

ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

1.-Nuestro punto de partida es precisar las características de las diferentes etapas del constitucionalismo (liberal, social, de incidencia colectiva y la globalización).

La historia de los derechos humanos es la historia de la lucha de clases. Carlos Marx (EL Capital) y Federico Engels (EL Origen de la familia, la Propiedad y el Estado) delataron el sistema y la controversia del poder.

La revolución industrial a partir de 1750 fue uno de los disparadores del capitalismo, dejando atrás la esclavitud y el feudalismo.

2.- El nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que comenzó a desarrollarse sobre los moldes del derecho internacional clásico, rápidamente advirtió de su incapacidad para explicar suficientemente:

a) La Convención de Ginebra;

b) Las sentencias de los tribunales internacionales de Nueremberg y Tokio en su debate en torno a los llamados delitos de lesa humanidad (el genocidio, el holocausto, la trata de personas, el terrorismo de Estado, la punibilidad de los Estados, etc.

c) La globalización, la regionalización y los nuevos esquemas del mundo inmerso en la tecnología

3.- Los principios clásicos IGUALDAD, PROPIEDAD, LIBERTAD que consagraron las constituciones francesa, EE.UU y de nuestro país, se basaron en estados federales y republicanos con algunas características democráticas.

Los Estados, previos a la globalización, mantenían una concepción sobre SOBERANIA, diferente de la que visualizamos en la actualidad.

4.-NUEVOS PRINCIPIOS Y ALCANCES DEL DERECHO

4.A.- Los Derechos Humanos son Universales.

Su exponente es el "Ius Cogens" (Ver: Terrile, Ricardo Alejandro "La Soberanía y el Ius Cogens", Editorial UNR. 2009). Sus normas pertenecen al derecho internacional general. Son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, como normas imperativas e inderogables que se imponen jerárquicamente y no admiten, en consecuencia, acuerdo en contrario.

- a) El artículo 53 de la Convención de Viena: *"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"*;
- b) Las normas que tienen carácter de ius cogens son aquellas que están establecidas en los instrumentos internacionales, que no admiten suspensiones, ni siquiera en estados de excepción. Pertenecen a un "núcleo duro" inderogable, y por tanto estarían protegidas como normas imperativas: la prohibición de la tortura; del genocidio y la desaparición forzada;
- c) El art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*. Este artículo, al igual que los artículos 2 y 7 de la misma Declaración, contiene implícita la prohibición de discriminación, la cual, constituye una norma "ius cogens internacional".
- d) El artículo 4 prescribe: *"Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas"*.
- e) El artículo 5 señala: *"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*.
- f) El artículo 9 que establece: *"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado"*.

Son universales los derechos humanos, en cuanto se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar, en razón de la esencial unidad de la naturaleza del hombre, cualquiera sea su condición histórica o geográfica, su raza, sexo, edad o situación concreta en la sociedad.

5.- Los derechos humanos son operativos y justiciables en el derecho interno:

Los derechos humanos en razón de su universalidad, progresividad y sobre todo de su condición de irreversibles, son justiciables y por lo tanto el Estado no se puede escudar en su discrecionalidad para omitir su reconocimiento.

6.- Los tratados modernos sobre derechos humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional.
Las actuales Convenciones integran y legitiman a las personas y no sólo vincula a los Estados partes (*)

(*) La Opinión Consultiva, núm. 2 de octubre de 1982 ha manifestado 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";

7.- Nuestra CSJN que en 1992 distinguía entre normas operativas y programáticas.
Hoy son operativas y monistas

8.- Los Derechos Humanos son progresivos

El principio de progresividad implica aplicar siempre la disposición más favorable, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno.

LA PENA DE MUERTE: en caso de su abolición no podrá restablecerse (Convención Interamericana de Derechos Humanos art. 4° inc. 3).

Ver: La convención Americana de Derechos Humanos (artículo 29, b), señala que "ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados".

El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, entre otros.

