instrumento. Sólo crea un Comité de los Derechos del Niño que tiene la función de examinar los progresos realizados por los Estados parte en el cumplimiento de la Convención¹⁶. A tal fin, los Estados parte deberán presentar cada cinco años –y por primera vez en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado parte la Convención haya entrado en vigor– al Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos¹⁷. Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos organiza el sistema americano de protección de derechos humanos a través de dos instituciones supranacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, es posible afirmar que la Convención Americana permite completar la noción de protección integral ya que avanza sobre la protección de los derechos humanos de los niños asegurándoles un estándar mejor de reconocimiento y ejercicio de sus derechos que el previsto por la Convención Internacional.

Básicamente, el cambio de doctrina se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera sustancial su ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En términos generales es posible afirmar que una ley se enrola en la protección integral de los derechos de la infancia cuando:

- define los derechos de los niños y establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere;

- distingue claramente las competencias de las políticas sociales de la política criminal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales;

- abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a definirlos de manera afirmativa, como sujetos plenos;

- desjudicializa cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada de la forma descripta más arriba;

¹⁶ Cf. art. 43.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

¹⁷ Cf. art. 44.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

- jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia);

- en cuanto a la política criminal, reconoce a los niños todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil;

- establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas alternativas a la privación de libertad, que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o internación; y

- determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado.

III. La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno

Como se ha señalado más arriba, los tribunales en América Latina no han declarado la inconstitucionalidad de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular. Tampoco han aplicado –salvo escasísimas y valiosas excepciones– directamente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los casos sometidos a su conocimiento. El argumento con el que durante años los jueces de menores han respondido a la pregunta respecto de por qué no aplican la Convención es que el instrumento internacional contiene normas programáticas que hacen necesario entonces una reforma legislativa que operativice los derechos allí contenidos. Este argumento evidentemente no avanza en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” en cuanto la Corte sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional de que todos los órganos del Estado, sean administrativos o jurisdiccionales, apliquen ese tratado a los supuestos por éste abordados siempre que el tratado contenga descripciones lo suficientemente concretas de esos supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata¹⁸.

¹⁸ Cf. “La Ley”, 1992–C:547.

La Convención Internacional tiene desde la reforma del año 1994 jerarquía constitucional por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución. Ello significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico*. Ello implica, también, que leyes, decretos, y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual, y sentencias, deben aplicarla en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con las normas de la Convención sino en sentido positivo, adecuándose a lo prescripto por el tratado de modo que el tratado se desarrolle a través de esos dispositivos¹⁹.

En este sentido, se ha señalado que "... a los tratados internacionales –mucho más cuando, como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional– hay que adjudicarles lo que se da en denominar "fuerza normativa". Quiere decir que son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para esperar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etcétera"²⁰.

En lo que sigue se presentarán algunos ejemplos acerca de la aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno, sin perjuicio de remarcar la urgencia de la reforma legislativa en esta materia en el ámbito nacional.

Si se considera por ejemplo el ámbito de la intervención coactiva del Estado en las vidas de los niños que ingresan a la justicia de menores por alguna de las vías previstas por la ley (ser autor o víctima de delito, vivir o trabajar en la calle, etc.), es posible encontrar argumentos en las normas que integran la doctrina de la protección integral que permitirían que los niños ejerciten concretamente los derechos reconocidos a ellos por la Constitución y desconocidos por las leyes nacionales.

En ese sentido, el art. 37 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que:

* N. del comp.: sobre jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ver también, en este mismo ejemplar, DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, y Parte I.

¹⁹ Cf. BIDART CAMPOS, Germán, *Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño*, en *El Derecho y los Chicos*, María del Carmen BIANCHI (comp.), Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 37.

²⁰ Cf. BIDART CAMPOS, Germán, *Constitución, op. cit.*, p. 35.

“Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Del art. 37 los incisos b) y d) constituyen sin duda alguna dos supuestos que permiten la aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El inc. b) plantea la privación de libertad (a la que llama detención, encarcelamiento o prisión) como medida de último recurso y a ser adoptada por el plazo más breve posible. También establece que nunca podrá tener lugar de manera arbitraria o ilegal. Este inciso permite entonces plantear en los procesos en los que se encuentren involucrados niños privados de la libertad algunas preguntas fundamentales:

– En este proceso, la adopción de la medida de privación de la libertad ¿ha sido el último recurso?, ¿se han agotado otras medidas antes de decidir la aplicación del internamiento?

– En este proceso, el tiempo que lleva el niño privado de su libertad ¿puede considerarse el más breve que procede, teniendo en cuenta que la noción de brevedad, en la vida de un niño, tiene un significado diferente que en la vida de un adulto?

– En este proceso, la privación de la libertad del niño ¿ha sido realizada de conformidad a la ley –a una ley obviamente válida, no en el sentido de validez formal o mera existencia sino en el sentido de la coherencia de sus significados con la constitución–?

– En este proceso, la privación de la libertad del niño ¿ha tenido lugar de manera arbitraria? ¿Cómo ha fundamentado el juez la adopción de esta medida?

