

DIREITOS HUMANOS

DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Antonio Carlos Malheiros

Josephina Bacariça

Rafael Valim

Coordenadores



3

| | | |
|---|---|-----|
| 4 | A visão clássica dos Direitos Humanos (Bobbio) e seus temperamentos | 139 |
| 5 | Iniciativas do Terceiro Setor no Brasil – A defesa dos Direitos Humanos | 142 |
| 6 | Conclusões..... | 144 |
| | Referências..... | 145 |

EL PARADIGMA PROTECTORIO DE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE – EL CASO ARGENTINO

| | | |
|-----|--|-----|
| | Pablo Angel Gutiérrez Colantuono | 147 |
| 1 | Presentación del tema | 147 |
| 2 | El sistema americano de derechos humanos – Algunas de sus características | 149 |
| 2.1 | Actuación interna preventiva – Actuación externa subsidiaria..... | 151 |
| 2.2 | El marco obligacional de la Convención..... | 152 |
| 2.3 | El efecto general de las decisiones adoptadas en el sistema | 154 |
| 2.4 | Nuevos principios hermenéuticos | 155 |
| 2.5 | La distribución territorial del poder y la denominada cláusula federal..... | 156 |
| 2.6 | Fundamento de la regulación de los derechos..... | 156 |
| 3 | Derechos Humanos y constitución | 157 |
| 4 | El paradigma protectorio – El hombre y su dignidad en un estado social de derecho..... | 160 |
| 5 | Los niveles de compatibilidad interna y externa en los sistemas integrados de derechos humanos | 165 |
| 6 | La función jurisdiccional de la Corte IDH y los tribunales internos | 167 |
| 7 | La tutela administrativa efectiva..... | 169 |

APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS

| | | |
|--|---------------------------|-----|
| | Rafael Valim | 173 |
|--|---------------------------|-----|

UM ALERTA ÉTICO SOBRE AS APLICAÇÕES DA NEUROCIÊNCIA

| | | |
|--|-----------------------------|-----|
| | Roberto Romano | 181 |
|--|-----------------------------|-----|

| | | |
|--|------------------------|-----|
| | SOBRE OS AUTORES | 189 |
|--|------------------------|-----|

El paradigma protectorio de la dignidad del hombre: el caso argentino

Por Pablo Angel Gutiérrez Colantuono¹

Publicado en el libro *Directos Humanos, desafíos y perspectivas*, Malheiros-Baccaria-Valim Coordinadores, Editora Forum, Belo Horizonte, Brasil 2011

Sumario: 1. Presentación del tema. 2. El sistema americano de derechos humanos: algunas de sus características. 3. Derechos humanos y constitución. 4. El paradigma protectorio: el hombre y su dignidad en un estado social de derecho. 5. Los niveles de compatibilidad interna y externa en los sistemas integrados de derechos humanos. 6. La función jurisdiccional de la Corte IDH y los tribunales internos. 7. La tutela administrativa efectiva.

1. Presentación del tema

La Argentina, al decidir en el año 1994, reformar su constitución gestada bajo los parámetros decimonónicos delineó un nuevo escenario constitucional con consecuencias determinantes en su esquema de fuentes del derecho.

La sujeción del sistema jurídico interno al régimen americano de derechos humanos constituyó uno de los principales giros en materia de fuentes del derecho, mas no el único. Ello provocó un impacto de imprevisibles consecuencias al tomar la decisión de constitucionalizar dicho modelo normativo en la cúspide del ordenamiento jurídico interno. Legando de tal forma la ardua tarea de armonizar el sistema interno con aquel derecho internacional de los derechos humanos incorporado ahora también como doméstico.

Tal criterio constitucional es consecuencia de entender al orden jurídico como fenómeno que se estructura desde y para el aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona²: preservación de la dignidad del hombre, libertad y afianzamiento de sus derechos en perspectiva individual y social bajo la garantía de igualdad son los valores que se tutelan.

Los conflictos generados a partir de la intensa sujeción al orden jurídico internacional de los derechos humanos no son pocos ni de simple resolución como es posible imaginarse; menos aún aquellos que emergen de la propia labor interpretativa encaminada a compatibilizar los criterios de los tribunales internos con aquellas reglas adoptadas por la Corte IDH³ en sus casos contenciosos y a través de sus opiniones consultivas⁴.

¹ Profesor de derecho administrativo de Argentina. Dirección de email: drpablogutierrez@gmail.com

² Ver, en este sentido *CSJN, Simon, 2005, Fallos, 328:2056*, voto del Juez Lorenzetti, considerando 12.

³ Tal como ha indicado María Angélica Gelli "...la controversia acerca del significado de la jerarquía constitucional de los tratado de derechos humanos atravesó, en la República Argentina, diversas etapas. El foco de atención de la doctrina fue desplazándose de una a otra de las frases del Art. 75, inc. 22, a medida que la norma fue puesta a prueba en los conflictos que se generaban y en que la jurisprudencia – sobre todo, la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- resolvía las controversias planteadas. Desde luego, en esos análisis pesó de modo significativo la jurisprudencia internacional emitida por los organismos de aseguramiento y control de la aplicación de los tratado de derechos humanos en los

Mas allá de la ardua tarea que ello implica, ciertamente comporta un desafío por demás interesante para el intérprete del derecho como también para las propias instituciones que deben desplegar sus competencias en el mundo de los derechos fundamentales.

Aquí, seguramente, mucho tendrá para aportar la disciplina del derecho público no penal; en especial en las relaciones que reguladas por el derecho administrativo nos hablan de una tensión entre las prerrogativas públicas de la administración, los derechos del hombre en tanto ciudadano vinculado con su administración y el interés público que requiere nuevas definiciones desde un paradigma constitucional alejado de las construcciones decimonónicas.

El objetivo de este trabajo es exhibir algunas características del sistema americano de derechos humanos, describir el plano constitucional argentino de fuerte vinculación al mismo, indicar algunas tensiones que se generan entre los sistemas para finalmente asomarnos a este nuevo fenómeno desde la perspectiva del derecho administrativo.