9.- Los Derechos Humanos son irreversibles

Una vez que los derechos humanos son reconocidos por el Estado, no se puede revertir tal reconocimiento.

Ejemplo: Venezuela y su denuncia del Pacto de San José de Costa Rica: la derogación alcanzaría únicamente el reconocimiento de la condición de tribunal regional de la Corte IDH como tribunal

supranacional, pero no cabe ni corresponde el desconocimiento de los derechos humanos reconocidos.

10.- "Pacta sunt Servanda"

El cumplimiento de buena fe: que recorre transversalmente a todo el derecho internacional y la consiguiente improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales (artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el artículo 46 de la citada convención.

11.- Principios de adecuación normativa:

Surgen de la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) por el cual 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, sin discriminación alguna.

Si no existiera garantías en disposiciones legislativas internas o de otro carácter, los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es importante señalar que cuando refiere a "medidas de otro carácter" involucra a las sentencias judiciales.

La palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

La adecuación implica la adopción de cualquiera de las dos medidas:

- a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y
- b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".

12.- Principio Pro Homine:

El intérprete debe seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional.

Dicha selección. Se ejecuta por vía interpretativa o por preferencia normativa (*)

(*) En la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, Serie A N° 5, relativa a La Colegiación Obligatoria de Periodistas, la CorteIDH ha interpretado que cabe y corresponde "optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos"

Otra fuente: Artículo 29 del Pacto de San José;

13.- Principio Pro Actione-:

El principio pro-actione es el derecho a ser oído por un juez o el derecho a audiencia, también llamado principio de acceso a la justicia.

Dicho acceso no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso.

14.- LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

14.1.- Previo a 1994:

- dualismo "Merck", "Ekmekdjian c/ Neustad"
- Control de constitucionalidad: Judicial y difuso
- Monismo "Ekmekdjian c/ Sofovich"

14.2.- La reforma de 1994

a) artículo 75 inciso 22 de la CN establece en su primer párrafo que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

b) artículos 75 inciso 24;

c) artículo 124

d) Jerarquía de los tratados internacionales

c) artículo 27 "...conforme a principios de derechos públicos..."

15.- El control de convencionalidad:

La internacionalización de los derechos humanos, el reconocimiento a la jurisdicción supra nacional de tribunales internacionales de derechos humanos y la consigna que no cabe ni corresponde que exista impunidad en ningún lugar del mundo para un responsable de haber cometido delito de lesa humanidad, erosiona el principio de supremacía de la Constitución en tanto se oponga a aquellos principios.

El concepto tradicional de "soberanía" sobre la cual edificamos sus alcances y motivamos nuestros estudios de derecho hace algunos años se ha transformado. Cada vez más, como consecuencia de la globalización en las comunicaciones y los vínculos económicos, el derecho comienza a trazar un marco normativo supra nacional donde el derecho internacional privado no es suficiente para su regulación y la delegación de competencia y jurisdicción comienzan a tener principios tutelares en las convenciones internacionales. Comenzamos a hablar del "Derecho Constitucional Internacional".

Nuestra CSJN, en definitiva, ha reconocido conforme lo analizamos más adelante, que los fallos de la CorteIDH son vinculantes para nuestro país y el control de convencionalidad se impone como tarea para jueces y funcionarios de todas las instancias.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye, para nuestra Corte, una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos (CSJN, Fallos 328:2056).

De esta manera, nuestro Máximo Tribunal ha dejado de ser supremo en relación con la aplicación de la normativa sobre derechos humanos contenida en dicha convención.

16.- La vinculatoriedad de las sentencias de la CorteIDH en el ámbito interno e incluso la posibilidad de declarar la "inconvencionalidad" de oficio.