Estos son algunas preguntas que obligarían a los tribunales de menores al menos a pronunciarse sobre las garantías reconocidas por la Constitución a los niños.

El inc. d) es también muy claro en este sentido, ya que garantiza a todo niño privado de su libertad tres derechos: el de contar con asistencia jurídica y otra asistencia adecuada –nótese que dice “y” y no “o”–; el de impugnar la legalidad de su detención ante un tribunal u otra autoridad competente; y el de que esa acción sea resuelta rápidamente.

Podría quizás alguien inmerso en la lógica de la situación irregular sostener por ejemplo que un niño inimputable, esto es, menor de dieciséis años o un niño víctima, o que haya sido sobreseído o absuelto o sobre el que no haya existido una imputación penal, pero que en cualquiera de esos casos haya sido e internado en una institución por su situación –esto es, por encontrarse en estado de peligro o riesgo moral o material– no se encuentra privado de la libertad; y que, por lo tanto, estos artículos no son aplicables al caso, ya que la internación es una medida de protección.

Tal posición no tendría ya sustento alguno. Por un lado, hace décadas que la doctrina penal sostiene que las penas y las medidas, si bien pueden ser diferenciadas a nivel teórico y mediante los discursos que las justifican, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenidos²¹. Por otro lado, la doctrina de la protección integral ha superado definitivamente esa discusión con la aprobación por la Asamblea General de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Así, la regla 11 b) establece que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

El art. 40 establece por su lado que:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.

²¹ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 59. En la doctrina nacional, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

I) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

II) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;

III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y a menos que se considere que ello fuere contrario al mejor interés del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

IV) que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

V) si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

VI) que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

VII) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

Todos estos incisos del apartado 2.b) del art. 40 pueden ser directamente aplicados en los procedimientos que afecten a niños. Así, podría argumentarse que la presunción de inocencia se ve vulnerada en los supuestos de internación durante el proceso en los que no se haya probado por parte del acusador peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la investigación; podría reclamarse la anulación de un proceso en el que no se haya brindado información inmediata y directa de los cargos al niño o en el que no se haya contado con asistencia jurídica²² para preparar y pre-

²² En este punto, es importante señalar que en nuestro orden jurídico no hay otra asistencia adecuada para defenderse de una acusación penal que la asistencia legal. Es-

sentar la defensa; podría invocarse la garantía de celeridad en aquellos casos en los que pasa mucho tiempo sin que, por ejemplo, se fije audiencia para debate, en particular si el niño se encuentra privado de la libertad; podría reclamarse el ejercicio de la defensa material en caso de que un niño fuera obligado a declarar; podría plantearse la garantía al recurso cuando recae sentencia de responsabilidad penal pero no se aplica pena sea por ejemplo porque no se encuentran reunidos los extremos del art. 4 de la ley 22.278 o porque se decide prorrogar el tratamiento; y, finalmente, podría argumentarse sobre el respeto de la vida privada en todos los casos en los que los tribunales llevan a cabo intervenciones que vulneran esta garantía de manera injustificada.

Otro artículo de la Convención que puede ser aplicado y de hecho es aplicado de modo bastante extendido en particular en la justicia de familia es el art. 12. Este artículo establece que:

- “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reclama a los abogados y a los jueces un complicado trabajo jurídico a fin de hacer efectivos los derechos por ella reconocidos a los más chicos y en muchos casos, a los más vulnerables entre nosotros. Esta tarea es ciertamente compleja pero urgente en la medida en que el legislador no dé cumplimiento a la obligación de adecuar la legislación al instrumento internacional.

to hace a la garantía de la defensa en su dimensión técnica. También es importante tener en cuenta que la figura del asesor de menores –que vela al mismo tiempo por los intereses del menor y por la defensa de la sociedad– no satisface de modo adecuado la garantía de los arts. 40.2.b) y 37 d).

Capítulo 9

La corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción

Alberto L. Zuppi

I. Introducción

En la década de los 70, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) norteamericana empezó a descubrir que algunas compañías estadounidenses pagaban sobornos a funcionarios públicos extranjeros para obtener ventajas sobre sus competidores. El gobierno del Presidente Carter, en cumplimiento de la prometida política de moralidad y depuración de la función pública, generada entre otras cosas en el escándalo Watergate promovió la sanción de legislación contra la corrupción¹. Cuando en 1989 una auditoría descubrió que la firma Lockheed había pagado una comisión de u\$s 600.000 por avión a través de una consultora a una legisladora egipcia de nombre Takla, con el objetivo de ganar una licitación por tres aviones de transporte, la empresa fue condenada a pagar una multa de casi u\$s 25.000.000 que representaba el doble del beneficio que pensaba obtener en el contrato. La aplicación de esta multa demostró que cuando se había dictado la *Foreign Corrupt Practice Act*² (FCPA) el gobierno norteamericano estaba hablando en serio. La FCPA reflejaba la opinión prevaleciente que sostenía que la corrupción y el soborno eran tan inmorales en sí mismos que no los justificaba ni siquiera la promesa del beneficio económico que podían obtener las compañías norteamericanas.