2. El sistema americano de derechos humanos: algunas de sus características

Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional, la acción u omisión de cualquier autoridad pública contraria a los mandatos convencionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana.⁵ Con motivo de aquélla nace para el Estado una relación jurídica nueva consistente en la obligación de responder –algo que dista de limitarse a una simple indemnización-⁶ frente a la cual ninguna disposición o instituto de derecho interno puede oponerse.⁷

Los instrumentos de derechos humanos tienen entre sus objetivos el de prevenir la responsabilidad internacional del Estado. De allí que el principio de subsidiariedad

Estados parte, en particular de las recomendaciones de la Comisión Americana de Derechos Humanos y de las opiniones consultivas y de los fallos de la Corte IDH.- Gelli, María Angélica, *Prólogo al libro Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, Bs.As. 2009.

⁴ Ver Ventura, Manuel E. - Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte IDH*, Civitas, Madrid, 1989.

⁵ Para agregar "...En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste". Corte IDH, *caso De La Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, del 24.11.09.

⁶ En efecto, la reparación prevista en el artículo 63.1 de la Convención tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados, pero no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas para asegurar en el orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención, a través de la modificación de prácticas domésticas, sanción a los responsables, medidas simbólicas y –en general- cualquier mecanismo que posea no sólo una función reparatoria sino preventiva de nuevas violaciones. Al interpretar los alcances del artículo 63.1 la Corte ha precisado también que la obligación de reparación ordenada por los tribunales internacionales se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos como, por ejemplo, su alcance, su naturaleza, su modalidad y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno (Corte IDH, *Aloeboetoe y Otros v. Surinam*. Reparaciones y Costas. 10.09.1993., párrafo 44). Es así que, a diferencia del artículo 41 del Convenio de Roma, el artículo 63.1 de la Convención Americana no hace remisión al derecho interno para establecer el contenido de la reparación, facultando así a la Corte Interamericana para proceder a la fijación de las medidas de esa reparación con base autónoma en la propia Convención y en los principios generales del derecho internacional aplicables.

⁷ Corte IDH *Trujillo Oroza v. Bolivia*. Reparaciones y Costas., 27.02. 2002, párrafo 96, entre muchos otros.

específico de tales instrumentos unido al de buena fé como principio ya general del derecho internacional sean principios fundamentales en el esquema normativo interpretativo.

Las acciones o abstenciones en materia de prevención tienen su razón de ser desde la previsión de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana en tanto estipulan el deber estatal de respetar y garantizar en forma genérica determinados derechos. Paralelamente el Estado se ve compelido a remover cualquier obstáculo que imposibilite el goce efectivo de los derechos. Tales obligaciones importan el deber de adoptar medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese Pacto.

Por ello la prevención estatal en su actuar primario doméstico cumple un rol fundamental en tanto permite evitar el posible reproche internacional.

La autoridad interna debe priorizar la exigencia internacional cuando esta entra en conflicto con el sistema interno, ya que así lo indica el artículo 27 de la Convención de Viena y el principio de cumplimiento de buena fe de los pactos celebrados. No se debe olvidar que la eficacia jurídica de las reglas convencionales reside en el principio general del derecho internacional contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena: la imposibilidad de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado, sea cual fuere la jerarquía de ese derecho interno. Esta regla ha sido pacíficamente considerada como un principio general del derecho y aplicada aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional.⁸

Estudiar y analizar el impacto que genera el sistema de derechos humanos en el ámbito interno es un tema complejo y diverso. Es que los tratados que regulan tales aspectos imponen reglas específicas de interpretación bajo unos principios singulares.

Tal como lo ha explicado la CORTE IDH⁹:

“... es fundamental tener presente la especificidad de los tratado de derechos humanos y los efectos que ello tiene sobre su interpretación y aplicación. Por una parte, el objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos; por la otra, significa la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Además, estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva.”

Por ello dentro de la extensión posible del presente trabajo veremos en prieta síntesis las principales características de uno de los sistemas en que se interconecta el eje normativo interno con el internacional de los derechos humanos: el del Pacto de San

⁸ Corte IDH, OC-14/94, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994, párrafo 35. Estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Corte Europea tiene dicho al respecto que la organización política e institucional de los Estados miembros debe ser acorde con los derechos y principios consagrados en el Convenio y “poco importa” en ese contexto si las disposiciones en juego son constitucionales o simplemente legislativas. Desde el momento en que aquellas se presentan como los medios por los cuales el Estado ejerce su jurisdicción sobre los habitantes, las mismas se encuentran sujetas a revisión bajo el Convenio (STEDH, *Partido Comunista de Turquía y Otros v. Turquía*, 30.01.1998, párrafo 30).

⁹ Corte IDH , *caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16.11.2009, párrafo 62.

José de Costa Rica. Para luego analizar sus efectos internos en el contexto constitucional argentino.

2.1. Actuación interna preventiva – actuación externa subsidiaria

En palabras de la Corte IDH¹⁰ el deber de prevenir la futura responsabilidad internacional “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”.¹¹

El primer obligado en el cumplimiento siempre es el Estado y es esperable un comportamiento de sujeción a las reglas de protección, aseguramiento y garantía de los derechos humanos. Si aquel fracasa, se activa el sistema propio de la Comisión y la Corte Interamericanas¹². De allí que el sistema sea subsidiario y coadyuvante de la labor nacional.¹³

El principio de subsidiariedad importa que la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos humanos recogidos en las normas internacionales recaiga primera y principalmente en los Estados. La jurisdicción internacional se desplegará en caso que aquellos no activen sus potestades - medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra naturaleza- a fin de dar cumplimiento a las obligaciones de la Convención enmarcadas en los artículos 1.1 y 2.

Tal como lo ha sostenido la Corte IDH, “en principio los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales.”¹⁴

2.2.- El marco obligacional de la Convención

El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que “los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. Por su parte, el artículo 2 prescribe que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones 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”.

10 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. 29.07.1988, párrafo 175.

11 Corte IDH, *El Amparo v. Venezuela*. Reparaciones y Costas. 14.09.1996, voto disidente del juez Cançado Trindade, párrafo 6.

