

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 7 / Julio 2017



FACULTAD DE
DERECHO

- SIDH y mujeres en movilidad
- Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH
- Poder constituyente y derecho internacional de los derechos humanos
- ¿Es justiciable el artículo 26 de la convención interamericana sobre derechos humanos?
- El control de convencionalidad en la administración pública. Posible aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional
- Sistema interamericano y calidad de la justicia con perspectiva de género

cálamo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Carlos Larreaátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTORA ACADÉMICA

Lorena Naranjo

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD Universidad de Berlín
- Santiago Zarria, Mg. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro", Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica Gonzáles Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba

- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Nayibe Chacón Gómez, PhD Universidad Central de Venezuela
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Ricardo Rabinovich-Berkman. PhD Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María dolores Miño, Mg.

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:
calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN

1390-8863

Cálamo 7: Los artículos que conforman el número 7 de Cálamo han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares previos a su publicación.

Al acercarnos al medio siglo de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, hemos articulado este séptimo número de nuestra Revista Cálamo alrededor de la reflexión sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte IDH.

El dossier de esta edición está compuesto por aportes que dan cuenta de un interés pluridisciplinar sobre el tema. Susy Garbay aborda la problemática de la movilidad humana desde la perspectiva del desarrollo de estándares de derechos humanos de las mujeres en contexto de movilidad. La perspectiva de género es retomada por Alejandra Cárdenas, quien proporciona un análisis de la calidad de la justicia en las sentencias sobre contravenciones por violencia intrafamiliar en Quito, insistiendo en la importancia que tiene en ellas la jurisprudencia de la Comisión y la Corte IDH en materia de protección de derechos humanos.

Por su parte, Carla Espinosa, a partir del caso Kimel-Argentina, analiza y evalúa la utilización que hace la Corte IDH de la ponderación y el principio de proporcionalidad en la tensión que existe entre la garantía de la libertad de expresión y otros derechos de la Convención Americana.

Pamela Aguirre, en cambio, replantea el debate sobre la exigibilidad del artículo 26 de la Convención Americana y al hacerlo, pone en evidencia algunos de los mitos alrededor de la problemática justiciabilidad, y traza los retos interpretativos y argumentativos para alcanzarla.

La reflexión sobre el lugar del “margen de apreciación nacional” en relación con la jerarquización de los instrumentos internacionales está a cargo de Franco Gatti, quien abre la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser afirmados y no perjudicados por la aplicación del margen de apreciación nacional.

Por último, Jorge Benavides contribuye en este número con un artículo dedicado al estudio del condi-

cionamiento que brinda el Derecho internacional de los Derechos Humanos al ejercicio del poder constituyente.

La sección de ensayos cuenta con la contribución de María Dolores Miño, quien analiza la doble filiación materna en el Ecuador, a la luz del caso Satya, y expone el contraste que existe entre su tratamiento y los avances contra la discriminación por orientación sexual estipulados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Angélica Porras lleva a cabo un ejercicio de diálogo entre los derechos humanos y la justicia indígena en el Ecuador, a través del análisis del juzgamiento de Abigeato en la comunidad Sacha de Cotopaxi. Por último, Jhoel Escudero contribuye con un escrito acerca de la legitimación política y la argumentación jurídica en el control constitucional.

En nuestra voluntad de entrar en diálogo con profesionales del área, este número contiene la entrevista que María Elena Carbonell realiza a Daniela Salazar, acerca de su visión sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La presente edición se complementa con un resumen comentado de obra a cargo de Elena Fernández quien subraya el aporte al saber jurídico moderno desde el pensamiento de Weber y Habermas; y termina con la reseña de la obra Familia Conflictos familiares y mediación de Johanna Ponce; realizada por Rossana Granja.

Con este séptimo número Cálamo contribuye al desarrollo de las ciencias sociales y el Derecho, planteando reflexiones y cuestionamientos de actualidad con la participación de académicos nacionales y extranjeros de reconocida trayectoria.

Alexandra Vega Puga
Decana de la Escuela de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- **SIDH Y MUJERES EN MOVILIDAD**..... 6
Susy Garbay
- **PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN EL CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH** 19
Carla Espinosa
- **PODER CONSTITUYENTE Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**..... 31
Jorge Benavides
- **¿ES JUSTICIABLE EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS?**..... 42
Pamela Aguirre
- **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: POSIBLE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL** 59
Franco Gatti
- **SISTEMA INTERAMERICANO Y CALIDAD DE LA JUSTICIA UN ANÁLISIS A LAS SENTENCIAS DE CONTRAVENCIONES POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** 68
Alejandra Cárdenas

Ensayos

- **EL CASO SATYA Y LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA EN ECUADOR** 82
María Dolores Miño
- **LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR. ANÁLISIS DEL JUZGAMIENTO DE ABIGEATO EN LA COMUNIDAD DE SACHA EN COTOPAXI** 97
Angélica Porras
- **LA LEGITIMACIÓN POLÍTICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL: UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**..... 110
Jhoel Escudero

Entrevista

- **SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS ENTREVISTA CON DANIELA SALAZAR** 124
María Helena Carbonell

Resumen comentado de obra

- **DIÁLOGO IUSFILOSÓFICO SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DESDE WEBER Y HABERMAS. SU ESPACIO DENTRO DEL SABER JURÍDICO MODERNO**..... 130
Elena Fernández

Reseña

- **FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN** 140
Rosana Granja

DOSSIER

ndb.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN CONTEXTOS DE MOVILIDAD HUMANA

THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND THE RIGHTS OF WOMEN IN THE CONTEXT OF HUMAN MOBILITY

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DAS MULHERES EM CONTEXTOS DE MOBILIDADE HUMANA

*Susy Garbay Mancheno**

Recibido: 07/05/2017
Aprobado: 07/07/2017

Resumen:

En este artículo se analiza el desarrollo de estándares de derechos humanos de las mujeres en contextos de movilidad humana, identificando los esfuerzos por la inclusión del enfoque de género en esta materia. Con este propósito se hace un análisis de los pronunciamientos que han realizado los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos dentro de sus competencias consultiva y contenciosa, así como a través de los informes de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes. El tradicional enfoque de seguridad pública que ha justificado la restricción de fronteras y la criminalización de las personas, ha sido relativizado desde la perspectiva de derechos humanos, y compromete a los Estados que han suscrito los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, no solo al cumplimiento del texto de los tratados sino de la interpretación calificada que se ha hecho de los mismos, dando lugar a parámetros que deben ser observados en la formulación de legislación y políticas públicas en materia de movilidad humana.

Palabras clave: Movilidad humana; Refugio; Trata de personas; Migrantes; Mujeres

Abstract:

In this article, the development of human rights standards for women in human mobility contexts is analyzed, identifying the efforts for the inclusion of a gender perspective in this subject. With this purpose, an analysis of the declarations made by the Inter-American System for the Protection of Human Rights, within its consultative and judicial competencies, as well as through the reports of the Rapporteurship on the Rights of Migrants, has been made. The traditional focus on public security, which has justified border restrictions and

the criminalization of people, has been played down from the human rights perspective, and commits the States which have signed international instruments for the protection of human rights to observing the text of the treaty, as well as to making a qualified interpretation of the same; thus, making room for parameters which should be observed in the formulation of legislation and public policies in human mobility matters.

Key words: Human Mobility; Refugee; Human trafficking; Migrants; Women

Resumo:

Neste artigo se analisa o desenvolvimento de padrões de direitos humanos das mulheres em contextos de mobilidade humana, identificando os esforços pela inclusão do enfoque de gênero nesta matéria. Com este propósito se faz uma análise dos pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos dentro das competências de consulta e de litígio, assim como através dos informes da relatoria sobre os Direitos dos imigrantes. O tradicional enfoque de segurança pública que justifica a restrição de fronteiras e a criminalização das pessoas, vem sendo relativizado desde a perspectiva de direitos humanos, e compromete aos estados que subscreveram os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, não só com o cumprimento do texto dos tratados, mas também, da interpretação qualificada que se fez dos mesmos, dando lugar a parâmetros que devem ser observados na formulação da legislação e políticas públicas em matéria de mobilidade humana.

Palavras chave: Mobilidade humana; Refúgio; Trata de pessoas; Imigrantes; Mulheres

* Master en Derechos Humanos, Doctoranda en Derecho-UASB-E Docente titular de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Central. Correo electrónico: susygarbay@yahoo.com.

INTRODUCCIÓN

Históricamente los debates sobre las migraciones se han enmarcado prioritariamente dentro del enfoque de “seguridad nacional”, la construcción de este nexo ha dado lugar a que los movimientos migratorios sean observados como amenazas, y las personas migrantes como un problema para los Estados. De esta forma algunos fenómenos relacionados con estos procesos y que han sido reconocidos como vulneraciones de derechos humanos, como son la trata de personas y el tráfico de migrantes han sido regulados desde la óptica securitista. Tal es así que los dos principales instrumentos internacionales relacionados a estos temas, el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, y el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*, complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.¹ La óptica persecutoria se puede percibir claramente en el preámbulo de esta Convención:

Firmemente convencida de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo [...]²

De esta forma la trata de personas y el tráfico de migrantes son conductas catalogadas exclusivamente

como delitos, junto con otros de naturaleza diferente como el blanqueo de dinero o el terrorismo, lo cual obliga a los Estados parte de estos instrumentos a adoptar prioritariamente medidas legislativas y de política pública tendientes a criminalizar estas conductas.

Desde esta perspectiva se deja en un segundo plano todas las violaciones de derechos humanos, que se cometen en los contextos de tráfico de migrantes y trata de personas, como son la libertad e integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la prohibición de tortura, etc., reconocidos en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

En contraposición al enfoque de seguridad, surgió la noción de gobernabilidad migratoria (Marmora 2009, 19) por la cual se recurre el discurso de los derechos humanos de las personas en movilidad humana, sin embargo esta postura que promueve el orden y regularización de las migraciones, continua percibiendo toda dinámica migratoria o movimiento de personas no regularizadas como “desordenes migratorios” y por lo tanto una amenaza a la seguridad pública, frente a lo cual se establecen medidas restrictivas que son alentadas y respaldadas por las sociedades de los países receptores (Marmora 2009, 19).