¹ Véase KLICH, Agnieszka, *Bribery in Economies in Transition: The Foreign Corrupt Practice Act*, *Stanford Journal of International Law*, 32 (1996) 1, 121-147.

² Cf. Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494 (codificado modificado en 15 U.S.C. & 78a, 78m, 78n, 78t, 78dd-1, 78dd-2, 78ff [1988] & Supp. V 1993).

Veinte años después de la entrada en vigor de la FCPA y tres años después de la llamada *Antibribery Recommendation* dictada por la OECD³, ha sido ratificada por los Estados latinoamericanos, un nuevo instrumento internacional significativo en la lucha contra la corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) que fuera firmada en Caracas, Venezuela, durante la tercera sesión plenaria de la OEA en marzo de 1996⁴.

En los últimos años, el movimiento internacional contra la corrupción transfronteriza se ha trasladado también a las Naciones Unidas, donde se han venido produciendo una gran cantidad de documentos, informes y resoluciones⁵. Recientemente, en el mes de diciembre de 1996, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó dos resoluciones de trascendencia en la lucha contra la corrupción: la Resolución 51/59 Sobre Acciones contra la Corrupción que trae como Anexo el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos⁶ y la Resolución 51/191 Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales⁷.

Pero no ha sido sólo en la producción de las Naciones Unidas donde se pueden advertir estos cambios. Resoluciones semejantes se pueden encontrar en el Consejo de Europa⁸ y en la Unión Europea⁹ y la ya citada

³ Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. La recomendación aparece publicada en 33 *ILM* 1389 (1994). Sobre ella véase el artículo de EARLE, Beverly, *The United States, Foreign Corrupt Practices Act and the OECD Antibribery Recommendation: When Moral Suasion Won't Work, Try the Money Argument*, *Dickinson Journal of International Law*, 14 (1996) 2, 207-242.

⁴ Información adicional puede obtenerse contactando la Secretaría de la OEA en Washington, D.C. 20006, USA (tel.: 1.202.458.3399 y fax 1.202.458.6029).

⁵ Ver UN Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo y Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. Documento: *Corruption in Government: Report of an Interregional Seminar, The Hague, The Netherlands, 11-15 December 1989* (UN Doc TCD-/SEM.90.2); Resoluciones de la Asamblea General 45/121 del 14 de diciembre de 1990, 46/152 del 18 de diciembre de 1991 y 50/225 del 19 de abril de 1996; Resoluciones del Consejo Económico y Social de la ONU 1992/22 del 30 de julio de 1992, 1993/32 del 27 de julio de 1993 y 1994/19 del 25 de julio de 1994.

⁶ Véase UNDoc A/RES/51/59 en 36 *I.L.M.* 1039 (1997).

⁷ Véase UNDoc A/RES/51/191 en 36 *I.L.M.* 1043 (1997).

⁸ Véase las producciones del llamado Grupo Multidisciplinario contra la Corrupción como el Código de Ética para directores de entidades del sector público (GMC[95] 24, 28 de marzo de 1995), el Anteproyecto de Convención marco contra la Corrupción (GMC [96] 81, 5 de noviembre de 1996)

⁹ Protocolo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)¹⁰. La Cámara de Comercio Internacional en 1996 actualizó sus reglas de conducta que databan de 1977 relativas a la extorsión y soborno en las transacciones comerciales internacionales¹¹.

Esta intensa actividad internacional obedece a una realidad práctica y no lamentablemente a razones éticas o morales: la corrupción es finalmente un mal negocio. Cuando dos competidores van al mercado y gana el que corrompe o el que mejor logra corromper, perjudica deslealmente la economía del otro que perdió el negocio. Planteada así la situación, el soborno al funcionario de un Estado extranjero no sólo afecta a dicho Estado y a la calidad o falta de calidad de lo que se obtuvo con el soborno, sino que también afecta a los demás Estados que no pudieron lograr introducirse en ese mercado porque el sobornado lo impidió eligiendo al sobornante.

La ley 24.759¹² aprobó en nuestro país la CICC aunque según el art. XXV, la entrada en vigor se produciría el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación y para los Estados que se adhieran a ella regirá a los 30 días del depósito. A pesar de encontrarse aprobada en varios países a la fecha de conclusión de este trabajo, la CICC no había entrado aún en vigor pues los instrumentos de ratificación necesarios para su puesta en funcionamiento no habían sido depositados. Razón de esta demora habría sido la formulación de algunas observaciones al texto final por parte de los EE.UU. que probablemente finalicen en la redacción de un nuevo texto.

Sin perjuicio de la vigencia o no que pueda alcanzar la CICC en nuestro país, no puede ya ocultarse que la corrupción transfronteriza ha dejado de ser un problema doméstico propio de algunos Estados para transformarse en un dilema que enfrenta la comunidad internacional y donde se están dando pasos cuya importancia y trascendencia no debe ser mi-

(18.10.1996) y Proyecto de convenio sobre la lucha contra los casos de corrupción en que intervienen oficiales de las Comunidades Europeas u oficiales de los Estados Miembros de la Unión Europea (20/11/96).