12 Corte IDH, *Las Palmeras v. Colombia*. Fondo. 6.12.2001, párrafo 33.

13 Corte IDH, *Ríos y Otros vs. Venezuela*, 28.01.2009, párrafo 37. Allí se enfatizó que el sistema interamericano es “coadyuvante, subsidiario y complementario de la protección que debe ofrecer el derecho interno de los Estados partes”.

¹⁴ Corte IDH, *caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26.05.2010, voto concurrente del Juez Diego-Sayán

En tal sentido "garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce".¹⁵ Por consiguiente, no sólo es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole por sí misma los derechos reconocidos por el Pacto, esto es, toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos,¹⁶ sino que también la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder al goce de los derechos, debe ser entendida como una violación del artículo 1.1 de la Convención.¹⁷

El compromiso asumido por un Estado Parte en el artículo 1.1 de la Convención Americana debe ser entendido como el deber 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.¹⁸

Cabe entonces distinguir entre el deber de respeto contenido en el artículo 1.1 de la Convención -el cual es inherente a la naturaleza del compromiso internacional de no violar los derechos que la adhesión a la misma conlleva- del de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el artículo 2.

Sobre las obligaciones que emanan de este último postulado específicamente en cuanto a la obligación de adecuar la normativa interna se refiere, la CORTE IDH¹⁹ ha expresado:

"...Esa adopción de medidas opera en dos vertientes, a saber: i) supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"

Para agregar²⁰:

"...conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tiene la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Estas obligaciones derivan y son consecuencia natural de la ratificación de la Convención Americana por parte del Estado."

15 Corte IDH, OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 10 de agosto de 1990, párrafo 34.

16 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, cit., párrafo 169.

17 Corte IDH, OC-11/90, cit., párrafo 34; *Cinco Pensionistas v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. 28.02.2003, párrafo 163.

18 Corte IDH, *Godínez Cruz v. Honduras*. Fondo. 20.11.1989, párrafo 175; OC-11/90, cit., párrafo 23.

19 Corte IDH *caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17.11.2009, párrafo 107.

20 Corte IDH, caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, 24.09.2009, párrafo 68

En definitiva el artículo 2 de la Convención Americana recoge aquel deber del Estado Parte de adecuar su normativa interna a los compromisos internacionales asumidos. Es que tal como se ha indicado "...en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas"²¹

2.3.- El efecto general de las decisiones adoptadas en el sistema

La Corte Interamericana se ha ocupado de subrayar otro rasgo fundamental de los sistemas de protección de los derechos humanos: el carácter *erga omnes* de las obligaciones que ellos imponen.²²

Como resultado de ese rasgo, las obligaciones de respeto vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.²³

Este rasgo es una consecuencia natural de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos que existe en cabeza de los Estados, pues ese deber determina la necesidad de evitar acciones violatorias provenientes de cualquier esfera sujeta a la jurisdicción del Estado parte, y con ello proyecta sus alcances en relación con terceros.

El Estado, en función de los artículos 1.1 y 2 tiene el deber de respetar y hacer respetar los derechos, lo cual se extiende obviamente tanto a los poderes públicos como a los particulares en relación con otros particulares.²⁴

Sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos cometidos entre privados, la Corte IDH²⁵ recientemente ha reafirmado el criterio de que no todo acto u hecho de terceros generador de responsabilidad internacional puede ser imputable al propio Estado:

“Ahora bien, conforme a jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de los particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente

²¹ Corte IDH, *caso Barreto Leiva*, cit.

²² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17.09.2003.

²³ Corte IDH, OC-18/03, cit., párrafo 110.

²⁴ Corte IDH OC-18/03, cit., párrafo 140.

²⁵ Corte IDH, caso *González y otras vs. México*, 16.11.2009, párrafo 280

atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas garantías.”

2.4. – Nuevos principios hermenéuticos

La interpretación interna involucra nuevos principios hermenéuticos provenientes del sistema de derechos humanos utilizables al tiempo de armonizar y/o resolver la confrontación de derechos y competencias estatales.

Ejemplo de ello, por solo mencionar uno, es la aparición del principio pro homine en el escenario constitucional interno, cuyo alcance impone al operador jurídico “privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”²⁶ como herramienta de la hermenéutica judicial.

Este principio se erige como un rasgo connatural a los tratados internacionales de derechos humanos y determina que el intérprete deba escoger, dentro de aquello que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona. Esta pauta se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.²⁷

El pro homine resulta un criterio hermenéutico esencial para la comprensión integral de cualquier ordenamiento que asegure derechos fundamentales y posee una especial dimensión desde la consagración de los tratado de derechos humanos, en tanto instrumentos pensados para tutelar a la persona y no para regular relaciones entre Estados.

En el ámbito americano, el principio comentado tiene sustento normativo específico en los artículos 29 y 30 de la Convención, entendiendo su Corte que –especialmente la primera disposición- prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, de resultas de lo cual “si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.²⁸

El principio pro homine requiere priorizar la finalidad protectoria del ordenamiento jurídico por sobre las prerrogativas estatales, impidiendo interpretar el alcance de las competencias administrativas sin tomar en cuenta para ello el fin excluyente que les da sentido²⁹, que no es otro que el pleno goce de los derechos fundamentales.

2.5.- La distribución territorial del poder y la denominada cláusula federal

Uno de los problemas que se suscitan con frecuencia en el orden interno se vincula con la organización territorial del poder y si ella puede ser alegada como causal de justificación suficiente de determinados incumplimientos. En diversos casos los Estados han querido escapar del deber de responder argumentando como causal justificativa la distribución interna de competencias territoriales del poder. En tales supuestos se alega que las unidades autónomas que conforman la federación – provincias, municipios – ejercen competencias propias y excluyentes impidiendo tal reparto de

26 CSJN, *Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción artículo 14, 1º párrafo ley 23.737 -causa N° 28/05C-*. A. 2186. XLI; REX; 23.04.2008, cons. 6.