En este contexto, en los últimos años ha tomado fuerza en el continente, la necesidad de analizar a la movilidad humana desde las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, lo cual implica abandonar la visión securitista predominante que no ofrece respuesta a la creciente vulneración de derechos humanos de las personas migrantes, particularmente de las mujeres.

NECESARIA TRANSICIÓN DEL ENFOQUE DE SEGURIDAD AL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

La preocupación por abordar desde el enfoque de derechos humanos las migraciones no es exclusiva de la región, sin embargo, la denuncia frecuente por la violación de derechos de personas que se movilizan de un estado a otro, siendo especialmente crítica el cru-

ce de la frontera de los Estados Unidos, o la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migratorios, ha obligado a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a pronunciarse frente a la vulneración de los derechos de las personas migrantes.

¹ Organización de Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

² *Ibíd.*, preámbulo

Esto ha implicado necesariamente trascender del enfoque securitista y observar las implicaciones de las medidas migratorias que adoptan los Estados y la situación de los derechos humanos de las personas en movilidad a partir de las obligaciones generales de *respeto y garantía*. Debe considerarse además que un enfoque de derechos humanos debe incluir también el de *género* como categoría de análisis, que lejos de ser excluyente más bien permite la incorporación de otras variables que hacen posible un análisis de una determinada situación de manera integral. De este modo se ha reconocido que el componente de género permite visualizar las relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres que se manifiestan en la subordinación y discriminación principalmente hacia las mujeres, en términos de Julie Guillerot:

Sirve para observar y entender el impacto diferenciado de programas, proyectos, políticas y normas jurídicas sobre los hombres y las mujeres. Asimismo, el análisis en perspectiva de género se caracteriza por ser inclusivo al contener otras variables tales como: clase, etnia, edad, procedencia rural/urbana, credo religioso, pre-

ferencia sexual, entre otras, para evitar hacer generalizaciones que obvian las especificidades del contexto donde se producen las relaciones de género (Guillerot 2009, 31).

Por lo tanto el enfoque de género permite identificar las condiciones particulares que atraviesan las mujeres en los contextos de movilidad humana y que las exponen a violaciones de derechos humanos específicos, de otro lado esta perspectiva también facilita la formulación e implementación de medidas, que en el marco de las obligaciones generales en materia de derechos humanos, atiendan las necesidades particulares de protección de las mujeres cuyos derechos se han visto vulnerados en el contexto de alguno de los fenómenos migratorios.

Este artículo tiene como propósito indagar en las respuestas que ha ofrecido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la violación de los derechos de las mujeres migrantes, refugiadas o víctimas de trata y tráfico de personas, para lo cual se identificarán los esfuerzos de los órganos de Sistema para incluir el enfoque de género en la jurisprudencia, opiniones consultivas e informes temáticos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: RESPUESTA EN EL MARCO DE SU COMPETENCIA CONSULTIVA

En el marco de la competencia consultiva contemplada en el Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos CADH, la Corte ha emitido varias opiniones consultivas interpretando el alcance de la Convención, así como de otros instrumentos internacionales en relación a los derechos de las personas migrantes. En una de sus primeras opiniones, la OC/ 84 formulada con motivo de la consulta que realizó Costa Rica respecto a la compatibilidad de la Convención Americana con la propuesta de reforma de los artículos 14 y 15 de la Constitución costarricense, la Corte determinó la incompatibilidad de esta propuesta de reforma constitucional con el derecho a la igualdad reconocido en la Convención Americana (CIDH 1984). El artículo 14 de la Constitución de Costa Rica que se proponía reformar hacía referencia a la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización, estableciendo expresamente que: “Son costarricenses por naturalización [...] 4) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir

por el mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad.” La Corte al pronunciarse respecto a la consulta de Costa Rica, señaló que esta disposición era discriminatoria e incompatible con el artículo 24 de la Convención, argumentando que el proyecto de reforma propone un tratamiento diferente a las mujeres extranjeras, estableciendo “la incidencia del matrimonio como determinante en el cambio de la nacionalidad solamente de la mujer y no del varón” (CIDH 1984).

Es importante destacar algunos de los argumentos que utiliza la Corte para llegar a este criterio y que evidentemente responde a una perspectiva de género. La Corte identifica que el planteamiento del mencionado artículo 14, numeral 4, recoge la idea de la unidad familiar, por la cual se postula que todos los miembros de la familia deben tener la misma nacionalidad, la misma que debía ser la del *pater familias*, bajo el supuesto que tanto los hijos como la cónyuge depende del padre y del esposo. La Corte recuerda que desde

esta perspectiva la potestad marital otorga facultades privilegios al marido, que se traduce en la potestad de establecer domicilio conyugal o para administrar los bienes de la sociedad conyugal, de tal forma que “el privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal” (Facio 1992, 98-99).

Con esta opinión la Corte, aunque no lo haga de manera expresa, identifica en la norma sometida a consulta, la reafirmación de más de una expresión de sexismo en el derecho, así se puede señalar que es una norma androcéntrica en la medida que está formulada desde las necesidades del varón o *pater familias*, por otro lado, también expresa el familismo, por el cual se afirma un vínculo indisoluble entre la mujer y la idea de familia, sometiendo sus necesidades a las del conjunto familiar (CIDH 1999).

Una segunda opinión consultiva relacionada a los derechos de las personas migrantes es la OC - 16/99, formulada con motivo de la consulta realizada por México sobre el derecho a la información sobre asistencia consular, como parte del derecho a las garantías judiciales mínimas y al debido proceso, en el marco de procedimientos judiciales por pena de muerte. La consulta se basó en el hecho de que a migrantes mexicanos sentenciados a muerte en los Estados Unidos, se les habría limitado el derecho a comunicarse y a solicitar asistencia consular a las autoridades mexicanas (CIDH 1999).

A propósito de esta consulta, la Corte realizó una interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana de Derechos Humanos, resaltando la conexión que debe hacerse entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para proteger a las personas extranjeras detenidas frente a tratamientos discriminatorios, así mismo determina que el derecho de acceso a información de una persona extranjera detenida, reconocido expresamente en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, forma parte del debido proceso legal, de tal forma que su inobservancia acarrea responsabilidad internacional (CIDH 1999).

La Corte no realiza un análisis específico sobre la forma en particular que podría afectar a las mujeres mi-

grantes detenidas, la restricción de información y asistencia consular, sin embargo al referirse a las garantías judiciales contempladas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos resalta la necesidad de observar el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, para lo cual se debe “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia” (CIDH 1999). A pesar de la ausencia de un enfoque de género, la opinión consultiva constituye un desarrollo en el contenido de los derechos de las personas en movilidad humana.

La tercera opinión consultiva en la que la Corte se pronuncia sobre los derechos de las personas en contextos de movilidad humana, es la OC-18/03 realizada por México, que basó su consulta en la situación de vulnerabilidad de trabajadores migratorios indocumentados, que los expone a constantes violaciones de derechos humanos, originadas principalmente en criterios de discriminación, que se traducen en interpretaciones, prácticas y leyes expedidas en algunos estados de la región y que conllevan la negación de derechos laborales (CIDH 1999). Con el riesgo de simplificar la posición de la Corte, se podría resumir señalando que en lo esencial establece, que el principio de igualdad y no discriminación forma parte del *jus cogens*, por lo tanto es una norma de carácter imperativo. Afirma que sobre este principio “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (CIDH 2003), por lo que no es posible admitir ningún acto jurídico que entre en conflicto este principio.

En consecuencia y en observancia de la obligación general de *respetar*, los Estados deben abstenerse de realizar cualquier conducta que de manera directa o indirecta, provoque situaciones de discriminación de hecho o de derecho. La Corte señala además, que esta obligación se traduce en “la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminan a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales” (CIDH 2003).

Por otro lado, y como consecuencia de la obligación de *garantizar*, los Estados deben implementar todo tipo de medidas para modificar las situaciones de discrimi-

nación que se reproduzcan en contra de determinados grupos de personas, observando además el deber de protección frente a conductas de terceros que actúen con tolerancia o aquiescencia del Estado, creando o manteniendo situaciones de discriminación (CIDH 2003). Por lo tanto, solamente caben las distinciones objetivas y razonables en el marco del respeto a los derechos humanos y de acuerdo con el “principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana” (CIDH 2003).

Finalmente la Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados tienen los mismos derechos laborales que los nacionales de un Estado, por lo que es obligación tomar todas las medidas para que esos derechos además de ser reconocidos sean efectivos (CIDH 2003). En relación a las políticas migratorias, sostiene que éstas deben implementarse observando las obligaciones de *respeto y garantía*.

La más reciente opinión consultiva alrededor del tema migratorio es la OC-21/14 promovida por los Estados de Brasil, Paraguay y Uruguay (CIDH 2014). Entre las extensas consideraciones que hacen los Estados para justificar su consulta a la Corte, merece la pena destacar algunos aspectos. El primero de ellos es la dimensión del fenómeno migratorio, pues se afirma que alrededor de 25 millones de personas de América Latina y el Caribe han migrado hacia Norteamérica y Europa, mientras que 6 millones se han movیلizado dentro de la región, y que aunque no sea posible cuantificar, una creciente población de niños, niñas y adolescentes han sido parte de estos flujos migratorios, por motivos de reagrupación familiar o escapando de condiciones de pobreza, violencia, persecución y otros abusos. También se pone de manifiesto la preocupación frente a la propensión de la criminalización de las personas migrantes en condición irregular, que junto con los niños, niñas y adolescentes constituyen grupos particularmente vulnerables. En este contexto, los Estados consultantes piden a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una definición más rigurosa respecto a los estándares, principios y obligaciones de los Estados “*en materia de derechos humanos de las personas migrantes, en particular en lo que respecta a*

los derechos de las niñas y niños migrantes e hijos/as de migrantes” (CIDH 2014).

El desarrollo que hace la Corte mediante esta opinión consultiva es sumamente relevante, tanto en el esfuerzo por analizar los fenómenos migratorios desde el enfoque de derechos humanos, como la inclusión del género como categoría analítica, no solo para identificar las particularidades de las violaciones de derechos a personas de sexo femenino, sino además se refleja en la propuesta de estándares diferenciados que los Estados deben observar. Adicionalmente la Corte en esta opinión, pone en evidencia la relación permanente entre el principio de interés superior de niños y niñas, y las instituciones de protección internacional.