¹⁰ Véase la Recomendación del Consejo de la O.E.C.D. relativa a la deducción de impuestos de los sobornos pagados a los funcionarios públicos extranjeros, del 11.4.96 publicada en 35 I.L.M. 1311 (1996) y la Recomendación sobre sobornos en las transacciones comerciales internacionales publicada en 33 I.L.M. 1389 (1994).

¹¹ Véase 35 I.L.M. 1306 (1996).

¹² Sancionada el 4 de diciembre de 1996 y promulgada de hecho el 13 de enero de 1997, publicada en el Boletín Oficial (BO) del 17 de enero de 1997.

nusvalorada. El propósito de esta nota es hacer una introducción al sistema elegido por la OEA para acercar al lector a este problema.

II. El texto de la Convención

Ya en el Preámbulo de la CICC los Estados Miembros reconocen que la corrupción, que también es uno de los medios usados por el crimen organizado, "... socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos", así como que también combatir la corrupción importa fortalecer la democracia, la economía y como resultado de su combate se evitan vicios en la función pública y deterioros de la moral social. Los Estados firmantes reconocen que la corrupción "... tiene, en algunos casos, trascendencia internacional".

La CICC se aplicará a actos de corrupción cometidos incluso antes de la vigencia de la ley en lo relativo a la cooperación procesal internacional (XIX) y declara que no está en conflicto con ningún otro tratado o instrumento que los Estados parte tengan en vigor al momento de la entrada en vigencia de la CICC (XX).

Los Propósitos de la CICC aparecen en su artículo II en dos incisos: el primero busca promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir y sancionar la corrupción y el segundo quiere promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte para prevenir y sancionar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

Estas enunciaciones de principios permiten anticipar una óptica con la que será juzgada la CICC. En primer lugar, hay un bien jurídico tutelado en el orden moral y la justicia, que se ve agredido por la corrupción en todas sus manifestaciones, la que incluso en algunos casos, tiene trascendencia internacional. En segundo lugar, se fomenta la cooperación entre los Estados parte para prevenir, sancionar y erradicar este delito. La primera reflexión que se impone es si nos encontramos ante un "delito internacional" que abra la jurisdicción internacional. La segunda reflexión también de consecuencias es la de determinar si una conducta o delito de las características tipificadas en la norma, hace nacer la obligación de extraditar o prometer perseguir al delincuente que ya se anuncia en el artículo V.3 *in fine*.

El artículo III enuncia doce medidas preventivas para cumplir los propósitos de la CICC. Con el vocabulario de los tratados internacionales que oscilan entre la excesiva generalidad y la enunciación grandilocuente, la CICC establece estas medidas preventivas entre las que cabe mencionar: a) dictado de normas de conducta y su difusión entre el personal gubernamental y mecanismos para "hacer efectivas" esas normas; b) sistemas

para la declaración de bienes de los funcionarios; c) sistemas para la contratación de funcionarios; d) producción de leyes que eliminen beneficios tributarios a las asignaciones violatorias de los principios; e) sistemas que aseguren la protección de los denunciantes incluyendo la preservación de la identidad de testigos; f) órganos de control superior; y por último, g) sistemas destinados a impedir los sobornos tales como obligar a las sociedades mercantiles y otros tipos asociativos a adecuados registros. También se fomenta la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales y el estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta lo que la norma establece como “relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”.

También hay otras medidas como la destinada a crear “sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción” (III.6) o crear “órganos de control superior” que parecen ahogarse en una expresión de buenos deseos por la falta de especificidad.

La CICC se aplica siempre que el acto imputado haya sido cometido o produzca sus efectos en los Estados parte (IV) aunque también tiene ingerencia el Estado parte del que el autor tenga su nacionalidad o haya fijado su domicilio habitual (V.2). Se impone a los Estados la necesidad de tipificar las conductas dentro de su legislación penal cuando así no haya sido hecho. No se verá como un requisito para la configuración de las conductas criminosas el producir un perjuicio patrimonial al Estado (XII). Esta categorización que hace la CICC es más amplia que la propia FCPA norteamericana la que se limita a individuos, ciudadanos, nacionales o residentes norteamericanos y a las personas jurídicas constituídas bajo las leyes norteamericanas, lo que permitía que la FCPA fuera sorteada mediante el recurso de “ignorar razonablemente” que su agente o filial extranjera había pagado un soborno¹³.

A. Actos de corrupción

La CICC se aplica a cuatro figuras, y regula la autoría, la participación en todas sus formas y la tentativa, sin tener en cuenta si el propósito buscado ha sido o no político (XVII):

a) El cohecho pasivo simple constitutivo del requerimiento o aceptación de dádiva para hacer u omitir un acto de su función (VI.1.a)¹⁴:

¹³ Cf. DUGAN, Christopher & LECHTMAN, Vladimir, *The FCPA in Russia and Other Former Communist Countries*, AJIL 91 [1997] 2, 378-388, aquí págs. 379-380.