27 CSJN, *Madorrán, 2007, Fallos, 330:1989*, cons. 8.

28 Corte IDH, OC-18/03, cit., párrafo 21;

29 Corte IDH, caso *González* cit, párrafo 80.

atribuciones tomar la debida intervención por parte del Estado Federal con el fin de evitar el reproche internacional.

La Corte IDH ha sido clara y contundente en este punto: El Estado no puede justificar su contravención internacional en la distribución interna territorial de su poder. En tal línea ha sostenido que "...los Estados Parte deben asegurar el respeto y la garantía de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana a todas las personas que estén bajo su jurisdicción, sin limitación ni excepción alguna con base en dicha organización interna. El sistema normativo y las prácticas de las entidades que forman un estado federal parte de la Convención deben conformarse a la Convención Americana"³⁰.

2.6 Fundamento de la regulación de los derechos

Adecuar internamente los comportamientos estatales puede tener una implicancia mayor y diversa: La finalidad de la limitación estatal de los derechos y la forma de validar tales limitaciones encuentra nuevos contornos.

En palabras de la Corte IDH:

"Si el Estado pretende limitar este derecho (el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa) debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención³¹".

"El primer paso para evaluar si la afectación de un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en sentido formal material...".

"...Se ha dicho, con razón, que los derechos individuales no son absolutos. Es posible restringirlos, limitarlos, condicionar su ejercicio en función de bienes y exigencias de alto rango: derechos de terceros, bien común, por ejemplo. Sin embargo, esta frontera de los derechos individuales sólo cede bajo el control justificante y regulador de ciertos principios, exactamente los mismos que la Corte Interamericano ha explorado, con particular exigencia, cuando se refiere a la restricciones legítimas del derecho a la libertad, por ejemplo, a través de medidas cautelares: legalidad, necesidad (más aún, inevitabilidad: el medio empleado debe ser el único practicable), idoneidad, proporcionalidad, temporalidad. No hay restricción admisible cuando no quedan atendidos, en la especie, estos principios. Es preciso demostrar que el poder público ha considerado la aplicación de cada uno de ellos en el

³⁰ Ver Corte IDH, *caso Escher y Otros vs. Brasil*, 6.07.2009.

³¹ Corte IDH, *caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17.11.2009, párrafo 55

caso concreto, y que la restricción ha pasado esta prueba de legitimidad³².”

3.- Derechos Humanos y Constitución³³

Tal como adelantáramos, las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales existentes en Argentina sobre la prevalencia de los tratados en general respecto de las leyes fueron cerradas, en gran parte, por la decisión de brindar jerarquía constitucional a determinados tratado de derechos humanos. Ello se hizo a través de la reforma constitucional sancionada en el año 1994³⁴.

Los tratados de derechos humanos detallados en el texto constitucional, asumen una jerarquía especial, mientras que una cláusula abierta permite al Congreso Federal Argentino por medio de un mecanismo de votación agravada elevar en el futuro a tal nivel constitucional otros tratado de derechos humanos³⁵.

En relación con el resto de los tratados y convenios internacionales (entre los cuales bien podemos ubicar a los que promueven los procesos de integración en la región) el constituyente resolvió darle una ubicación inferior a aquellos otros aunque en un grado superior a las leyes.

Tal proceso denominado de *constitucionalización de los tratado de derechos humanos* puede ser caracterizado, entonces, por la incorporación al texto de la constitución federal de determinados tratados de protección de los derechos humanos³⁶ respecto de los cuales la constitución declara y afirma que “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”³⁷.

Tal ampliación del bloque constitucional ha sido uno de los hitos más trascendentales de la última reforma constitucional pues significó por una parte una sustancial

³² Ver Corte IDH, *Caso Escher y Otros* cit, párrafos 139, 194 y ss. . Ver voto razonado del Juez Juan Sergio García Ramírez.

³³ Sobre el tema nos remitimos a las siguientes obras: Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.; García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.; Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

³⁴ Como ha resumido la Corte Suprema Argentina, la reforma de 1994 significó un “suceso institucional” de primer orden con tres consecuencias determinantes en este tópico: a) Introducción de nuevos derechos y otorgamiento de nuevos contenidos a los ya existentes, b) Imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción, y c) Emplazamiento de nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos (CSJN, Acordada N° 17/2005. 2.08.2005.)

³⁵ En virtud de esta cláusula adquirieron jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas por ley 24.820 en mayo de 1997 y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los crímenes de Lesa Humanidad mediante la ley 25.778 en septiembre de 2003.

³⁶ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer; Convención sobre los Derechos del Niño y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

³⁷ Art. 75 inc. 22 CN

ampliación del catálogo de derechos protegidos y por otra el expreso sometimiento del Estado –por vía constitucional- al control de una serie de órganos - en especial la Comisión y la Corte IDH - en todo lo relativo al acatamiento de los Pactos incorporados.

Ello se complementa con la introducción de un rasgo de *flexibilidad* en el modelo tradicionalmente rígido de modificación constitucional. Expresamente se previó que “...los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”³⁸.

Bajo dichos parámetros, el constituyente argentino de 1994 efectuó el juicio de valor constitucional³⁹ pertinente e ingresó al sistema jurídico argentino el conjunto de derechos y garantías consagradas en los tratados constitucionalizados en el momento de la reforma y que tienen por fin esencialmente la protección de los derechos fundamentales del hombre⁴⁰

Advertimos rápidamente, entonces, al menos dos niveles de vinculación con el sistema *externo*: determinados tratado de derechos humanos constitucionalizados y el resto con jerarquía superior a las leyes.

En síntesis, reproduciendo las expresiones de la constitucionalista argentina, María Angélica Gelli⁴¹, diremos que:

“...las enmiendas de 1994 causaron fuerte impacto en el sistema de fuentes del derecho argentino, en el principio de supremacía constitucional y en la calidad de la Corte como tribunal supremo del país. Y ello, y en especial, en virtud de una de las normas incorporadas al texto de la Constitución Nacional, el Art. 75, inc 22. Esta disposición atribuyó al Congreso la competencia para aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones, con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede; declaró que los tratados –todos los tratados- y los concordatos tienen jerarquía superior a la leyes y declaró la jerarquía constitucional de una serie de tratados sobre derechos humanos, allí enumerados, estableciendo condiciones para que otros de esa naturaleza la adquirieran en el futuro.

El Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional resolvió, hacia adentro del bloque federal establecido en el Art. 31 de la Constitución histórica de 1853, una vieja controversia que se mantenía vigente en la

³⁸ Art. 75 inc. 22 CN

³⁹ El criterio conforme el cual "la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir" fue sistemáticamente utilizado por la Corte Suprema Federal (causas *Monges*, Fallos: 319:3148; *Chocobar*, Fallos: 319:3241; *Petric*, Fallos: 321:885; *Rozenblum*, Fallos: 321:2314; *Mignone*, Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

⁴⁰ Ekmedkdjian al tiempo de clasificar los diversos instrumentos internacionales, expresa que los “tratados relativos al derecho de la integración humana -en palabras de la Corte IDH- (Opinión Consultiva 7/86, del 29 de agosto de 1986) 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 a los otros. Al aprobar estos tratados [...], los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”; (Ekmedkdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tº II, Buenos Aires, Depalma 1994, p. 756).

⁴¹ Gelli, María Angélica, *Prólogo al libro Administración Pública Juridicidad y Derechos Humanos*, cit.

jurisprudencia y en la doctrina del país, acerca de la primacía de las leyes sobre los tratados o de éstos sobre aquella. Aunque, debe señalarse, la Corte Suprema en el precedente “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992), ya había sentado doctrina acerca de la superioridad de los tratados sobre las leyes y, aún más, sobre las eventuales omisiones legislativas en orden a establecer la operatividad de los tratados de internacionales.”⁴²

4. El paradigma protectorio: el hombre y su dignidad en un estado social de derecho

La evolución constitucional y jurisprudencial en Argentina progresivamente se ha encaminado en la consolidación de una fuerte protección del hombre, su dignidad y libertad bajo los parámetros referidos.

a.- Desde el plano constitucional

Nacido en épocas del liberalismo constitucional nuestro texto pautó una dinámica del poder bajo la idea de preservar la libertad del hombre y sus derechos individuales.

La preservación que el artículo 19 de la Constitución Nacional efectúa de la reserva de la intimidad del hombre amplificada por las previsiones propias del ámbito privado protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, muestran que la “vida privada del hombre” ha sido uno de los principales valores tutelados por el constituyente.

Tal marco normativo resultó amplificado por el resguardo que de la “vida privada” se efectúa desde el sistema internacional. Los artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos con rango constitucional como ya lo expresáramos dan un continente especial a la privacidad del hombre.

Lúcidamente el microsistema ha sido explicado bajo los siguientes alcances por la jueza Argibay de la Corte Federal en su voto en el caso *Baldivieso*⁴³:

“...La intimidad o privacidad, entendida en sentido lato, se encuentra protegida por nuestro derecho vigente con desigual intensidad según cuál sea el aspecto de la vida privada que se busca resguardar; no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el artículo 19 de la Constitución Nacional que el resultante del artículo 18 y otras cláusulas, que establecen fórmulas similares, de los pactos de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. El primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañosos sobre otras personas. En la medida que esto último haya sido debidamente establecido, la prohibición de interferir en tal tipo de

42 Cfr. consid. 16 del voto de la mayoría en *Ekmekdjian c/Sofovich*. Fallos 315: 1492. Según sostuvo la Corte Suprema en este célebre precedente “...la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”.

43 CSJN, 20.04.2010 “*Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733*”

acciones es absoluta. La protección acordada por el artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar "privados" o "exclusivos". Por antonomasia, cae en esta categoría el domicilio o vivienda, pero también incluye el artículo 18 de la Constitución Nacional a los papeles privados y a la correspondencia epistolar. A diferencia de la protección asignada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente....”

La constitución originaria ya anunciaba la trascendencia de los derechos, por una parte, y la dimensión social de los mismos por la otra. Circunstancia esta que fuera profundizada por la constitución reformada de 1994 al adquirir la dimensión social del hombre una mayor relevancia. Podemos afirmar que el texto constitucional argentino en forma expresa observa a la dinámica del poder bajo un estado constitucional y convencional de derecho cuya centralidad es el hombre que proyecta su individualidad en un sentido social. Ello implica aceptar que las competencias estatales al tener por fin y sentido mismo a ese hombre en su perspectiva individual y social, encuentran mandatos constitucionales específicos para lograr que el desarrollo del hombre en ese estado constitucional y convencional de derecho.

La protección de tales valores humanos permeabiliza la actividad estatal. La ley, el acto administrativo y la sentencia judicial resultan exteriorizaciones de esa protección estatal que preserva la dignidad del hombre y concreta los valores sociales.

b.- Desde el plano jurisprudencial

Una consolidada evolución de la Corte Federal Argentina en dirección a preservar y consagrar determinados derechos del hombre en decisiones fundamentales nutre el esquema constitucional indicado.

La creación pretoriana de remedios procesales que tutelan derechos constitucionales es una de las muestras claras del juez constitucional argentino que internaliza en su actividad judicial la regla “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”⁴⁴.

En tal convencimiento ha creado pretorianamente la figura procesal del amparo tanto contra actos de particulares como de autoridades estatales en los precedentes *Siri* y *Kot*⁴⁵.

Una segunda mención remite a la creación del denominado habeas corpus colectivo. Tal herramienta procesal creada por Corte Federal Argentina en el caso *Verbitsky*⁴⁶,

⁴⁴ CSJN, 24.02.2009 *Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986*, voto de la mayoría.

⁴⁵ CSJN, 1957 *Siri* y CSJN, *Kot* 1958. Posteriormente el legislador previó tales figuras en la Ley Nacional de Amparo para ser consagradas en la reforma constitucional de 1994 expresamente como garantías constitucionales.

⁴⁶ CSJN, 3.05.2005. Los hechos denunciados y acreditados de vejaciones en las cárceles de la provincia de Buenos Aires permiten a la Corte reconocer efectos beneficiosos a todos los sujetos privados de la

permitió en dicho precedente extrapolar los efectos de la sentencia a todas aquellas personas que estando privados de la libertad no contaban con condiciones dignas en sus lugares de detención.