Es importante destacar que la Corte apela a la adopción de la definición amplia de persona refugiada contemplada en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984,³ superando la prevista en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados en 1951, que considera como sujetos de protección internacional a las personas que huyen de su país de origen debido a violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, mientras que la noción de persona refugiada propuesta en la Declaración de Cartagena de 1984, amplía la cobertura de protección a personas que se ven obligadas a movیلizarse por otros motivos, además de los establecidos en la Convención de 1951.

Al referirse específicamente al reconocimiento del estatus de refugiado a niños y niñas, la Corte señala que al analizar las solicitudes de refugio es necesario identificar las formas particulares de persecución que sufren los niños y las niñas, y la necesidad que la definición de refugiado se interprete además a la luz de la categoría género, tal como ya se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño.⁴ Así mismo, establece que en la examinación o evaluación inicial que los Estados realizan, como parte del procedimiento de reconocimiento de refugiado, además de otorgar garantías de seguridad y privacidad, deben garantizar que estos procedimientos estén a cargo de profesionales que ten-

3 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

4 La Corte al realizar esta interpretación se sustenta en la Observación General 6 del Comité de los Derechos del Niño, relativo a *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*.

gan en cuenta la edad y el género de los solicitantes (CIDH 2014).

El planteamiento que hace la Corte es importante, pues las evaluaciones o entrevistas que dan inicio a un proceso de solicitud de refugio son determinantes en este tipo de procedimientos, sin embargo, la perspectiva securitista de los funcionarios encargados de su tramitación, dejan pasar por alto elementos que desde una perspectiva de derechos humanos y de género no se pueden perder de vista. De esta forma, la Corte determina que además de ofrecer garantías mínimas, la examinación tiene como objetivos principales los siguientes:

[...] (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial.

En esta opinión consultiva se desarrollan además criterios o estándares que los Estados deben considerar en la determinación de cada una de las situaciones señaladas, entre las que se intentara destacar, aunque sea de forma sucinta aquellos relacionados con la protección de las niñas. La Corte recalca la importancia

de que los funcionarios estatales de fronteras estén capacitados para identificar víctimas de trata,⁵ considerando que principalmente las niñas son vulnerables a ser sometidas a trata con fines de explotación sexual y laboral (CIDH 2014, párrafo 91-92). En esta misma línea, la Corte considera que al valorar los requerimientos de protección internacional es indispensable tomar en cuenta que a pesar que tanto niños como niñas se enfrentan a riesgos similares que merecen medidas de protección, también es cierto que pueden verse expuestos a situaciones particulares de vulneración debido a su género, por lo que se hace necesario identificar los riesgos de violaciones de derechos a los que están expuestas “las niñas a raíz de su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica” (CIDH 2014, párrafo 102).

Por otro lado, la Corte establece que en todos los casos que se requiera la implementación de medidas de protección integral, se considere en forma individualizada el interés superior del niño o niña valorando además que sea “culturalmente adecuada y con consideración a las cuestiones de género” (CIDH 2014, párrafo 104), aspectos que también deben ser observados al aplicar el principio de no devolución. Es importante indicar, que la Corte en el desarrollo que hace respecto a la necesidad de incluir el género como categoría de análisis para la determinación de niños y niñas sujetas de protección internacional, así como para la implementación de medidas de protección integral, considera en gran medida la propuesta las directrices elaboradas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre persecución por razones de género, con lo cual se amplían los motivos de persecución contempladas en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 lo que a su vez conlleva el replanteamiento de la definición de persona refugiada.⁶

5 El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define a la trata de la siguiente forma:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

6 ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: RESPUESTA EN EL MARCO DE SU COMPETENCIA JURISDICCIONAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con base en su competencia jurisdiccional prevista en el Art. 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha conocido y resuelto varios casos relacionados con violaciones de derechos de personas en contextos de movilidad humana, desarrollando el contenido de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Con el desarrollo jurisprudencial se ha ido fortaleciendo la posición del Sistema Interamericano de superar el enfoque de seguridad pública en el tratamiento de la migración y los fenómenos que acompañan a estos procesos.

Si bien no es el propósito de este trabajo hacer un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte, es importante rescatar algunos de los temas desarrollados por este órgano y que obviamente tienen impacto en los derechos de las mujeres en situaciones de movilidad humana. Cabe señalar que aunque la Corte ha desarrollado considerablemente el enfoque de género en el derecho de los derechos humanos, a través de la jurisprudencia, como el caso *Campo Algodonero*, o el de *María da Penha*, en el tema de la movilidad humana, no es posible identificar una línea de análisis desde el enfoque de género, no obstante merece rescatarse algunos aportes que se han hecho, particularmente en casos relacionados a mujeres en situaciones de movilidad humanas.

En la sentencia *Yean y Bosico vs. República Dominicana* (CIDH 2005), la Corte hace un tibio acercamiento al enfoque de género. Este caso se origina en la demanda presentada por las representantes de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, hijas de migrantes haitianos, toda vez que las autoridades del Registro Civil de República Dominicana les negó el registro tardío de nacimiento, a pesar de haber nacido en el territorio de ese Estado y de que la Constitución dominicana, establece el principio de *ius soli* para la determinación de la nacionalidad. Esta omisión estatal las colocó en condición de apátridas, poniéndoles a su vez en una si-

tuación de “extrema vulnerabilidad en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos” (CIDH 2005, párrafo 166). La Corte establece en esta sentencia que el derecho a la nacionalidad constituye un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos, como el de educación.

En el análisis que hace la Corte resalta la gravedad que conlleva las violaciones de derechos humanos cuando las víctimas son niños y señala que la prevalencia del principio de interés superior del niño tiene una función de irradiación en la interpretación de los derechos reconocidos en la Convención, en casos de personas menores de dieciocho años (CIDH 2005, párrafo 134). En cuanto a la inclusión de la categoría de género, se hace solamente una referencia residual sobre la necesidad de que el Estado en cumplimiento de sus obligaciones, considere la condición de niñas mujeres como factores de especial vulnerabilidad: “Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable” (CIDH 2005, párrafo 134).

Por otro lado, en la sentencia del caso *Pacheco Tineo vs. Bolivia* (CIDH 2013), la Corte de forma pionera se pronuncia sobre el derecho a *solicitar y obtener refugio*, y sobre el principio de no devolución,⁷ además da un gran paso en el desarrollo de los estándares de protección internacional a personas en situación de refugio. La Corte sustenta su jurisprudencia en el Art. 22.7 de la Convención Americana que reconoce el derecho de “buscar y recibir asilo”, y si bien reitera que este derecho no asegura que deba reconocer el estatuto de refugiado a la persona solicitante, si establece que es obligación del Estado que la solicitud sea tramitada con las debidas garantías mínimas del debido proceso, por lo tanto si el Estado vulnera este derecho en el procedimiento, los órganos del sistema interamericano estarían facultados a conocer esta situación y establecer si el Estado ha faltado a sus obligaciones generales contempladas en los Art. 1.1 y 2 de la Convención Americana (CIDH

⁷ El caso se relaciona con la expulsión de los miembros de la familia Pacheco Tineo de Bolivia, quienes habían ingresado a Bolivia el 19 de febrero de 2001 y solicitaron el reconocimiento del estatus de refugiados, sin embargo, el Estado Boliviano ni siquiera consideró su solicitud por lo tanto no les dio oportunidad de explicar los fundamentos de su petición, y más bien fueron expulsados a Perú, su país de origen, donde fueron detenidos. El Estado Boliviano omitió considerar que los solicitantes fueron reconocidos como refugiados en Chile.

2013, párrafo 161). La Corte determina además que la observancia de esas obligaciones generales de respeto y garantía, deben realizarse en esta materia a la luz de *corpus juris* de protección internacional, sin que ello signifique una jerarquización de la normativa internacional.

En relación al principio de no devolución, la Corte reconoce obligación de observarlo, no solo en los casos de personas asiladas o refugiadas, sino en todos los casos en que una persona extranjera alegue ante un Estado, el riesgo que le conllevaría un proceso de devolución, en cuyo caso las autoridades deben por lo menos realizar un examen que permita determinar si el riesgo existe (CIDH 2013, párrafo 135-136).

He hecho referencia a esta sentencia por la importancia que reviste en el desarrollo de la institución del refugio como una de las aristas de la movilidad humana. En cuanto al propósito de este trabajo, se puede observar que la Corte no recurre a la categoría de género

para el análisis de este caso, a pesar que tres de las cinco víctimas y que conforman la familia Pacheco Tineo son mujeres. Podría decirse que más bien, subyace en la sentencia una perspectiva *familista*, que según Alda Facio invisibiliza las necesidades de las mujeres identificando sus requerimientos como los de la familia misma (Facio 1992,99). Llama la atención que mediante este fallo no se alcanzan los estándares que se proponen en la Opinión Consultiva OC-21/14 emitida con pocos meses de diferencia, en la cual la Corte consideró que al valorar los requerimientos de protección internacional deben observarse las especificidades de edad, género y origen étnico.

En todo caso, esta sentencia constituye un paso adelante en el desarrollo de los derechos de las personas en movilidad humana, al interpretar el derecho al refugio y el principio de no devolución a la luz de la Convención Americana junto con la normativa internacional derechos humanos de las personas migrantes.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana tiene varios mecanismos para cumplir con sus funciones, uno de ellos es la figura de las Relatorías que están conformadas por miembros de la Comisión. Los relatores están a cargo de elaboración de informes por país o por temas.

La Relatoría de los Derechos de los Migrantes constituida en 1996, amplió su mandato en el 2012 para el “promover el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.”⁸

Esta Relatoría ha elaborado varios informes desde su creación, sin embargo para los fines de este artículo se hará referencia al informe sobre “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México” en razón de la evidente preocupación de la Comisión por incorporar el componente de género en el análisis de los fenómenos migratorios.⁹

En este documento la Comisión reconoce que las mujeres están expuestas a violaciones de derechos humanos, en razón de la histórica violencia y discriminación padecida en razón de su género, por lo que manifiesta su preocupación por la situación de las mujeres migrantes, la cual está invisible tanto en la agenda pública como en los sistemas judiciales de la región (Comisión IDH, párrafo 352).