¹⁴ “El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pe-

b) El cohecho activo de quien ofrece u otorga dádivas a un funcionario para hacer u omitir un acto de su función (VI.1.b)¹⁵;

c) Una forma de peculado consistente en la realización u omisión de un acto para obtener un beneficio ilegítimo (VI.1.c)¹⁶;

d) El encubrimiento por aprovechamiento u ocultamiento de bienes provenientes de estos actos (VI.1.d.)¹⁷.

A diferencia de la FCPA norteamericana, la Convención no registra excepciones. La FCPA autoriza el pago a oficiales extranjeros cuando éste tiene como función hacer más rápida la rutina gubernamental, o cuando las compañías pueden demostrar que se trató de regalos hechos en buena fe o que buscan la promoción de productos, la demostración de éstos o cuando los pagos están autorizados por la ley del país extranjero involucrado¹⁸.

B. Delito transnacional

Se busca no sólo concretar estas medidas en el ámbito cerrado del propio Estado sino –lo que es más coherente con el foro donde la Convención fue emitida– castigar específicamente al soborno transnacional, entendiendo por tal al acto de ofrecer u otorgar al funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por medio de sus nacionales o personas ubicadas en su territorio, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios a cambio de que éste haga o deje de hacer algo relativo a

funcionario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

¹⁵ “El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

¹⁶ “La realización por parte de un funcionario público o de una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

¹⁷ “El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo...”.

¹⁸ Así el artículo 78dd-1(a)(3)(B)(b) FCPA dice textualmente: “*Subsection (a) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official*”.

sus funciones, “relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”. Esto lo califica como “soborno transnacional” y dispone que si estuviera tipificado en el Estado parte se vea como delito de competencia de la CICC y si no lo estuviera, el Estado brindará toda su cooperación y asistencia.

También se prevé el enriquecimiento ilícito tipificándolo como “... el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser razonablemente explicado”, semejante en la base de su redacción a la figura prevista en el artículo 268 inc. 2 del Código Penal argentino dentro del capítulo de exacciones ilegales¹⁹.

En el artículo XI se considera la tipificación de otras conductas algunas de las cuáles ya nos son conocidas:

- a) la utilización lucrativa de informaciones reservadas que también prevé el art. 268 inc. 1 del CP;
- b) la malversación de caudales públicos de nuestro art. 260 del CP;
- c) la venta de influencia que aparecía en el artículo 346 del Proyecto Soler;
- d) la forma de apropiación de la malversación que aparece mezclada entre el art. 268 original y el primer agregado por la ley 16.648.

C. Extradición, asistencia y cooperación

Todos los delitos descriptos dan lugar a ser comprendidos como aptos para su extradición y a la detención preventiva o realización de otras medidas, respecto de todos los Estados en aquellos tratados en que sean parte los Estados. Si la extradición fuera denegada en razón de la aplicación de la cláusula de la nacionalidad que hace que los nacionales del Estado requerido no puedan ser extraditados o por considerarse el Estado requerido competente para juzgar, “... éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que haya convenido otra cosa con el Estado parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final” (XIII.6).

Los Estados parte se prometen la más amplia asistencia recíproca, cooperación e intercambio de experiencias pero también estas promesas ten-

¹⁹ Art. 268 (2) “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto”.

drán como objetivo identificar y decomisar bienes obtenidos o derivados de la comisión de estos ilícitos. Dentro de las limitaciones que impone la CICC se encuentra la de no ampararse en el secreto bancario para negar la asistencia requerida (XVI)²⁰.

D. Autoridades de aplicación

El art. XVIII señala vagamente que cada Estado podrá designar una autoridad central para los propósitos de asistencia y cooperación internacional, la que se encargará de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación, o recurrir a las designadas en los respectivos tratados con otros Estados parte. Argentina ha sancionado recientemente la intitulada “Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal” que entró en vigencia el día 15 de febrero de 1997²¹ en la que el Ministerio de Relaciones Exteriores se convierte en esta autoridad central o de aplicación por la que se cursan los pedidos y los requerimientos. En los EE.UU., las autoridades son el Departamento de Justicia que se encarga de la prosecución penal y la *Securities and Exchange Commission* (SEC) –ya mencionada al comienzo– a las que, lamentablemente, la burocracia ha convertido en rivales²².

III. Otras formas de luchar contra la corrupción

En 1995, la administración Clinton propuso el dictado de Códigos de Conducta Empresaria que buscaban que las firmas que hicieran negocios fuera de los EE.UU. pudieran someterse voluntariamente y que constituyeran una guía bien intencionada, deliberadamente vaga para que estas compañías dicten sus propias reglas. Hoy encontramos la influencia de estas ideas en el texto del CICC aunque resulta hasta difícil entender a qué se refieren estas disposiciones.

²⁰ “El Estado parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado parte requirente. El Estado parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado parte requerido”.