Más recientemente, en el caso *Halabí*⁴⁷, la Corte Federal refuerza su rol institucional al instrumentar las denominadas acciones de clase. Resulta ilustrativo a fin de tomar debida dimensión de la decisión adoptada transcribir el considerando 12:

“Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43⁴⁸ una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes

libertad, ya que no se podría eficazmente lograr el mismo objetivo bajo peticiones individuales de cada persona privada de la libertad.

⁴⁷ CSJN, *Halabí*, cit.

⁴⁸ Artículo 43 CN: “...Podrán interponer esta acción – *de amparo* - 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...”

reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.”

Las decisiones judiciales referenciadas nos hablan de la actividad del juez constitucional argentino que ante el vacío normativo no se detiene sino que, por el contrario, instrumenta las garantías necesarias que permitan a los derechos ya consagrados constitucionalmente tener vigencia efectiva. La garantía de la tutela judicial efectiva adquiere un doble valor, procedimental y sustancial acorde con los estándares mínimos requeridos por el los tratado de derechos humanos.

Finalmente la igualdad se transforma en una garantía fundamental en el sistema de derechos. Las esferas públicas deben, primero, reconocer aquellas vulnerabilidades de determinados sectores sociales para, en segundo lugar, disponer las medidas de nivelación que aseguren la igualdad en el goce y disfrute de los derechos fundamentales en sus contenidos esenciales. Aquí el poder judicial está llamado a cumplir un rol trascendental. El aseguramiento del acceso, goce y disfrute de los derechos consagrados presupone que el estado garantice los derechos bajo el principio de igualdad y no discriminación.

Ello lo pone en una posición de tener que “...adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales⁴⁹”. El juez constitucional argentino con una consolidada jurisprudencia atiende mediante una debida y oportuna protección la insatisfacción de determinadas personas o grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Concluyendo sobre el tópico de igual protección de ley en palabras de la Corte IDH⁵⁰ diremos:

“El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el

⁴⁹ Corte IDH, *caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, 25.05.2010.

⁵⁰ Corte IDH, *caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, del 24.08.2010.

denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”

5.- Los niveles de compatibilidad interna y externa en los sistemas integrados de derechos humanos

Cierto es que la discusión sobre los niveles de compatibilidad internas-externas en los sistemas integrados son cuestiones de tensiones constantes entre los sistemas en la temática judicial.

Este fenómeno, en parte, sucede porque las constituciones modernas han tomado la decisión de integrarse en su formulación positiva a los sistemas internacionales.

Ello comporta la decisión de vincularse fuertemente desde el plano de la protección de los derechos fundamentales.

También se observa un progresivo y alentador aumento de decisiones de tribunales internos que concretan mandatos de los tribunales de derechos humanos.

Todo ello colabora en consolidar el acervo jurisprudencial de los derechos humanos en beneficio del llamado *orden público internacional de los derechos humanos*.

Este orden público se construye, en parte, por la confluencia de criterios adoptados por las Cortes de Derechos Humanos de cada sistema regional y por la adopción por parte de los tribunales internos de las pautas interpretativas de aquellos sistemas.

Las tensiones, sin embargo, que podemos observar en la convivencia de estos sistemas son variadas. Basta indicar cómo Venezuela repele la jurisdicción de la Corte IDH en el caso “Aptiz Barbera”⁵¹ al rechazar por sentencia el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁵² la resolución adoptada por la Corte IDH en el caso citado.

Allí el tribunal local hizo gala, erróneamente a mi criterio, del control de constitucionalidad interno respecto de las decisiones de la Corte IDH a fin de quitarle todo efecto a la decisión internacional. Ello ha motivado una nueva intervención de la Corte IDH, vía resolución de presidencia, invocando competencias propias de supervisión de los niveles de cumplimiento de las sentencias⁵³.

También encontramos criterios dispares en los países miembros del sistema americano en temas estructurales de los derechos humanos: basta a tal fin indagar en el criterio adoptado por Brasil en su decisión del Supremo Tribunal de fecha 29.04.2010 respecto de la denominada ley de amnistía y crímenes conexos - Ley 6683/79 - y el cotejo de tal criterio con la decisión de la Corte Federal Argentina adoptada en el caso *Simón*⁵⁴ al determinar en línea con la Corte IDH la ineficacia de tales leyes en el marco de los delitos de lesa humanidad.

⁵¹ Corte IDH, *caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, 5.08.2008.

⁵² Por su Sala Constitucional en decisión fechada al 18.12.2008.

⁵³ Resolución de Presidencia de la Corte IDH, 18.12.2009.

⁵⁴ C.S.J.N , *Simon* cit.

Estas y otras circunstancias han llevado a la Corte IDH a adoptar un criterio ciertamente novedoso al menos en el sistema internacional de los derechos humanos a fin de afianzar el carácter vinculante y ejecutorio de sus decisiones: la fijación de multas dinerarias por retardo en la ejecución de las sentencias. Específicamente en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Káser*⁵⁵ se fijó al Paraguay la obligación de pagar la suma de US\$ 10.000 por cada mes de retraso en el cumplimiento de la entrega de las tierras solicitadas por la Comunidad u otras que deben ser entregadas en sustitución bajo las condiciones que la propia Corte IDH fija en tal decisión. La indemnización no es sustitutiva, según explica la propia Corte, de la condena principal consistente en la entrega de determinadas tierras.

¿Ello nos debe conducir a una mirada pesimista del presente y futuro del fenómeno? No. Por el contrario, nuestra mirada es altamente positiva ya que la diversidad de decisiones y criterios que puedan darse en los distintos tribunales nacionales muestran una Latinoamérica que desde el sistema constitucional democrático se está dando una discusión de primer orden: La función instrumental del poder en la realización de la dignidad del hombre.

Los Estados Parte de la Convención Americana son conscientes de que por los compromisos internacionales asumidos finalmente sus divergencias serán sometidas a la calificada opinión y resolución por parte del control jurisdiccional internacional que ejerce por mandato la Corte IDH.