Destaca la importancia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como *Convención Belém do Pará*, en la cual se reconoce la situación de vulnerabilidad a la violencia que las mujeres sufren en razón de su raza, condición étnica de migrante, refugiada o desplazada, y la correspondiente obligación de los Estados Parte de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia o sancionarla si fuera el caso (Comisión IDH, párrafo 353).

En este sentido la Comisión resalta que las obligaciones de los Estados, de respetar y garantizar los derechos

⁸ Comisión IDH, Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>

⁹ Comisión IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 48/13

y libertades reconocidos en el Art. 1.1 de la Convención Americana, deben ser observadas sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier *otra condición social*, categorización que puede incluir la situación migratoria de una persona (Comisión IDH, párrafo 357).

En cuanto a la obligación de *respetar*, la Comisión destaca que entraña el deber de abstenerse de violar por acción u omisión los derechos reconocidos en la Convención y “en otros instrumentos relevantes” (Comisión IDH, párrafo 362), en este sentido, esta obligación debe observar a su vez el principio de igualdad y no discriminación, por lo que en los procesos de formulación de leyes y políticas migratorias los Estados están obligados a no aplicarlas si están dirigidas, de forma injustificada, a ciertos grupos de personas, aun cuando no se pueda probar que tienen la intención deliberada de discriminarlas (Comisión IDH, párrafo 358).

Por otro lado, en relación a la obligación de *garantizar*, que conlleva la movilización de todo aparato estatal, para generar las estructuras que permitan asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas que están bajo su jurisdicción, la Comisión insiste que esta obligación implica a su vez el deber de los Estados de actuar con debida diligencia para proteger los derechos, así como para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos (Comisión IDH, párrafo 365).

En este sentido y si bien el Derecho Internacional faculta a los Estados a adoptar sus políticas y normativa en el ámbito migratorio, estas “deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de los tratados de derechos humanos que han suscrito a nivel internacional” (Comisión IDH, párrafo 580).

En conclusión, en materia de movilidad humana los Estados no pueden apelar a una discrecionalidad sin límite para imponer medidas migratorias, pues la actuación estatal en este ámbito debe obedecer a las

obligaciones generales de respeto y garantía, que a su vez deben responder al principio de igualdad y no discriminación, cuya observancia permite identificar las necesidades y derechos específicos de las mujeres en contextos de movilidad humana. Un enfoque integral de derechos humanos no puede pasar por alto que en las violaciones de derechos humanos de las mujeres subyacen visiones estereotipadas respecto al rol de las mujeres en la sociedad, perspectiva que afecta en diferente grado a todas las mujeres, pero que tiene connotaciones más graves cuando confluyen otras condiciones como origen étnico, identidad de género, discapacidad, u origen nacional (Vicente 2010, 166-167).

Con motivo de este informe la Comisión hace algunas observaciones importantes respecto a situaciones que afectan particularmente a las mujeres en situaciones de movilidad humana, así por ejemplo se refiere a las condiciones exigidas a las mujeres extranjeras regularizar su condición migratoria mediante visas que las obligan a depender económicamente de sus cónyuges, requisitos que si bien son examinados en el contexto Mexicano, el análisis es pertinente para todos los Estados de la región.¹⁰ La Comisión también cuestiona que las mujeres de otra nacionalidad, que han obtenido la regularización por motivo del matrimonio, se vean obligadas a depender y vivir a lado del cónyuge aún en situaciones de violencia intrafamiliar, lo cual les imposibilita solicitar ayuda a las autoridades por el temor de ser deportadas, además de carecer de recursos para subsistir. Estas circunstancias hacen que sea materialmente imposible que las mujeres puedan por si mismas buscar otro tipo de visado que les permita mantener la regularización de su estatus migratorio que no sea dependiente del cónyuge.¹¹

Otro de los temas que aborda detenidamente la Comisión, es el de la trata de personas cuyas víctimas son mayoritariamente mujeres, al respecto señala que este ilícito constituye una “violación de carácter múltiple, continuado o permanente”¹² que vulnera entre otros, los derechos a la vida, integridad personal, prohibición de la tortura y otras penas o tratos cuales inhumanos o degradantes, libertad, honra, dignidad, libertad de expresión, que están reconocidos en la Convención Americana, en la Convención Belém do Pará y otros

¹⁰ Comisión IDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, párrafo 589

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, párrafo 350

instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos. Además afirma que la trata de personas tiene una connotación particularmente grave cuando se manifiesta en el marco de conductas sistemáticas o toleradas por el Estado.

Como se mencionó al inicio de este trabajo, la regulación internacional de la trata de personas consta en el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que complementa a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por lo que a pesar de contener disposiciones relativas a la protección de víctimas, su lenguaje laxo no compromete decididamente a los Estados con este fin, por ejemplo los artículos 6 y 7 del Protocolo da lugar a que los Estados actúen discrecionalmente en la adopción de medidas efectivas para la protección de víctimas de trata.¹³ Sin embargo la Comisión Interamericana trastoca la posición restrictiva del Protocolo de Palermo al considerar la interpretación amplia que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de ese instrumento: “La Comisión toma nota de lo señalado por el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos en el Caso de *Rantsev vs. Chipre* y Rusia al referirse a las obligaciones de los Estados para garantizar los derechos de los sobrevivientes y de las potenciales víctimas de trata de personas [...]”¹⁴

Esta jurisprudencia determina por un lado, que las medidas adoptadas en la legislación nacional deben ser adecuadas para proteger práctica y efectivamente a las víctimas o potenciales víctimas de trata, y por otro, que además de contemplar disposiciones penales, es deber de los Estados adoptar medidas para regular las actividades comerciales que suelen encubrir la trata de personas. Así mismo, en el ámbito migratorio, las legislaciones deben contemplar “las preocupaciones relevantes relacionadas con la promoción, la facilitación o la tolerancia de la trata de personas” (TEDH 2010).

Con esto, la Comisión hace un salto significativo del enfoque de seguridad al de derechos humanos en el abordaje de la trata de personas y particularmente de mujeres, aportando de esta forma en la formulación de estándares de prevención, investigación y sanción, así como en el de protección de las víctimas.

CONCLUSIONES

1. El rol de la Corte IDH en sus competencias contenciosa y consultiva; y, el de la Comisión IDH en su competencia cuasi contenciosa, ha sido relevante en el desarrollo de los derechos de las personas en movilidad humana, con lo cual se ha ido dando un giro al enfoque securitista con el que se ha abordado tradicionalmente los fenómenos migratorios, perspectiva desde la cual migraciones y a las personas migrantes son consideradas como una amenaza a la seguridad y soberanías estatales, por lo que la respuesta de los Estados ha sido, imponer medidas restrictivas a las migraciones, y criminalizar los flujos “ilegales”. Este tipo de medidas lejos de desalentar la movilidad humana fuera de las fronteras, ha provocado que las personas se enfrenten cada vez a mayores riesgos, lo que ha resultado en el crecimiento de fenómenos como la trata de personas y el tráfico de migrantes lo que a su vez conllevan graves vulneraciones de derechos humanos.
2. La evidente situación de vulneración a la que están expuestas las personas migrantes, ha dado lugar para que la Corte IDH, mediante su competencia consultiva y jurisdiccional haga un desarrollo del contenido de los derechos reconocidos en la Convención Americana, a la luz de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y otros del Derecho Internacional como por ejemplo la Convención sobre el Estatuto de Refugiados en 1951. En esta línea la Corte ha determinado que las obligaciones generales de respeto y garantía, en relación a los derechos de las personas en movilidad humana, deben materializarse en el marco de un *corpus juris* de protección internacional.

¹³ Las disposiciones utilizan fórmulas como “Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno [...]” (Art. 6 numeral 1), “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas [...]” (Art. 6 numeral 3); “Cada Estado Parte se esforzará por prever [...]” (Art. 6 numeral 5); “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas [...]” Art. 7, numeral 1.

¹⁴ Comisión IDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, párrafo 373

3. En relación a la situación específica de las mujeres en contextos de movilidad humana, la inclusión del componente de género no ha estado totalmente ausente en los órganos del Sistema Interamericano, y aunque no ha sido una constante el recurrir a esta categoría analítica, son relevantes los esfuerzos por analizar las situaciones de los derechos de las mujeres migrantes a la luz de instrumentos contractuales específicos, como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, para convertir en la Opinión Consultiva OC-4/84 una de las disposiciones que eran parte de las reformas constitucionales en Costa Rica, por la cual se establecía condiciones para obtener la naturalización a mujeres extranjeras por contraer matrimonio con costarricenses, que no se solicitaban a los varones extranjeros. Así mismo es importante resaltar, la posición de la Relatoría de los Derechos de los Migrantes, al categorizar a la trata de personas como una violación carácter múltiple, continuado o permanente, que vulnera los derechos reconocidos en varios instrumentos internacionales y particular-

mente en la Convención Belém do Pará. También es destacable el avance que se realiza la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-21/14, al considerar como fuente a las Directrices de ACNUR sobre Protección Internacional por motivos de género, para establecer que los Estados deben incorporar en enfoque de género en los procesos de determinación de sujetos de protección internacional, así como en las medidas de protección que debe ofrecerles.

4. Merece también destacar, que el desarrollo alcanzado por la Corte Interamericana en el nivel doctrinario, no se ha logrado plasmar aún en la jurisprudencia del mismo órgano, tal como se evidencia en el caso Pacheco Tineo, en el cual no se plasman los parámetros sobre protección internacional considerando las particularidades de edad y género desarrolladas en la Opinión Consultiva OC-21/14, al contrario, subyace en este fallo una visión familista, bajo lo cual las necesidad de protección de las víctimas de sexo femenino, se subordina a las de la familia en general.

RECOMENDACIONES

1. Es importante problematizar la relación género – derecho, en la reflexión jurídica sobre los derechos humanos de las mujeres que se encuentran en las diversas situaciones de movilidad humana. En el caso ecuatoriano, particularmente tiene relevancia, considerando que ha sido receptor de importantes flujos migratorios en los últimos años, como las provenientes de Colombia, Cuba, Haití y en los últimos años de Venezuela. Importantes porcentajes de estas poblaciones también son solicitantes de refugio o se les ha reconocido el estatus de refugiadas. Así mismo, en estos contextos se han identificado situaciones de tráfico y trata de personas. Recurrir al enfoque de género, no implica solamente una modificación en el lenguaje jurídico, sino considerar los aspectos culturales que colocan a las mujeres migrantes, refugiadas, así como víctimas de trata o tráfico, en condiciones de extrema vulnerabilidad, por lo tanto la aplicación de procedimientos administrativos y judiciales deben considerar estos elementos, para evitar que el Estado incurra en incumplimiento de obligaciones internacionales.