El control difuso y judicial de constitucionalidad;

El control difuso en lo interno y abierto a todos los órganos y concentrado en la CIDH

17.- EL IUS COGENS:

La incorporación del Ius Cogens, alteró el marco de supremacía y el monismo se fue instalando en la consideración de nuestra CSJN y en el temperamento de la CorteIDH, conforme lo hemos expuesto en nuestro libro "La Soberanía y el Ius Cogens".

18.- MAZZEO, JULIO (2006)

"Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos'. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea,

el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana

19.- En 2008 en el caso "García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa N° 7537" (CSJN, Fallos 331:2691):

La Corte Suprema expresamente reconoce la voz "control de convencionalidad" al establecer que "la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061, requiere que los tribunales atiendan al interés superior de aquél, llevando a cabo una supervisión adecuada, lo cual comprende el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, siendo función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra el menor, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio" (del voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

20.- "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (CorteIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154):

"El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

21.- "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" (CorteIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, Serie C, N° 158):

"...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".

24.- Caso "Fontevicchia y D'Amico"

Los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico fueron condenados por haber publicado en 1995 tres ediciones de la revista Noticias que incluyeron artículos y fotografías vinculados con la paternidad extramatrimonial del entonces Presidente Menem y la entrega de importantes sumas de dinero así como de regalos de gran valor económico tanto a su hijo como a la madre del niño. Durante la ejecución de la sentencia los haberes del señor D'Amico fueron embargados durante un año y medio.

La Corte IDH señaló que "en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente.

Un aspecto novedoso de la sentencia fue la inclusión, siguiendo criterios desarrollados por la Corte Europea de Derechos Humanos, del derecho a la propia imagen en el ámbito de protección del artículo 11 de la CADH, pese a que no está expresamente establecido, y el reconocimiento de la fotografía como una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 del tratado. Sobre este último aspecto, el Tribunal afirmó que la fotografía, en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan, "no sólo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo", pero al mismo tiempo "por el contenido de información personal e íntima que puede tener ... su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto".

25. La causa "Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. Mexico (Corte IDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/10/2010, Serie C, N° 22):

La Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"

25.1. ¿El control de convencionalidad "ex officio" ejecutado por el juez nacional hace incompetente al tribunal interamericano?

El Estado demandado (MÉXICO) interpuso como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH entendiendo que México había cumplido con el control de convencionalidad en todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional; además fue ejercido el "control de convencionalidad" ex officio, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal Interamericano en razón que estarían "revisando" lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

La Corte IDH reiteró que si bien la protección internacional resulta "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", es obligación de la Corte IDH, verificar si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con

las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

En esta tarea, los tribunales mexicanos deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

25.2.-¿Quiénes están obligados a practicar el control de convencionalidad en el orden interno?

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

25.3.- La evolución de los criterios en cuanto sujetos y alcance del control de convencionalidad

A.-Originariamente: La CorteIDH monopolizaba el control de convencionalidad. El mismo era concentrado.

B.-Desde el caso "Almonacid Arellano vs. Chile, estableció un "control difuso de convencionalidad", *por todos los jueces nacionales*.

El "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional

C.- Luego lo extiende a todos los órganos de los tres poderes del Estado, con carácter DIFUSO.

D.- En "GELMAN", ratifica el carácter DIFUSO del control de constitucionalidad y que el mismo es ejercido por los tres poderes del Estado y sus órganos.

Simultáneamente asume como "intérprete final" el carácter CONCENTRADO Y VINCULANTE de sus decisiones.

26.- CASO GELMAN C. URUGUAY" (CorteIDH, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C, N° 221)

Victimas: María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff y su hija María Macarena

a) Derecho a la Integridad Psíquica:

Deriva tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad y de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos.

b) Derecho a la Identidad:

"si bien no se encuentra expresamente contemplado en la CADH ... es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia".

c) Derecho a la Nacionalidad:

Artículo 20.3 de la CADH: Condena al Estado Uruguayo por haber frustrado el nacimiento de María Macarena en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria.

d) Derecho a la Libertad:

María Macarena ha sido privada de su libertad, afirmando que *"adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implican una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la CADH.*

¿Qué dispone el citado artículo?