²¹ BO del 16 de enero de 1997, Ley n° 24.767 .

²² Cf. BOYLAN, SCOTT P., *Organized Crime and Corruption in Russia: Implications for U.S. and International Law*, “Fordham International Law Journal”, 19, 1996, 5, 1099-2027, aquí p. 2022.

La CICC como también la FCPA, no prevén la acción privada como activadores de la prosecución anticorrupción lo que constituye un polo de considerable interés que viene siendo reclamado desde la doctrina²³. En 1993 se ha constituido una organización siguiendo los lineamientos de Amnesty International llamada Transparency International (TI), una organización no gubernamental basada en Berlín, Alemania y con oficinas alrededor del mundo. Esta organización está llevando a cabo desde hace varios años un proyecto de laboratorio contra la corrupción en Ecuador, con ayuda de la Fundación Ford y del Banco Mundial en el que están puestas muchas expectativas²⁴.

La Reunión del Grupo de Expertos sobre Corrupción que tuvo lugar en Buenos Aires del 17 al 21 de marzo de 1997 extrajo una serie de conclusiones que fueron sometidas a la consideración de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas²⁵. Allí se determinaron como esenciales para cualquier programa de prevención y fiscalización de la corrupción: a) una justicia penal independiente, eficaz y equitativa; b) una prensa libre e imparcial; y c) órganos de control entrenados y profesionales. Entre las recomendaciones que se efectúan en dicho informe se destaca la revelación de los bienes y obligaciones de los funcionarios públicos, la sanción de códigos de conducta de los funcionarios, la transparencia en la financiación de campañas y partidos políticos, el dictado de legislación contra el llamado lavado de dinero y la supresión de la posibilidad de deducir de impuestos a los pagos realizados por ilícitos o sobornos.

No puede caber duda que una vigorosa actividad fiscalizadora por parte del Ministerio Público puede ser un factor de importancia para la modificación de la opinión pública que servirá para prevenir y castigar actividades corruptas. ROSE-ACKERMAN imagina una doble posibilidad: por un lado, lo que ella llama las jurisdicciones superpuestas y la alternativa competitiva. Cuando diversos organismos tienen competencia para un mismo tema –como sucede con el control de los narcóticos en los EE.UU.– si a un nivel se rechaza el soborno, el riesgo de que se extienda es menor. El caso de la competencia es más sofisticado: la corrupción se levanta del poder monopólico dentro del aparato estatal al que se ha llegado por una estructura demasiado pequeña o demasiado grande. En consecuencia la

²³ Cf. PINES, Daniel, *Amending the Foreign Corrupt Practice Act to Include a Private Right of Action*, "California Law Review", 82 (1994) 185, aquí p. 216.

²⁴ Cf. EARLE, art. cit. ps.232 y siguientes.

²⁵ Ver UN Doc E/CN.15/1997/3/Add.1 del 8/4/97.

solución obvia nace de incrementar la presión competitiva²⁶. Sin embargo, esta autora considera que la dispersión obliga a disminuir el significado económico del soborno y éste termina siendo un mal negocio en sí mismo.

IV. Conclusión

La corrupción es un delito económico por excelencia y una de las mejores formas de combatirla es quitándole sus réditos, haciéndola antieconómica tanto para el que debe pagar el soborno como para el que lo recibe²⁷. Pero a lo largo de estas páginas hemos visto que no hay una sola alternativa o una sola política que sea concluyente y definitivamente la mejor para erradicar este mal. Luchar contra la corrupción es una tarea de muchos y que debe ser alimentada todos los días y usando todos los medios que estén disponibles. Si esta idea fuera entendida se advertiría que no son necesarios tantos instrumentos internacionales para luchar contra lo que aparece punido en nuestro ordenamiento penal. El paso desde lo doméstico a lo internacional no es mucho más grande: en general, basta con aplicar la ley.

La cruda realidad motora del movimiento inicial internacional contra la corrupción y el inocultable pernicioso efecto que las prácticas de este tipo acarrearán al Estado que se ve infectado en general y a sus miembros en particular, debe llevarnos a reflexionar si no nos encontramos en la antesala de un nuevo crimen internacional que habilite jurisdicción en cualquier parte y que permita que los delincuentes sean castigados donde se los aprehenda. Pero con independencia de esta realidad ante la carencia de valores éticos o morales que frenen estas situaciones, la corrupción opera como una enfermedad que se va extendiendo en el cuerpo del Estado con consecuencias devastadoras, que se traducen en una denigración de los derechos individuales afectados.

La obligación que nace en los Estados para extraditar o por lo menos garantizar al Estado requirente que el criminal será perseguido en el territorio del requerido, hace también pensar en la idea de encontrarnos ante una figura que pueda ser constitutiva de *lege ferenda* en un crimen internacional con el mismo valor que el tráfico de estupefacientes o que el la-

²⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan, *Reducing Bribery in the Public Sector*, en *Corruption & Democracy*, Ed. Trang, Duc V., Institute for Constitutional & Legislative Policy, Budapest, 1994, 21-28, aquí p. 24.