2. En general se reconoce un esfuerzo de los órganos del Sistema para establecer diferenciadamente las vulneraciones de los derechos de las mujeres en contextos de movilidad humana. Se observa también una tendencia a demandar a los Estados la observancia de las obligaciones de respeto y garantía, transversalizando el principio de igualdad y no discriminación, de forma que las necesidades de las mujeres merezcan respuestas efectivas. Podría afirmarse que se ha ido desarrollando estándares específicos para prevenir, investigar y sancionar violaciones de derechos de las mujeres en los contextos de movilidad humana, los cuales deben ser incorporados en el ámbito interno al momento de la adopción de medidas legislativas y de políticas públicas, pues como afirma Christian Curtis “cuando los Estados adoptan un tratado internacional de derechos humanos, no solo quedan obligados por su texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de control establecidos en el propio tratado” (Curtis 2010, 86-87).

BIBLIOGRAFÍA

- Arcenales, Javier y Susy Garbay. 2011. *En el país de la ciudadanía universal, informe sobre movilidad humana*, Quito: Efecto Estudio Creativo.
- Courtis, Christian. 2010. “La Aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por los Tribunales Nacionales. El caso de los derechos de la Mujer”, en Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez, Coord., *Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional*, 85 -128. México: Editorial Fontamara.
- Facio, Alda. 1992. *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis del género en el fenómeno legal*, San José: ILANUD..
- Guillerot, Julie. Reparaciones con perspectiva de género, México, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2009. Disponible en: <http://www.cide.edu/docs/buenas-practicas/equidad-genero/Reparaciones.pdf>
- Mármora, Lelio. 2009. “El Contexto migratorio Sudamerica-Europa: políticas para lograr una gobernabilidad migratoria”, en Richard Salazar edit., *Políticas Migratoria. Hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*, No. 7, 19 -32. Quito: Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional.
- Magliano, María José, y Eduardo E. Domenech. 2009. “Género, política y migración en la agenda global. Transformaciones recientes en la región sudamericana”, en Gioconda Herrera y Jacques Ramírez edit., en *América Latina migrante: estado, familias, identidades*, 49 – 69. Quito: FLACSO–Sede Ecuador. Ministerio de Cultura del Ecuador.
- Vicente, Esther. 2010. “La Comisión y la Corte Interamericana ante los Derechos Humanos de las Mujeres”, en Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez, Coord., *Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional* 149 -174. México: Editorial Fontamara.,
- Normativa internacional**
- OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
- Organización de Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” (1994)
- ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967
- Opiniones consultivas**
- Corte IDH, Opinión consultiva OC OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.
- _____ Opinión consultiva OC-16/99 del 1ero de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.
- _____ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
- _____ Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Jurisprudencia

Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Sentencia de 23 de noviembre de 2012.

_____ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 28 de agosto de 2014.

_____ Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de octubre de 2012.

_____ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

_____ Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

_____ Caso Blake vs. Guatemala. (Reparaciones y costas). Sentencia de 22 de enero de 1999.

_____ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. (Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de mayo de 2001.

_____ Caso Tibi vs. Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

_____ Caso De la Cruz Flores vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

TEDH, Caso de Rantsev vs Chipre y Rusia, (Demanda no. 25965/04), 7 de Enero de 2010.

Sitios web

Comisión IDH, Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>

Comisión Andina de Juristas

<http://cajpe.org.pe/vertice/wp>

PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN EL CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH

BALANCING AND PROPORTIONALITY IN THE CASE KIMEL-ARGENTINA OF THE IACHR

PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE NO CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH

*Carla Espinosa Cueva**

Recibido: 01/08/2016
Aprobado: 13/07/2017

Resumen:

Este artículo se centra en analizar, evaluar y problematizar el empleo de la ponderación y del principio de proporcionalidad con sus respectivos tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como un método racional o razonable en el caso Kimel-Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra.

Palabras clave: Ponderación; Principio de proporcionalidad; Idoneidad; Necesidad; Proporcionalidad; Óptimo de Pareto.

Abstract:

This article focuses to elucidate, evaluate and problematize the use of balancing and the principle of proportionality with their respective three sub-principles: suitability, necessity and proportionality in the narrow sense, as a rational or reasonable method in the case Kimel-Argentina of the Inter-

American Court of Human Rights on collision between freedom of expression and the right to reputation or honor.

Key words: Balancing; principle of proportionality; suitability; necessity; proportionality; optimum of Pareto.

Resumo:

Este artigo se centraliza em analisar, avaliar e problematizar o emprego da ponderação e do princípio de proporcionalidade com seus respectivos do princípio de proporcionalidade com seus respectivos três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estricto, como um método racional ou razoável no caso Kimel-Argentina da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativo a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra.

Palavras chave: Ponderação; princípio de proporcionalidade; Idoneidade; Necessidade; Proporcionalidade; Ótimo de Pareto.

* Doctora en Derecho (PhD) (c) UASB-E; Magíster y Especialista en Derecho Procesal UASB-E, Diplomas en Derechos Humanos y Operaciones Civiles, Atlanta Georgia (USA); Abogada y Doctora en Jurisprudencia PUCE. Docente e investigadora de la UASB (Ecuador y Bolivia) y del IAEN. Autora de libros y artículos relacionados con el Derecho. Actualmente, es Subsecretaria de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca analizar y evaluar cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Kimel-Argentina, emplea la ponderación y la proporcionalidad en relación a la libertad de expresión cuando entra en tensión con otros derechos contenidos en la Convención Americana.

Lo que se evaluará es el empleo técnico del principio de proporcionalidad con sus subprincipios parciales: (1) idoneidad, (2) necesidad y (3) proporcionalidad en sentido estricto. En esta última regla entra la ley de la ponderación, cuyo campo de estudio engloba el análisis de su estructura, razonabilidad y legitimidad.

En la actualidad, se aborda a la ponderación y al principio de proporcionalidad como parámetros de control de la legitimidad de cualquier restricción normativa de los derechos tanto en las jurisdicciones nacionales como internacionales de derechos humanos con el fin de optimizar y armonizar los intereses que entran en colisión. No obstante, el objeto de estudio impone algunas limitaciones, pues hay autores como Prieto Sanchís, Guastini, García Amado o Habermas que, sin adscribirse a teorías o corrientes similares, consideran que la ponderación requiere de niveles elevados de racionalidad y razonabilidad argumentativa difíciles de identificar cualitativa y cuantitativamente, por lo que, en la práctica pierde trascendencia su empleo técnico. En este afán interpretativo que realiza la Corte IDH, resulta interesante abordar la tarea de ponderación de los principios normativos protegidos por la Convención en los que pueda existir una relación de tensión práctica y la aplicación del principio de proporcionalidad, en un caso específico y definir, en último término, su correcta utilización.

No obstante, es necesario analizar si el juicio de ponderación como técnica de aplicación de los derechos fundamentales y que se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad que utiliza la Corte IDH en sus sentencias resultan útiles y conducen a una mejor aplicabilidad de las normas o si, por el contrario, es una técnica intrascendente condicionada por las valoraciones o interpretaciones previas de las normas o preferencias de dicho Tribunal en un espacio temporal, político, social y económico que aumentan la subjetividad y no aportan en mucho a la teoría del derecho. Para ello, este trabajo se centrará en el análisis y valoración del uso del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH.

Por tanto, el objetivo general es realizar un estudio crítico sobre la estructura metodológica de la ponderación y su coherencia discursiva en la sentencia del caso Kimel-Argentina de la Corte IDH relacionado con la libertad de expresión y el derecho a la honra. No obstante, de manera tangencial, se analizarán otros fallos relacionados con este tema, con la finalidad de señalar las notas comunes y equidistantes con los debates actuales desde la teoría y práctica de la Corte.

Este ensayo está estructurado en tres partes. En la primera, se abordará los conflictos normativos, el postulado de la ponderación y la proporcionalidad con sus respectivos subprincipios. La segunda se referirá, a breves rasgos, al caso Kimel-Argentina y reconstruirá el juicio de ponderación efectuado por la Corte IDH para concluir con una evaluación del juicio de ponderación. Por último, se plantearán algunas conclusiones sobre el tema de estudio.

LA PONDERACIÓN Y LA PROPORCIONALIDAD

El fundamento de la teoría de las normas, por una parte, de la subsunción y, por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Por ello, resulta interesante analizar de forma sucinta este tema.

Conflictos entre reglas y principios

Dentro de los criterios de clasificación de las normas que influenciaron el surgimiento de la nueva pro-

puesta conceptual, y que se constituyeron en verdaderas fuentes del Derecho, están: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo.

Por un lado, el *positivismo*, cuyos principales exponentes son Kelsen (1982, 83) y Hart (1980, 99 y ss.) señala que el derecho está constituido por normas jurídicas objetivas, racionales y axiológicamente neutras. Con todo, cabe aclarar que estas nociones del formalismo

o *iuspositivismo* del siglo XIX distan en mucho a la del positivismo actual.

Pero, por otro, aparece aquella clasificación impulsada por las *corrientes valorativas* que las divide en reglas y principios cuyo debate lo inició Ronald Dworkin (1995, 75-8) como una crítica al positivismo jurídico, en especial, de Hart, a quien acusa de concebir al derecho como un sistema compuesto de reglas cuya pertinencia al mismo se determina de acuerdo con la manera en que son creadas (*pedigree*). (Ruiz, s.f., 2 y ss).

Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente (mandatos definitivos o normas condicionadas) (Alexy 2011, 13-4), aunque también pueden revestir una fórmula categórica, por ejemplo, la prohibición absoluta de la tortura. Lo decisivo es que, si una regla tiene validez y es aplicable, constituye un mandato definitivo y se debe hacer lo que ella exige. Si esto se hace, la regla se cumple: si no se hace, la regla se incumple.

Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (mandatos de optimización) y se caracterizan en que pueden ser cumplidos en distintos grados las cuales dependen de cuestiones factuales o normativas (Alexy 2008, 349).