El derecho de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad".

e) Sobre la sanción de la Ley de Caducidad Uruguaya:

La "Ley de Caducidad" (1986), la versión uruguaya de la amnistía de los criminales del Cono Sur fue sancionada por el parlamento uruguayo, se lo ratificó a través del referéndum de 1989 y la "iniciativa popular" de 2009.

La CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH. reiteró:

1. Que todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la

región han concluido que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos violan el deber de investigar y sancionar dichas violaciones;

2. Las leyes de amnistía son incompatibles cuando incluye graves violaciones de derechos humanos;
3. Al referirse a la ratificación o respaldo por la ciudadanía de la norma discutida, el Tribunal en un párrafo concluyó que *"la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos...la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías"*.

27.-"CASO GELMAN VS. URUGUAY" - SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

La Ley de Caducidad no había sido derogada ni anulada y en consecuencia la Suprema Corte de Uruguay mantenía su aplicación.

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay confirmó que los hechos de desaparición forzada durante la última dictadura militar prescribirían en Noviembre de 2011 y en los hechos era aplicable a otros casos distintos de GELMAN.

La Corte IDH en respuesta a las afirmaciones del Estado Uruguayo, dispuso:

1.-Uruguay debe "asegurar" que la Ley de Caducidad "no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay".

2.-"La Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos".

3.- "Ninguna otra norma análoga a la Ley de Caducidad, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada o cualquier excluyente similar de responsabilidad, cabe que tenga vigencia o de aplicación a ningún caso sometido a proceso"

4.- "Las autoridades deben abstenerse de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo; asegurando por el contrario, el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, y publicar los resultados de los procesos correspondientes".

5.-La sentencia hace referencias al carácter vinculante de la misma, el llamado "control de convencionalidad", la imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos, el principio de irretroactividad de la ley penal y la naturaleza del delito de desaparición forzada.

La trascendencia del fallo se impone para que se proceda a su transcripción y análisis:

6.- RATIFICA su decisión "cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

IMPORTANTE: (OPCIONAL SU LECTURA)

A. - PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD (DE SUBSIDIARIEDAD)

"La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el "principio de complementariedad", en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.

B. - ESTADO COMO GARANTE DE LOS DD.HH.

De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano

C.- SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJECUTAR CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

"El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.

D.- LA VINCULATORIEDAD DE SUS SENTENCIAS:

"Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional". Igualmente, dicha Corte Suprema manifestó "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

E.- SENTENCIA CON EFECTO DE COSA JUZGADA:

"En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada internacional y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales a complementaria.

F.-EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE IRRETROACTIVIDAD

En lo que se refiere al principio de legalidad y de irretroactividad, la Corte hace notar que la expresión "derecho aplicable" se refiere tanto al derecho interno como al derecho internacional.

Esa interpretación es consistente tanto con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como al artículo 7 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales o al artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los cuales se indica que las acciones u omisiones por las cuales nadie puede ser condenado deben estar establecidas en el derecho interno o en el derecho internacional. Del mismo modo, la regla anterior ha sido

aplicada por tribunales penales nacionales e internacionales y por los sistemas universal y europeo de protección de derechos humanos.

En ese sentido, cabe señalar que la importancia de considerar ese principio de forma amplia abarcando el derecho interno y el internacional, radica en el hecho de que precisamente se trata de evitar que se validen o encubran, a través de normas o procedimientos, graves violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de un Estado al amparo de un aparato organizado de poder. Si se aceptara que únicamente la normatividad interna fuera la que determinara la aplicación o no de la irretroactividad penal, ello implicaría que un agente de un aparato organizado de poder puede cometer válidamente los crímenes más graves cuando el Estado que lo amparase encuentre en posición de garantizar su impunidad por medios legales.