²⁷ RIDER, Barry A. K., *The Wages of Sin. Taking the Profit Out of Corruption. A British Perspective*, "Dickinson Journal of International Law", 13 (1995) 3, 391-421.

vado de dinero, y como tal, generador de responsabilidades internacionales, tanto para el Estado que ampara estas conductas lesivas como para el Estado que incumple la obligación de punirlas o perseguirlas.

Un componente central y esencial para que las tareas internacionales contra la corrupción transfronteriza tenga éxito se apoya en la mutua cooperación y en la asistencia técnica. Una legislación eficaz contra el lavado de dinero y la prosecución criminal del funcionario público corrupto y de quien lo corrompe, constituyen las únicas garantías para que esta Convención llena de buenos propósitos no se convierta en una pura intención desprovista de realidad.

Acerca de los autores

Víctor Abramovich

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Profesor de *Derecho del Trabajo* en el posgrado de la Universidad de Palermo. Director del Programa sobre *Acceso a la Justicia en Derechos Económicos, Sociales y Culturales* del CELS. Colaborador docente de la comisión del práctico CELS de la Facultad de Derecho de la UBA.

Martín Abregú

Abogado egresado de la UBA. *Master of Law*, American University (Washington D. C.). Profesor Adjunto de *Derechos Humanos y Garantías* de la Facultad de Derecho de la UBA. Director Ejecutivo del CELS. Representante del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), para Argentina. Autor de publicaciones varias sobre derechos humanos y derecho penal.

Susana Albanese

Abogada egresada de la UBA. Profesora Titular de *Derechos Humanos* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, de la materia *Protección Internacional de los Derechos Humanos* de la Facultad de Derecho de la UBA (Ciclo Profesional Orientado) y del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Miembro del Consejo Consultivo del CELS. Autora de numerosas publicaciones sobre protección internacional de los derechos humanos.

Mary A. Beloff

Abogada egresada de la UBA. *Master of Law*, Harvard Law School. Tiene a su cargo el curso *Derecho Penal Juvenil* en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de *Régimen Penal de Menores* de la Universidad de Palermo. Directora del Centro de Estudios Legales de la Infancia y Juventud (CELIJ).

Eduardo A. Bertoni

Abogado egresado de la UBA. Docente de la Facultad de Derecho de la UBA en materias relacionadas con la Libertad de Expresión y el Derecho Penal. Miembro titular del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Participante del Programa de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia (N. Y.) para el estudio de problemas relativos a la libertad de prensa.

Germán J. Bidart Campos

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Profesor Emérito de la UBA. Profesor Honorario en Universidades de Perú, México y Colombia. Fue Titular por concurso de *Derecho Político*, *Derecho Constitucional*, *Teoría del Estado* y *Derechos Humanos* de la Facultad de Derecho de la UBA. Autor de más de sesenta libros en temas de su especialidad.

Alberto Bovino

Abogado egresado de la UBA. *Master of Law*, Universidad de Columbia (N. Y.). Actualmente dicta cursos sobre materias diversas del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro titular del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Autor de publicaciones varias sobre debido proceso penal y derechos humanos.

Christian Courtis

Abogado egresado de la UBA. *Master of Law*, Universidad de Virginia. Profesor de *Filosofía del Derecho* de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro titular del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Participante del Programa de *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* del CELS. Autor de publicaciones varias sobre filosofía del derecho y derechos humanos.

Ariel E. Dulitzky

Abogado. Codirector del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), con sede en Washington D. C. Asesor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor de múltiples artículos sobre protección internacional de los derechos humanos.

Oscar L. Fappiano

Abogado egresado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Actualmente se desempeña como Procurador Penitenciario de la Nación. Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1990-1993, 1994-1997). Ocupó, entre otros, los cargos de Diputado Nacional, Secretario de Justicia de la Nación y Procurador General de la Nación.

Santiago Felgueras

Abogado egresado de la UBA. Master en Derecho orientado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Constitucional de la Universidad de Michigan. Profesor Adjunto de *Derechos Humanos y Garantías* de la Facultad de Derecho de la UBA. Práctica profesional especializada en Libertad de Expresión.

Agustín A. Gordillo

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de *Derecho Administrativo* y de *Derechos Humanos* de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de cursos de posgrado y Profesor Honorario de múltiples casas de altos estudios nacionales y extranjeras. Se desempeñó como Decano de la Facultad de Derecho de la UBA, de la UNLP y como Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Autor de varias obras sobre su especialidad.

María José Guembe

Estudiante de la UBA en las carreras de Sociología y Derecho. Becaria de investigación, categoría “Introducción a la investigación”, UBACYT. Proyecto en desarrollo en el Instituto Ambrosio Luis Gioja de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Integrante del programa de *Derecho a la verdad* del CELS.

J. Alejandro Kawabata

Abogado egresado de la UBA. Coordinador de Capacitación y Asesoramiento de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales. Secretario Ejecutivo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Ex Asesor Principal de Derechos Humanos del Director de la Misión de las Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala (MINUGUA).