El derecho no solo contiene reglas sino también principios que surgen en el momento de la interpretación-aplicación. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, aplicadas de forma independiente, conducen a resultados distintos. Así: (i) En caso de conflictos entre reglas, la decisión se toma apelando a consideraciones externas o apelando a otras reglas, a través de los distintos criterios, reglas o métodos de interpretación en los cuales se invalida una de las normas o se introduce una regla de excepción. (ii) En caso de conflictos entre reglas y principios, se exige una decisión acorde con el principio, siempre que no existan otros principios que apunten en una dirección contraria. (iii) Por último, en caso de colisiones entre principios, Alexy señala que es necesario apelar a la ponderación.

Puede observarse que, por lo general, se vincula los conflictos entre reglas a la subsunción y de principios a la ponderación. No obstante, este vínculo parecería desmedido, pues no existe ningún obstáculo para resolver un conflicto de reglas mediante la ponderación,

ni para resolver un conflicto de principios de naturaleza constitucional mediante algún mecanismo distinto a la ponderación.

Con todo, es cierto que existen casos en los cuales los métodos tradicionales de interpretación y resolución de casos resultan insuficientes por lo que es necesario a través del balanceo analizar los tres elementos ponderativos, que según Robert Alexy (2008, 349 y ss), resultan fundamentales en la teoría de los principios, que son: (i) un sistema de condiciones de precedencias, (ii) un sistema de estructuras de ponderación y (iii) un sistema de prioridades *prima facie*. Estos aspectos se explican más adelante y se analizan en el caso concreto.

Relaciones funcionales entre la ponderación y la proporcionalidad

En esta sección es necesario centrarnos en la forma como funcionan los principios y las reglas. En la aplicación de normas jurídicas existen dos operaciones fundamentales: la subsunción y la ponderación.

En principio, Alexy señala que las reglas se aplican mediante la subsunción (reglas lógicas) y los principios a través la ponderación (reglas aritméticas), los cuales lejos de coincidir –conforme quedó indicado– resultan útiles para el objeto de este análisis de caso.

Los principios como mandatos de optimización pueden ser cumplidos en diferente grado y medida. Por ello, en casos concretos de colisiones entre principios de distinto pesaje, los resultados varían en favor o en contra de uno de ellos, y prima el de mayor peso. A ello, se denominada *precedencia condicional* (Alexy 2002, 89-95). En decir, existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que se fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso (Pulido 2003, 226).

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas y equivale a sopesar criterios opuestos, es decir, sirve para determinar el grado de afectación de los derechos y su justificación; y, por lo tanto, un instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad (en específico, la regla del examen de proporcionalidad en sentido estricto) a casos concretos.

En cambio, la *proporcionalidad* aparece como una guía en el proceso ponderativo para obtener el resultado satisfactorio o justo, cuando existe un choque de principios en conflicto, esto es, cuando la aplicación de un principio implica la reducción del campo de aplicación del otro.

De lo expuesto, queda claro que la ponderación o balanceo y la proporcionalidad no son instituciones homogéneas pero sí necesarias en la resolución de casos. La primera, es un método decisorio caracterizado por la preexistencia de un conflicto de normas que resulta mediante una relación de precedencia condicionada. La segunda, un modelo de control “posterior” cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada (aplicación del test tripartito), o “previo” con el fin de anticipar el resultado del juicio de control (autocontrol de la proporcionalidad).

El principio de proporcionalidad se descompone en tres reglas parciales que involucran el examen: (i) de idoneidad de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; (ii) de necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin, esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios afectados por el uso de esos medios; y, (iii) de proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique otros valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer (Gaviria 2002, 67).

Los tres subprincipios operan copulativamente, esto es, todos deben ser asumidos para que el precepto normativo se considere legítimo, justo y adecuado. En otras palabras, entre los subprincipios de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y la legitimidad del principio de proporcionalidad, existe una relación de implicación material, de manera que cada uno de los requisitos son condiciones necesarias y no suficientes para que el principio opere de forma correcta.

Los subregla de idoneidad y de necesidad expresan el mandado de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales sin costos para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto, que consiste en mejorar la situación de un individuo por lo menos, sin afectar al resto (Alexy 2008, 349-50). En cambio, el exa-

men de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación. Ahora bien, en el ámbito convencional, la Corte IDH reproduce los subprincipios de proporcionalidad, en el siguiente sentido: (i) *Adecuación* de los medios a los fines; ello significa que los derechos fundamentales contenidos en la CADH, solo pueden ser limitados por un bien protegido de relevancia convencional, y no por intereses de menor relevancia jurídica. (ii) La *necesidad* o intervención mínima exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho convencional y no se la pueda sustituir por otra medida eficaz pero menos gravosa a los derechos humanos. (iii) Por último, la *proporcionalidad en sentido estricto*, examina si la limitación producida al derecho constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado. Cuanto más grave sea la intervención de los derechos fundamentales de las personas afectadas, debe existir una más intensa afectación del interés público que la justifique (Nogueira 2011, 3).

Así, la ponderación plantea tres problemas básicos: el de la estructura, razonabilidad o legitimidad. La estructura se refiere al aspecto metodológico de la ponderación. La razonabilidad a la calidad de los argumentos que justifican la prevalencia de un derecho. Por último, la legitimidad corresponde al grado de aceptación de la decisión. Por supuesto, la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su razonabilidad, y la estructura de la ponderación es decisiva para su razonabilidad (Alexy 2008, 349). El problema del análisis de la estructura de la ponderación es, por tanto, esencial en el derecho.

La estructura de la ponderación

Al igual que el silogismo, la ponderación tiene una estructura compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar esta relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación (Pulido, 2003, 227).

Ley de la ponderación

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Alexy señala que la ley de la ponderación se divide en tres pasos: 1) determinación del grado de no satisfacción de uno de los principios; 2) definición de la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, 3) definición si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción del otro (Alexy 2008, 351-3).

El primero y segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–, mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en el caso concreto puede ser: leve, medio o grave. La misma escala se aplica a la segunda variable relativa al peso abstracto. A lo anterior se agrega una tercera variable, relativa a la proyección de la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación examinada en el caso concreto (Pulido 2003, 228-30).

Estas tres variables: peso concreto, peso abstracto y proyección de la certeza de la apreciación empírica relativas a su afectación, se relacionan con el tercer paso, relativo a si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o restricción del otro, mediante la fórmula del peso.

Fórmula del peso

La fórmula del peso se expresa de la siguiente manera:

$$G_{pi, jc} = \frac{I_{piC} G_{Pia} S_{PiC}}{W_{pjC} G_{PjA} S_{pjC}}$$

Esta fórmula enuncia que el principio (Pi) en relación con el principio (Pj), en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio (Pi) en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra (Pulido, 2003, 229).

Alexy, por último, atribuye los siguientes valores numéricos, como serie geométrica, a las variables referidas a la afectación de los principios en concreto y abstracto: leve ($2^0 = 1$), medio ($2^1 = 2$) y grave ($2^2 = 4$) y añade que la ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta más ventajoso por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva (2008, 364-6). En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les atribuye los valores: seguro ($2^0 = 1$), plausible ($2^{-1} = 0,5$) y no evidentemente falso ($2^{-2} = 0,25$).

Cargas de argumentación

Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($G_{Pi, jc} = G_{Pj, ic}$). En este punto se sostiene que Alexy se inclina hacia lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios. (Pulido, 2003, 231-2).

En definitiva, para Alexy, es posible hacer juicios racionales y razonables a través del análisis de la estructura de la ponderación estableciendo grados de intensidad e importancia en los principios que entran en colisión, en contraposición a opiniones como las de Habermas, García Amado y Schlink que sostienen que la ponderación es arbitraria, excesiva e irracional.

PONDERACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH

Esta sección analiza el caso Kimel-Argentina en la jurisprudencia de la Corte IDH relativo a libertad de expresión. Para ello, se parte del estudio de lo que constituye el núcleo duro de los derechos. Luego, se lo

aborda en el contexto de la libertad de expresión, para concluir con el análisis de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad de este caso desde la jurisprudencia de la Corte IDH.

Núcleo duro de los derechos

El núcleo duro de derechos humanos hace referencia a aquel grupo de derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos, que no se pueden limitar o restringir en caso alguno. Se encuentran contenidos en los artículos: 27.2 de la Convención ADH; 4.2 del PIDCP; 3 común de los Cuatro Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario; y, 15.2 de la CEDH (Grossman 1990, 175; Grossman 2007, 165-84).

En cambio, los derechos restringibles deben considerarse dentro de dos situaciones que también son diferenciadas tanto por la Convención como por el PIDCP, esto es, en estados de anormalidad y normalidad.

El primero, de forma estricta, se refiere a aquellos momentos de guerra, peligro público o de otra amenaza a la independencia o seguridad del Estado (artículo 27.1 de CADH) o de situaciones que pongan en peligro la vida de la nación (artículo 4 PIDCP).

Por otra parte, en escenarios de normalidad, las limitaciones establecidas en la CADH (art. 27) y el PIDCP, están sujetas a ciertos requisitos, incluida la libertad de expresión. De manera general, el artículo 30 de la CADH, señala que las restricciones permitidas deben aplicarse conforme con la ley por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En resumen, los requisitos necesarios en situaciones particulares para restringir los derechos en casos de normalidad son: (i) que conste en una ley en sentido formal y material; (ii) que se presente con el objeto de proteger la seguridad nacional, el orden público o, derechos y libertades públicas; y (iii) que se aplique el principio de proporcionalidad (Grossman 2007, 170-80; Fernández Segado 1990, 100 y ss).

Con relación a este punto, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-8/87, relativa al Amparo (25.1) y Hábeas Corpus (7.6) bajo Suspensión de Garantías, sobre la protección a los derechos y libertades que no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, de forma expresa señala:

21. Resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido

a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso.

Asimismo, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-9/87 señala las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH).