G.-LA DESAPARICION FORZADA COMO UN DELITO PERMANENTE Y SU INCIDENCIA RESPETO DEL PRINCIPIO DE IRRECTROACTIVIDAD

Con respecto a la calificación jurídica de la desaparición forzada, la Corte reitera, como lo ha hecho en otros casos, que no es admisible considerar esa conducta ilícita como un delito de carácter instantáneo.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha caracterizado la desaparición forzada de personas como el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos.

CONCLUSION: LA EXISTENCIA DE UN REGIMEN DEMOCRATICO

"LA SOLA EXISTENCIA DE UN REGIMEN DEMOCRATICO NO GARANTIZA, PER SE, EL PERMANENTE RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL, INCLUYENDO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA EXISTENCIA DE UN VERDADERO REGIMEN DEMOCRATICO ESTA DETERMINADO POR SUS CARACTERISTICAS TANTO FORMALES COMO SUSTANCIALES, POR LO QUE PARTICULARMENTE, EN CASO DE GRAVES VIOLACIONES A LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUYE UN LIMITE INFRANQUEABLE A LA REGLA DE LA MAYORIA"

28.- MARGEN DE APRECIACION NACIONAL (M.A.N.)

El margen de apreciación nacional es una doctrina ampliamente utilizada por varios tribunales internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se traduce en una suerte de deferencia del tribunal internacional hacia las autoridades nacionales de los Estados Miembros, para que sean éstas las que decidan sobre una determinada cuestión, en el entendimiento que la resolución de determinadas vulneraciones de derechos humanos considera que los órganos

internos están mejor posicionados e informados que el propio órgano internacional para resolver la cuestión litigiosa. La Comisión Europea de Derechos Humanos fue el primer órgano de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que hizo expresa alusión al margen de discrecionalidad con el que contaban los Estados parte para aplicar las medidas derogatorias de los derechos reconocidos en el Convenio.

En el caso "S. Marper c. Reino Unido", del 4 de diciembre de 2008, el Tribunal Europeo hacía referencia al fuerte consenso europeo en materia de protección de datos de carácter personal para justificar la condena al Reino Unido por prever la conservación indefinida de los datos genéticos, perfiles de ADN y huellas de cualquier acusado.

En el caso, "Serife Yigit c. Turquía" del 2 de noviembre de 2010, el TEDH concedió un amplio margen de apreciación a Turquía para determinar los efectos jurídicos de los matrimonios religiosos y de las uniones de hecho en razón de su numerosa comunidad musulmana

En el caso "Leyla Sahin c/ Turquía", practica el llamado "test de proporcionalidad", en la que tuvo especialmente en cuenta la relevancia del principio de laicidad en una sociedad como la turca, en la que ese principio permitía la convivencia pacífica de distintas confesiones religiosas, y consideraba que la prohibición de llevar el velo islámico en la Universidad de Estambul no vulneraba la libertad religiosa de la demandante.

La Corte IDH ha hecho uso de la doctrina del margen de una forma mucho más moderada que su homóloga europea:

[CIDH, Opinión consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, en relación con un proyecto de modificación de la normativa interna sobre adquisición de la nacionalidad;](#)

[CIDH, caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, de 2 de julio de 2004, de la libertad de expresión,](#)

Los tribunales internacionales, mantienen un conocimiento deficiente o inexacto de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado.

A favor:

Algunos autores apuntan que la utilización de la doctrina del margen por tribunales internacionales evita confrontaciones poco útiles entre tribunales nacionales e internacionales, favorece la cooperación entre ambas instancias de control, la aplicación interna de las normas internacionales y la posterior ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales

En contra:

La utilización de esta técnica estaría erosionando, en beneficio de cierto relativismo cultural, la consecución de un mínimo estándar de protección de los derechos humanos

Debe tenerse presente que no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.

29.- El "CORPUS JURIS INTERAMERICANO"

Uno de los hechos más relevantes que ha elaborado la doctrina de la Corte IDH, es la composición del "corpus juris interamericano".

El propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza".

La Corte IDH al referirse al "control de convencionalidad" ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José y TAMBIEN, -Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; -Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; -Convención para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; -Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.

La Corte IDH estableció:

"El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones"

Se forma de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" como parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y una "viva interacción" entre las jurisdicciones

nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.

MUTACION CONSTITUCIONAL

ANA VICTORIA SANCHEZ URRUTIA

1.- DEFINICION:

LA CONSTITUCION: **"Ente dinámico, en constante movimiento, que se retroalimenta continuamente de la realidad política que le circunda"** (Heller, Smend)

MUTACION: **Cambios informales de la Constitución por vía de interpretación que implica cambios en su significado o sentido sin alterar su expresión escrita**

Lo expuesto genera un problema en tanto y en cuanto genera un cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma; es decir, la doctrina verifica y constata que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma a pesar de ser Ley.

2.- GEORG JELLINEK:

En "Reforma y mutacion de la constitución", refiere que todo intento de reforma constitucional **es intencional**; en cambio cuando estamos frente a la **"mutación constitucional"** supone el cambio operado por **actos no intencionados** que no alteran expresamente el texto de la Constitución. Existe mutación a través de:

- La práctica parlamentaria;
- La práctica por la administración y por la jurisdicción;
- La necesidad política como factor de la transformación de la Constitución;
- La mutación constitucional resultante de la práctica convencional; por desuso de las facultades estatales y como consecuencia de las lagunas de la Constitución.

Jellinek hace referencia a la posibilidad de que la Constitución pueda transformarse a través de la jurisprudencia (ver artículo 31 y 27 C.N).

3.-Normalidad y normatividad: Hermann Heller

Heller señala que la constitución traza la organización material del Estado; es decir su organización y que ello está determinado por las relaciones de poder, las cuales están en constante movimiento.

Para poder comprender el funcionamiento constitucional, Heller distingue:

- Constitución no normada (normalidad);
- Constitución normada (normatividad) y, dentro de ésta última, entre la normada extrajurídicamente y la normada jurídicamente.

La relación entre el ser y el deber ser de la Constitución no es recíproca: la normalidad crea normatividad pero, a su vez, la normatividad crea normalidad.

Heller caracteriza a LOS PRINCIPIOS:

Son elementos normados no jurídicos. La ausencia de contenido preciso sería la característica que hace posible que los principios evolucionen y desempeñen una función transformadora dentro de la Constitución.

Heller cita el ejemplo del principio de igualdad ante la ley: todas las Constituciones democráticas lo reconocen expresamente, sin embargo no explican qué es lo que ha de considerarse como igual o como desigual.

Para Heller, la normatividad del sistema constitucional está intentando constantemente adecuarse a la normalidad. Cuando esta operación tiene éxito, se preserva la continuidad del ordenamiento. Sin embargo, puede suceder que la normalidad no sea incorporada ni por las normas no jurídicas (principios) ni por lo normado jurídicamente y que se mantenga en oposición a ellos.

Es decir:

- a) la normatividad puede perder su capacidad normalizadora;
- b) el uso social —la realidad no normada—, puede revelarse más fuerte que la norma estatal.

4.- La Constitución como constante mutación:

SMEND:

Señala que la Constitución se ha entendido tradicionalmente de dos formas distintas:

1.-La visión estática: concibe a la Constitución como la regulación de los órganos del Estado y el estatus del individuo frente a él;

2.- La Constitución como suma de las fuerzas reales de poder frente a la que despectivamente es llamada hoja de papel (Ferdinand Lassalle ¿Qué es una constitución?.

Smend considera que estas dos concepciones de Constitución, en principio contrapuestas, **van juntas.**

Cuando refiere a la "mutación constitucional", descubre que el problema de la mutación constitucional surge de la incapacidad de las normas jurídicas de dominar de un modo efectivo la distribución del poder político.