Ello nos conduce a poner de relieve la función unificadora de criterios mínimos protectorios en materia de derechos humanos que contiene a la actividad jurisdiccional de la Corte IDH.

6.- La función jurisdiccional de la Corte IDH y los tribunales internos⁵⁶.

A esta altura de nuestras reflexiones cabe formularnos la siguiente pregunta:

¿Es la intervención de la Corte IDH una suerte de "apelación o última instancia" en términos estrictamente procesales de la instancia judicial interna?

Podemos brindar algunas pautas para que el lector pueda adoptar su propia postura frente a tal interrogante.

Cierto es que la actividad jurisdiccional de la Corte IDH puede centrarse, en determinados supuestos, en determinar si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de actuaciones de sus órganos judiciales. Ello, en determinados supuestos, puede ser necesario a fin de ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana⁵⁷.

⁵⁵ Corte IDH, *caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, cit.

⁵⁶ Sugerimos la atenta lectura de los paradigmas judiciales explicados por Ricardo Lorenzetti en su *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

⁵⁷ Corte IDH, *caso Dacosta Cadogan*, cit.

También es real que la naturaleza de la función contenciosa desarrollada por la Corte IDH es claramente de contenido jurisdiccional tal como lo ha expresado en innumerables precedentes⁵⁸

Las decisiones judiciales internas son capturadas por el deber general que se enmarca en los preceptos del 1.1.y 2 del Pacto ya que ellas se integran dentro del control de los procedimientos nacionales considerados en su totalidad.

Una postura posible de adoptar frente al interrogante se encamina en sostener que la función de la Corte IDH no persigue revisar en sentido estricto sentencias internas sino mas bien saber si un Estado violó o no los preceptos de la Convención Americana por tal actividad estatal.

Sin embargo, el fenómeno es tan novedoso como complejo en su resolución y en lo sustancial parece reenviarnos en parte al principio de subsidiariedad. Activar voluntariamente los Estados Parte cada una de sus obligaciones internacionalmente asumidas en protección de los derechos fundamentales incluye a la actividad del juez interno.

El rol del juez⁵⁹ interno como articulador de los sistemas parece ser trascendental por medio del diálogo fluido con el juez internacional en búsqueda de los puntos de contacto alejados de las fricciones. Ello coopera en la construcción del orden público interno e internacional de los derechos humanos.

En palabras de la Corte IDH⁶⁰:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El poder judicial debe ejercer una “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que el mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”

⁵⁸ “Cómo todo órgano con funciones jurisdiccionales, este Tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia...”, Corte IDH, caso *Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, 1.07.2009.

⁵⁹ Es bueno recordar que la Corte IDH defiende intensamente el estatus del juez a través de la garantía de la independencia la cual es esencial para el ejercicio de la función judicial. De ella, a su vez, se derivan las siguientes garantías: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas – Corte IDH, caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, 30.06.2009, entre tantos otros.

⁶⁰ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*, 30.08.2010, reiterado en caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1.09.2010

Para complementar afirmando:

“...La Corte ha establecido que la ley interna debe organizar al proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos⁶¹”.

Cabe recordar que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público⁶², el cual posee naturaleza instrumental frente a ellos. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente y bajo determinadas condiciones. En la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal⁶³ porque el sistema mismo de los tratados “está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.⁶⁴

Tales definiciones alcanzan a los poderes judiciales internos⁶⁵, justamente por la obligación de éstos de adecuar sus criterios mediante el control de convencionalidad que le es exigido practicar.

7.- La tutela administrativa efectiva

Mi pertenencia a la disciplina del derecho público, especialmente al derecho administrativo, no me permite abandonar las presentes reflexiones sin mencionar el impacto que en tal disciplina se ha generado desde la nueva realidad constitucional al que hemos referenciado.

Sin dudas una de las mayores novedades en este campo lo ha comportado la aparición desde el escenario de los derechos humanos de la denominada *tutela administrativa efectiva* que opera en una dimensión previa y distinta a la *tutela judicial efectiva* pero que la nutre.

La Corte IDH en su caso Baena⁶⁶ ha provocado, a nuestro entender, un giro trascendental en la manera de abordarse la actividad desplegada por la administración pública en el ámbito de los derechos fundamentales.

Por medio de tal precedente se ha zanjado correctamente a nuestro criterio aquella discusión mantenida por doctrina y jurisprudencia del derecho administrativo

⁶¹ Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, 23.11.2009

⁶² Ver Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

⁶³ Corte IDH, OC-6/86, “La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” del 09.05.1986., párrafo 21.

⁶⁴ Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29.08.1986, párrafo 24.

⁶⁵ Ver Lorenzetti, Ricardo L. *La decisión Judicial en casos constitucionales*, La Ley 01.11.2010, 1

⁶⁶ Corte IDH, *caso Baena Ricardo y Otros v. Panamá*, 02.02.2001.

iberoamericano respecto de las garantías penales y su traslación al denominado derecho sancionador.

No se trata ya de traslación sino de *aplicación directa* a uno y otro sistema estatal punitivo - penal y administrativo – del núcleo duro del elenco de las garantías del 8vo del Pacto de San José de Costa Rica.

Durante muchos años ha sido un lugar común defender la matización de ciertas garantías, desarrolladas principalmente en el seno del derecho penal, respecto de otros cauces institucionales en los cuales el Estado también impone penas a las personas, aduciendo para ello una diversidad en los intereses protegidos o en las finalidades procuradas por el Estado.

Muestra clara de ello ha sido justamente la pretendida diferenciación de fines entre el procedimiento administrativo sancionador y el derecho penal, distingo al que se le echa mano para justificar la no aplicación de ciertas garantías del segundo al primero.

Pues bien, daría la impresión que esa diversidad de fines –de existir- no justifica hoy la negación de aquellos resguardos que provienen del régimen de derechos humanos como presupuestos mínimos que debe respetar el Estado en el ejercicio de sus potestades y en especial de su función punitiva. El debido proceso adquiere una virtualidad propia que impide su postergación en cualquier plano, reforzando una tendencia hacia la aplicación directa de las garantías desarrolladas en el proceso penal –mas no privativas de aquél- en otros ámbitos de imposición de castigos y aún de cargas en general.