Contenido, alcance y restricción del derecho a la libertad de expresión

En general, si bien es válido sostener que el ejercicio de los derechos garantizados por la CADH debe armonizarse con el bien común. Ello no indica que el artículo 32.2 sea aplicable en forma idéntica a todos los derechos que la Convención proteja, en especial, de aquellos en que se especifican taxativamente las causas legítimas en que se pueden fundar sus restricciones. Así, los casos de libertad de expresión son susceptibles de limitación, según se ajusten o no a los términos en que dichas restricciones estén autorizadas por el artículo 13.2 de la CADH (García y Gonza 2007, 30). Con todo, esto no significa que la libertad de expresión (arts. 13 y 14 CADH y 4 DADH) no constituya un valor fundamental de la democracia, en especial en países con frágiles separaciones de poderes, pues permite reafirmar la igualdad y la transparencia (Claudio Grossman 2007, 150-61).

Los requisitos que debe satisfacer una restricción en esta materia, son: (i) Fijación legal expresa. (ii) Establecimiento de un objetivo legítimo que asegure: (1) el respeto a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas y, (2) que la medida sea proporcional al interés que la justifica interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Corte IDH. Caso Herrera Ulloa y otros).

La jurisprudencia de la Corte IDH, en materia de libertad de expresión, ha aplicado el principio de proporcionalidad en diversas etapas. La primera, en la Opinión Consultiva OC-5/85 (Colegiación Obligatoria de Periodistas), en la cual se utilizan los subprincipios de la proporcionalidad conforme la dogmática alemana para determinar la restricción del derecho a la libertad de expresión (art. 13 CADH, párrafo 79).

La segunda, en casos contenciosos, como la Última Tentación de Cristo, en los que aún no aplica ni el principio de proporcionalidad ni la ponderación, sino la subsunción, en la medida que el artículo 13 de la CADH determina la regla de prohibición de censura previa y solo posibilita responsabilidades ulteriores (Nogueira, 2011, 125).

En la tercera etapa, la Corte IDH empieza a utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad para los casos de conflictos del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra. Así, en los casos Herrera Ulloa (párrafo 120-3), Ricardo Canese (párrafo 96) y López Álvarez (párrafo 68), este tribunal muestra una tendencia creciente hacia la utilización del principio de proporcionalidad en estas materias, independientemente de la aplicación de la ponderación como técnica de resolución de conflictos entre principios.

Luego, en una última etapa, la Corte IDH incrementa la actividad argumentativa e interpretativa en materia de libertad de expresión. Así, en los casos Kimel (párrs. 51 a 103), Fontavecchia (párrs. 51-6) y Mémoli (párrafo 130), la labor ponderativa se tecnifica y aparecen nuevas aplicaciones del concepto de proporcionalidad con sus subprincipios con el fin de anticipar el resultado del juicio de control de este Tribunal.

Incluso, se comienza a plantear, aunque de forma incipiente, los tres problemas básicos que se deben tomar en consideración en la ponderación, esto es: la estructura, racionalidad y legitimidad (Alexy 2008, 349). Con todo, al hablar de la falta de tecnicidad de los argumentos empleados por la Corte IDH no se hace alusión al uso de argumentos menos rigurosos, sino que el método de balanceo utilizado no sigue los criterios adoptados, en especial, por Alexy, conforme se señalará en los siguientes párrafos en el análisis del caso Kimel-Argentina.

Caso Kimel-Argentina

Este caso tiene lugar en 1989 cuando Eduardo Kimel publica un libro sobre “La masacre de San Patrio”, en el cual se analiza el asesinato de cinco religiosos de la orden palotina durante la dictadura militar de 1976. El juzgador aludido en 1991 entabla una acción penal en su contra por el delito de calumnia y luego por injurias, la cual culmina con la condena en firme a Kimel.

En el año 2000, el CELS y CEJIL presentan una denuncia contra Argentina ante la Comisión IDH por violación de este de las obligaciones del artículo 13 de la CADH relativas a la libertad de expresión. Luego, la Comisión decide someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte IDH, el año 2007. En el escrito de contestación a la demanda el Estado argentino se allana a la demanda y efectúa un reconocimiento de responsabilidad internacional. No obstante, la Corte IDH, decide emitir sentencia, como una forma de reparación a Kimel.

En el análisis del caso, la Corte IDH realiza un examen de proporcionalidad con sus subprincipios y utiliza el método de ponderación para balancear los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la honra, conforme se analiza a continuación.

Uso y alcance de la proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH sobre libertad de expresión

Las consideraciones conceptuales anteriores permiten examinar con mayor claridad los distintos problemas jurídicos a los que se enfrenta la Corte IDH en el caso Kimel-Argentina, incluido el voto concurrente razonado de Diego García-Sayán (2008, párrafos 2-4).

Según lo constatado en el expediente, resulta evidente que la información expresada por el señor Kimel en este caso se encontraba dentro del ejercicio regular de un derecho y que la sanción penal establecida contra él fue desproporcionada.

Ahora bien, la metodología y argumentos empleados por la Corte IDH en este caso, señalan que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra son de suma importancia y, por ello, es necesario garantizar ambos mediante la debida observancia de los límites fijados por la propia CADH, mediante criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

51. [...] En este sentido, *la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad*. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e in-

tensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio (Corte IDH, 2008).

En este sentido, en el Caso Kimel-Argentina, la Corte realizó un verdadero test de razonabilidad al señalar:

58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión. (Corte IDH, 2008).

Así, la Corte resuelve el caso a través de la aplicación de la ponderación entre los principios: libertad de expresión y derecho a la honra y decide sobre la prevalencia de uno de ellos en el caso concreto, a la luz de la Convención. El análisis de la justificación ha sido decantado por la Corte a través de la razonabilidad, fundada en la ponderación, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con sus respectivos subprincipios, conforme se analiza a continuación.

Estos elementos también son abordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos: *Arrêt Marckx v. Belgique* 1979, *Mamere v. Francia*, *Vural v. Turkey* 2014, *Semir Güzel v. Turkey* 2016, *Karácsony and Others v. Hungary* 2016, *Norikova and Others v. Russia* 2016, *Döner and Others v. Turkey* 2017, entre otros.

Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción

En la verificación de la legalidad estricta que es preciso observar al momento de restringir la libertad de expresión por la vía penal, la Corte IDH en el caso Kimel-Argentina (2008), consideró:

63. [...] es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa [...].

No obstante, la Corte IDH resaltó que la “deficiente regulación penal” que sanciona las calumnias y las injurias en materia de libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la CADH, así como contraviene los artículos 9 y 13.1 de la CADH.

Es decir, la Corte IDH se pronuncia sobre el primer requisito que debe satisfacer una restricción en esta materia, esto es, que debe ser expresa, taxativa y previamente fijada por una ley, tanto en sentido formal como material, con el fin de brindar seguridad jurídica y concluye que frente a la deficiente regulación penal, debido a la presencia de una indeterminación semántica por vaguedad que incluso podría degenerar en una ambigüedad, existe una violación de los artículos 9 y 13.1 de la Convención. Además, entra a analizar los requisitos restantes.

Finalidad e idoneidad de la restricción

Si bien la Corte IDH consideró que la sanción impuesta a Kimel tuvo “el propósito legítimo de proteger el honor de un funcionario público” (artículos 11 y 13.2 a. convencional); no obstante, puntualizó que “los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas que los particulares” ya que el control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos, incluidos quienes trabajan en la administración de la justicia (párrafo 68-70).

En consecuencia, la Corte consideró que la protección de la honra de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho

objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en este caso, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá a continuación.

Necesidad de la vía utilizada

En esta parte se procede a examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas.

Para la Corte IDH (párrafo 72), toda sociedad que se reputa democrática debe aplicar el poder punitivo de forma restrictiva y necesaria para la protección de los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Así, resulta necesario conciliar de forma razonable las exigencias de la libertad de expresión con el derecho a la honra y el principio de mínima intervención penal, para lo cual es necesario ponderar la extrema gravedad de la conducta desplegada por el señor Kimel, el supuesto dolo con el que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma excepcional, medidas penales.

En este orden de consideraciones, la Corte (párrafo 76) concluyó que *la sanción penal impuesta es excesiva, abusiva e innecesaria* ya que el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas como la “imposición de sanciones civiles”, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso se considera si la restricción resulta proporcional al interés que la justifica y al logro de ese objetivo, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación en perjuicio de otros principios fundamentales (párrafo 83).

En este caso, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin

hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para ello, la Corte IDH, consideró necesario analizar: (i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y, (iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Así, la Corte señaló que el grado de afectación de la libertad de expresión por la crítica realizada por Kimel en temas de interés público, mediante la imposición de una sanción penal, la inscripción en el libro de antecedentes penales y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta en este caso fueron “graves” (párrafo 85).

Respecto al derecho a la honra, la Corte señaló que este debe ejercerse con mayor tolerancia (García y Gonza 2007), ya que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica con el fin de fomentar la transparencia y la responsabilidad en el ejercicio de la gestión pública (Corte IDH, Casos Ricardo Canese y otros), más aún si se trata de un tema de interés público del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina y que no tenía relación con la vida personal del juez querellante.

Sobre esto, la Corte concluyó que la afectación a la libertad de expresión de Kimel fue desproporcionada y excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra (párrafo 86-95), pues la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en el derecho a la honra en detrimento de la libertad de expresión.

Por ello, se concluye que la labor de la Corte IDH en este caso cambia el panorama normativo y se adapta la labor argumentativa en función de los nuevos contextos sociales de la región. En ese sentido, la función jurisprudencial ya no se concibe como una simple operación jurídica de soluciones específicas en el marco de normas especiales, sino que utiliza nuevas herramientas y técnicas de argumentación e interpretación jurídica que buscan la armonización de principios en conflicto en torno a los derechos humanos.

Sin embargo, es necesario que su utilización sea técnica y prudente. De lo contrario, puede conducir a re-

sultados indeseables, en donde existan no verdaderas motivaciones sino argumentos pobres que no conducen al acrecentamiento de la jurisprudencia ni del derecho.

Por ello, hubiera sido útil que la Corte IDH en este caso explique, más detenidamente, el discernimiento utilizado para la identificación de los derechos convencionales que presentan tensión, atribuyéndoles una valoración específica a cada uno conforme con las circunstancias del caso y el grado de cumplimiento del principio y el grado de perjuicio para el derecho contrario, para que la decisión prevalente tenga mayor sostenimiento.