Julio B. J. Maier

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de *Derecho Penal y Procesal Penal* de la Facultad de Derecho de la UBA y catedrático de la Universidad de Zulia, Maracaibo (Venezuela). Ex Juez Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Sentencia. Autor de libros y cientos de artículos sobre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Juan E. Méndez

Abogado. Estudios en el Washington College of Law, American University (Washington D. C.). Actualmente se desempeña como Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Costa Rica. Ex Director Ejecutivo de Human Rights Watch–Americas (Washington D. C.). Autor de numerosas publicaciones sobre el sistema interamericano de derechos humanos. Miembro del Consejo Consultivo del CELS.

Guillermo R. Moncayo

Abogado egresado de la UBA. Doctor en Derecho de la Universidad de París y Diploma en Derecho Comparado de la misma casa de estudio. Profesor Titular Consulto de *Derecho Internacional Público* y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la UBA. Director de Estudios y Profesor de la Académie de Droit International de la Haya (1976-1991).

Alicia Oliveira

Abogada egresada de la Universidad del Salvador. Ex Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Correccional de Menores de la Capital Federal. Asesora de la Secretaría de Redacción y de Justicia de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Abogada del Programa de *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* y del Programa *Derecho a la Verdad* del CELS.

Mónica Pinto

Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Profesora Titular Regular de *Derechos Humanos y Garantías*, profesora adjunta regular de *Derecho Internacional Público* y Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la UBA. Directora de Derechos Humanos de la Cancillería Argentina. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

Marcela V. Rodríguez

Abogada egresada de la UBA. Master en Derecho, Yale Law School. Codirectora del Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, Provincia de Buenos Aires. Consultora del PNUD en proyectos de legislación modelo en cuestiones de género. Autora de publicaciones en la temática de la mujer.

Roberto P. Saba

Abogado egresado de la UBA. Master en Derecho, Yale Law School. Profesor de *Derecho Público* de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Palermo. Director Ejecutivo de la Fundación Poder Ciudadano. Autor de varias publicaciones en temas de su especialidad.

Daniel A. Sabsay

Abogado egresado de la UBA. Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano y del posgrado de las Universidades de Buenos Aires y Austral. Director de Asuntos Institucionales de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Consultor de diversos organismos internacionales. Autor de libros y trabajos en temas de su especialidad.

Leopoldo Schiffrin

Abogado egresado con Diploma de Honor de la UBA. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente se desempeña como Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Docente del Instituto Di Tella, de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Universidad de Los Andes de Mérida (Venezuela). Miembro del Consejo Consultivo del CELS.

Juan A. Travieso

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Profesor titular regular de *Derecho Internacional Público* y de *Derechos Humanos y Garantías* de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador Permanente del Instituto Gioja y Consejero Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA. Consejero Superior de la UBA. Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Liliana Valiña

Abogada. Especialista en el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas. Fue Consejera Jurídica y Responsable de Programas para América Latina y el Caribe de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), Ginebra, Suiza. Actualmente se desempeña como consultora de Naciones Unidas en Guatemala.

Jorge Vanossi

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y de la Universidad Nacional del Litoral. Ex Profesor Titular de *Derecho Constitucional* de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Honorario de la Universidad Nacional de La Plata. Ex Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Alberto L. Zuppi

Abogado egresado de la UBA. Doctor en Derecho de la Universidad del Sarre (R.F.A.). Dicta cursos de posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA y de la Universidad Torcuato Di Tella. Autor de libros y artículos varios sobre Derecho Internacional. Se desempeñó como apoderado especial de la Embajada de Italia en Buenos Aires para la extradición del criminal de guerra Erich Priebke.



Editores del Puerto

LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL

Esta obra constituye una continuación del libro *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. En la elaboración de aquella obra se buscó presentar y sistematizar los principios que debían guiar la implementación local de los tratados de derechos humanos recientemente incorporados a la Constitución Nacional, y promover discusiones jurídicas esenciales para difundir esos principios en el ámbito académico y judicial.

La actual publicación aporta importantes desarrollos producidos por la doctrina y la jurisprudencia argentina e internacional desde entonces y realiza un balance crítico de la recepción del derecho internacional por los tribunales argentinos. Al mismo tiempo, profundiza el debate sobre las transformaciones y los ajustes institucionales que se requieren para dar cumplimiento al nuevo marco constitucional y para afirmar el compromiso de plena inserción del país en la comunidad internacional de derechos humanos.

Una de sus pretensiones es reorientar la mirada de los juristas más allá de las fronteras rígidas del ambiente judicial, para establecer algunos principios elementales que deberían guiar la implementación de estos tratados en la legislación y en las políticas de gobierno.

Esta cuestión, que atraviesa la mayoría de las contribuciones del libro, es novedosa, y apunta a fijar una agenda de discusión política. Colocar el eje del debate en la implementación de los tratados de derechos humanos en la legislación y en la acción de gobierno, apunta a trazar puentes entre derechos y políticas, de modo de asumir las tareas pendientes del programa constitucional.