Concibe a la Constitución como una unidad, como un fin en sí mismo y a la vez como una estructura compleja: La Constitución no puede prever ni regular todos los aspectos de la vida estatal.

Ello impone al intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de otras formas de interpretación jurídica

5.-Un testigo de excepción: Hsü Dau-Lin

Tal vez la monografía más importante que se ha escrito sobre mutaciones constitucionales es la que elaboró Hsü Dau Lin en la época de la constitución de Weimar.

Resulta exótico que un jurista chino, de educación oriental, aterrice en la época de Weimar le añade un motivo adicional de curiosidad a su obra.

Para definir las mutaciones constitucionales, Hsü estudia las distintas relaciones que pueden existir entre las normas constitucionales y la realidad.

1.- Un primer supuesto puede responder a dos dinámicas distintas:

A) que la realidad siga lo marcado por la norma, lo que supone la vigencia plena del derecho constitucional;

B) que la norma constitucional siga a la realidad como ocurre cuando se modifica formalmente la Constitución.

2.- La segunda posibilidad consiste en la existencia de una disociación entre la norma constitucional y la realidad.

Este es el núcleo de lo que caracteriza la mutación constitucional para Hsü Dau Lin:

DEFINE LA "MUTACION CONSTITUCIONAL":

"Una incongruencia entre las norma constitucional y la realidad.

De acuerdo con la relación entre la norma constitucional y la realidad, pueden existir cuatro supuestos de mutaciones constitucionales:

- a) la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución;
- b) la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución;
- c) la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución;
- d) y la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución

(La gran aportación de Hsü es haberse preocupado de estudiar específicamente las mutaciones constitucionales frente a los que sólo se refieren al concepto de manera genérica como parte del concepto de Constitución (Smend) o los que descubren su existencia y muestran su perplejidad frente a ella (Jellinek))

6.- LA JUSTIFICACION DE LA MUTACION CONSTITUCIONAL

1.-Para teóricos como Jellinek, la mutación constitucional significa una quiebra del principio positivista;

2.-Otra forma de explicar las mutaciones constitucionales consiste en utilizar el concepto de costumbre.

3.- Un sector de la doctrina constitucional procura explicar las transformaciones de la Constitución por medio de las convenciones constitucionales propias del sistema británico

4.- Otra forma de entender las mutaciones constitucionales era analizarlas como lesiones a la Constitución, adoptado por la doctrina constitucional francesa (Hauriou)

7.-LA MUTACION COMO ELEMENTO DE LA TEORIA CONSTITUCIONAL:

Hsü afirma lo siguiente:

A.- La mutación constitucional no es ni quebrantamiento de la constitución ni simple regla convencional **sino que es derecho.**

Es derecho aunque no concuerde con el tenor literal de la ley;

Es derecho aunque no pueda ser captada ni conceptuada con los conceptos y construcciones jurídicas formales:

su fundamento jurídico reside en la singularidad valorativa del derecho constitucional, en la llamada necesidad política, en las exigencias y manifestaciones de vitalidad del Estado que se realiza y se desarrolla a sí mismo.

La idea central de Hsü es que para entender la naturaleza de la mutación constitucional hay que entender primero el sentido y la naturaleza de la Constitución en sí misma (CONTRATO CONSTITUCIONAL), el significado preexistente (UNIDAD) Y la dinámica propia de la sociedad (EL CARÁCTER EVOLUTIVO DE SU REALIDAD VITAL)

La mutación constitucional es resultado de la triple especificidad de la Constitución:

-la incompletud (no puede abarcar todas las relaciones)

-La elasticidad de las normas constitucionales (por ser genéricas, admiten diferentes interpretaciones)

-La peculiaridad propia del Estado como objeto de regulación jurídica en su dinámica propia

-La ausencia de mecanismos de instancia superior que garantice su existencia, en razón de los pro y contra de la rigidez y flexibilidad del procedimiento de reforma.