Nótese la diferencia de ésta argumentación: El derecho sancionador administrativo aplica directamente las garantías del artículo 8vo del Pacto abandonando la idea de que por interpretación expansiva de la disciplina penal le eran invocables. Estas reglas conforman la legalidad misma del obrar sancionador administrativo y se aplican en forma directa el elenco de garantías al procedimiento administrativo de tipo sancionatorio.

El debido procedimiento y cada una de sus garantías constituyen el núcleo central del despliegue de las potestades administrativas sancionadoras. La observancia de parte de la administración del artículo 8vo del Pacto importa entender que el debido proceso es el título que aquella debe exhibir como debidamente cumplido a fin de desplegar la potestad disciplinaria. Caso contrario, esta será ilegal, arbitraria.

Como ha subrayado la Corte IDH al examinar el artículo 8° de la Convención Americana, “es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”⁶⁷.

67 Corte IDH, caso *Baena* cit. Agregó allí que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se

Para, finalmente, brindar un marco interpretativo definitorio:

“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”⁶⁸.

Y ese criterio no se detiene allí, pues el tribunal americano tiene dicho que:

“...pese a que en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales debe entenderse que el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”⁶⁹.

Por ello debemos destacar que el precedente Baena⁷⁰ no agota su impacto en el procedimiento administrativo sancionador. Proyecta sus consecuencias estructurales en todo el procedimiento administrativo y en general atraviesa a toda la actividad o función administrativa.

La categoría de la tutela administrativa efectiva se transforma así en un eslabón esencial en la búsqueda de eficacia de los instrumentos estatales de protección de los derechos y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que le brindan contornos propios: a) el *papel preventivo* que se le asigna a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez, ello mediante una acción oficiosa de la Administración y, b) el *potencial único* de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal que se caracteriza por ser práctica, inmediata y concreta.

considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”.

⁶⁸ Corte IDH, *Baena*, cit.

⁶⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, “Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos -Art. 46.1, 46.2.A Y 46.2.B Convención Americana Sobre Derechos Humanos-” del 10/08/1990.

⁷⁰ El mismo ha sido incorporado al sistema interno argentino por la CSJN en su caso *Astorga*, cit, cons. 6 y 7. La Corte Federal Argentina al fallar generó al menos dos consecuencias trascendentes para nuestra rama del derecho público. Por una parte, en el plano institucional, incorporó al derecho interno la regla adoptada por la Corte Interamericana en el caso *Baena*. Por la otra, al escindir la tutela administrativa de la judicial –ambas efectivas – reconoció en el procedimiento administrativo un nuevo principio sustancial que lo atraviesa, proyectando sus consecuencias en toda la función administrativa. Ello se enmarca dentro de una fuerte compatibilidad de los criterios internos con los del sistema americano de derechos humanos sostenida por nuestro máximo tribunal nacional. Representa para nuestra ciencia la explicitación del impacto del nuevo orden constitucional, y en particular respecto de uno de sus institutos: el procedimiento administrativo.

Para conducir, diremos que la administración pública desarrolla su tarea, al menos desde la configuración constitucional de los poderes, bajo la idea de mayor cercanía con las personas siendo ella la principal estructura pública en poder brindar rápida y sustancial cobertura a los derechos de los ciudadanos. Derechos estos que tal como lo ha afirmado la Corte IDH⁷¹ muestran una interdependencia "...entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales⁷² ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre si y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello."

⁷¹ Corte IDH, *caso Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, 1.07.2009

⁷² La Convención Americana expresamente pauta la judiciabilidad del incumplimiento del 1.1. y 2 del Pacto respecto de los derechos de contenido económicos, sociales y culturales previstos en el artículo 26, fijando reglas tanto para evaluar la progresividad de las medidas estatales como la prohibición de regresividad de los mismos en base a criterios interpretativos que ella adopta.

Os Direitos Humanos traduzem-se em um incessante processo de luta pela dignidade humana. É uma marcha irrefreável em prol da emancipação do homem, de modo a transportá-lo do reino da *necessidade* para o reino da *liberdade*. É preciso proscrever, no entanto, os universalismos e abstracionismos que, a título de preservar os direitos humanos, servem de instrumento de legitimação das forças hegemônicas. Cynicamente, em termos orwellianos, proclama-se a paz para fazer-se a guerra, proclama-se a liberdade para impor-se a escravidão, proclama-se a igualdade para preservar a desigualdade.

É neste contexto que se reuniu um consagrado grupo de pensadores nacionais e estrangeiros a dissertar, cada qual à sua maneira e a partir dos respectivos pressupostos metodológicos, mas sempre a partir de uma visão *crítica* e *contextualizada*, sobre este fenômeno amplo, complexo e sempre inconcluso que são os Direitos Humanos.

Sumário

Direitos Humanos – O Descompasso entre a Fundamentação e a Efetiva Promoção
Eloísa de Sousa Arruda

Igualdade, Diferença e Direitos Humanos – Perspectivas Global e Regional
Flávia Piovesan

La Constitución ante los Avances Científicos y Tecnológicos – Breves Reflexiones al Hilo de los Recientes Desarrollos en Materia Genética y en Tecnologías de la Información y la Comunicación
Francisco Javier Díaz Revorio

Inovação Social, Direitos e Sustentabilidade
Ladislau Dowbor

Notas sobre o Papel do Terceiro Setor na Consolidação dos Direitos Humanos no Brasil
Luis Eduardo Patrone Regules

El Paradigma Protectorio de la Dignidad del Hombre – El Caso Argentino
Pablo Angel Gutiérrez Colantuono

Apontamentos sobre os Direitos Sociais
Rafael Valim

Um Alerta Ético sobre as Aplicações da Neurociência
Roberto Romano

ISBN 978-85-7700-411-9



9 788577 004119



www.editoraforum.com.br

CÓDIGO: 1000051