Esto es, se debió ponderar de forma casuística el daño que causó la crítica que realizó Kimel, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, al derecho a la honra del juzgador argentino a través de la ley de la ponderación como parte del análisis de la estructura ponderativa. Luego, se debió analizar la fórmula del

peso con sus tres variables: peso concreto, peso abstracto y proyección de la certeza de la apreciación empírica relativas a su afectación, y conforme las distintas intensidades de cada una de ellas. Y, por último, se debió referir al tema de las cargas argumentativas.

En otras palabras, la Corte IDH debió realizar un análisis global de las estructuras ponderativas para dotar de mayor legitimidad y razonabilidad a su decisión o, por el contrario, debió indicar las razones de la segmentación de los elementos de las estructuras ponderativas. Con ello, sin embargo, no se considera que todos los casos deben tomar en cuenta el esquema de Alexy, sino que es necesario argumentar la razón de la exclusión de las mismas, pues parecería que no existe una familiarización absoluta con esta técnica de balanceo.

En este sentido, sería útil utilizar otros criterios o métodos de interpretación vigentes en nuestro sistema ju-

CONCLUSIONES

rídico de derechos humanos para la justificación de las decisiones incluida la técnica de los precedentes.

Del análisis anterior podemos concluir lo siguiente:

1. Es necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia diferencien, de forma más precisa, a la ponderación frente a la proporcionalidad, ya que son instituciones heterogéneas. La primera es un método decisorio caracterizado por la preexistencia de un conflicto de normas que resulta mediante una relación de precedencia condicionada. La segunda, un método de control "posterior" cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada (aplicación del test tripartito), o "previo" con el fin de anticipar el resultado del juicio de control (autocontrol de la proporcionalidad).
2. La utilización más o menos técnica de la ponderación, como juicio comparativo de valor, en los casos investigados en la Corte IDH, no es directamente proporcional a la interpretación, ya que, en esta parte, no se atribuye un significado a las normas de la colisión. Por el contrario, puede ocurrir que algunos casos con poca técnica ponderativa sean mejor argumentados que aquellos con elevados niveles de tecnicidad, pues es la conciencia valorativa del Tribunal la que determina lo que será objeto de pesaje y su resultado final.
3. Si bien en el caso Kimel-Argentina y Mémoli-Argentina, la labor ponderativa se tecnifica y aparecen nuevas aplicaciones del concepto de proporcionalidad con sus subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a manera de aplicación del test tripartito con el fin de anticipar el resultado del juicio de control de la Corte, ello no significa que su utilización fue la correcta.
4. Si bien la sentencia Kimel intenta abordar el tema de la ponderación, lo hace de forma muy sintética, sin ninguna explicación de porqué utiliza o no determinadas herramientas en su labor de balanceo de los principios.
5. Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte EuropeaDH, abordan el tema de la proporcionalidad con sus tres subprin-

BIBLIOGRAFÍA

- cipios ninguna llega a explicar a profundidad los criterios previos que utilizan para la interpretación y justificación de su pesaje.
- Alexy, Robert. 2002. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 2008. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya, Álvaro y Rodríguez, Javier. 2004. *El núcleo duro de los derechos humanos: práctica jurídica en Colombia 1991-2004*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Atienza, Manuel. 2005. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.bibliojuridica.org> (consultada el 08 de octubre de 2015).
- _____. 2012. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003. *Estructura y Límites de la ponderación*, DOXA, No. 26.
- Carbonell, Miguel, edit. 2008. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Dworkin, Ronald. 1995. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 2004. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández Segado, Francisco, “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva Época)*, No. 70, 1990.
- García Amado, Juan. s.f. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. León: Universidad de León. <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>> (consultada el 08 de octubre de 2015).
- _____. s.f. *Interpretar, argumentar, decidir*. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/interpretar-argumentar-decidir.pdf> (consultada el 08 de octubre de 2015).
- García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra. 2007. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José: CIDH.
- Grossman, Claudio. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José, s.e., 2007.
- Guastini, Ricardo. 2007. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Año 2, No. 08 (631-7). Lima: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf (consultada el 08 de octubre de 2015).
- Hart, Herbert. 1980. *El Concepto de Derecho*. Trad. y edit. por Genaro Carrió. México: Editora Nacional.
- López Medina, Diego. 2014. *Interpretación Constitucional*. 2ª ed. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/Interpretacion-Constitucional-EJ.pdf> (consultada el 03 de marzo de 2014).
- Kelsen, Hans. 1982. *Teoría Pura del Derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/8.pdf> (consultada el 08 de octubre de 2015).

- Martínez, David. 2010. *Metodología jurídica y argumentación*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, Carlos Santiago. 2007. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Vol 15 de Colección mayor Filosofía y Derecho. Buenos Aires: Astrea.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2011. “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”. En *Estudios constitucionales* [online]. Vol.9, No. 1, 119-156.
- Pérez Royo, Javier. 2014. *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, Luis. 2009. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta.
- Ruiz Ruiz, Ramón. s.f. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. En *Urbe et Ius: Universidad de Jaén*. <http://es.scribd.com/doc/153259866/Ruiz-Ruiz-Ramon-Reglas-y-Principios#scribd>.

PODER CONSTITUYENTE Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONSTITUENT POWERS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

PODER CONSTITUINTE E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*Jorge Benavides Ordóñez**
Universidad de las Américas

Recibido: 25/05/2017
Aprobado: 17/07/2017

Resumen:

El artículo pretende determinar ¿en qué medida el ejercicio del poder constituyente originario se encuentra condicionado por el Derecho internacional de los derechos humanos? En este sentido se sostiene que la comprensión actual del poder constituyente, se ha ido apartando paulatinamente de su significación revolucionaria decimonónica. Se señala así que, aun cuando se prevea por parte de algunas constituciones, entre ellas la de Ecuador, la figura de asambleas constituyentes, estas últimas estarían vinculadas formalmente a los textos constitucionales que van a sustituir, no así en cuanto al contenido de sus decisiones. Se destaca, además, la efectividad que suponen los tratados internacionales de derechos, así como la actuación de los órganos internacionales de protección en su función de guardianes de los límites heterónomos materiales.

Palabras clave: Poder constituyente originario; Derechos humanos; Soberanía; Límites heterónomos; Internacionalización del Derecho.

Abstract:

In this article the analysis focuses to determine to what extent the exercise of the original constituent power is conditioned by the international law of human rights? In this sense, it is argued that the current understanding of constituent power has gradually departed from its nineteenth-century revolutionary significance. It is pointed out that, even if constitutional assemblies are foreseen by some constitutions, the latter are formally bound to the constitutional texts that

they are going to replace, but not in the content of their decisions. It also highlights the effectiveness of international treaties on rights, as well as the actions of international protection bodies in their role as guardians of heteronomous material boundaries.

Key words: Original constituent power; Human rights; Sovereignty; Heteronomous boundaries; Internationalization of law.

Resumo:

O artigo pretende determinar em que medida o exercício do poder constituinte originário está condicionado pelo Direito internacional dos direitos humanos? Neste sentido se sustenta que a compreensão atual do poder constituinte, foi se separando paulatinamente de seu significado revolucionário do século XIX. Demarca-se que, ainda quando se preveja por parte de algumas constituições, entre elas a do Equador, a figura de assembleias constituintes, estas últimas estariam vinculadas formalmente aos textos constitucionais que vão substituir, não assim em quanto ao conteúdo de suas decisões. Destaca-se, além disso, a efetividade que supõem os tratados internacionais de direitos, assim como a atuação dos órgãos internacionais de proteção em sua função de guardiães dos limites heterónomos materiais.

Palavras chave: Poder constituinte, Direitos humanos; Soberania; Limites heterónomos; Internacionalização do Direito.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. PhD en Derecho Constitucional. Máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla. Diploma Superior en Derecho Constitucional, UASB-E. Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: j.benavides@udlanet.ec

INTRODUCCIÓN

La comprensión del poder constituyente como prejurídico, plenipotenciario y, por ello, carente de límites, en la medida en que se configura como expresión directa la soberanía popular fue acuñado en la Revolución Francesa¹. Sin embargo, como es harto conocido, dicha forma de entender al poder constituyente en la actualidad ha sufrido fuertes reparos. Ello se debe, principalmente, al triunfo del Estado constitucional el cual supone, entre otras cosas, la garantía efectiva de los derechos de las personas al interior de su comunidad política. Así, el objetivo de garantizar derechos por medio de la limitación del poder pasó de convertirse en un cometido puertas adentro del Estado, a una finalidad que concitó el interés y la participación de la comunidad internacional en su conjunto, la cual acudió a la firma de tratados internacionales como medio para garantizar los derechos humanos a una escala regional así como mundial.

A pesar de que lo dicho en las líneas precedentes es ampliamente compartido, no se puede ocultar que la imposición de límites internacionales al ejercicio del poder constituyente originario implica algunas complejidades para el entendimiento del poder soberano de los Estados. No obstante, en la medida en que dichos límites se concentren, principalmente, en el respeto a los derechos humanos, dichas complejidades

pueden ser atenuadas, toda vez que el fin ulterior del Estado constitucional y lo que otorga legitimidad a su accionar es la protección de los derechos y libertades individuales.

En este sentido, en este manuscrito se pretende determinar ¿en qué medida el ejercicio del poder constituyente originario se encuentra condicionado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Con este objetivo, en el primer apartado del artículo se discutirá respecto a la clásica distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido. Posteriormente, analizaremos cómo en algunos de los actuales textos constitucionales de América Latina, entre ellos el de Ecuador, ha surgido una tendencia a regular dentro de su propia normativa la activación del poder constituyente originario. Seguidamente, reflexionaremos respecto a la relación entre el poder constituyente originario y los derechos humanos. En este sentido luego de abordar algunos aspectos teóricos de la relación acudiremos a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para aclarar dicha relación desde un enfoque jurisdiccional. Por último, nos referiremos a los fundamentos del porqué de la limitación del poder constituyente originario por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO

La distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido es un aspecto central de la dogmática constitucional (Bockenforde 2000, 161), en la medida en que nos permite determinar cuándo estamos frente a la modificación del contenido esencial de la Constitución, llevada a cabo por parte del constituyente originario, y cuándo nos encontramos ante una reforma constitucional de menor calado, instrumentalizada a través del constituyente constituido.

Dicha diferenciación obedece al hecho de que el poder constituyente originario al tratarse de un poder previo

que crea la Constitución, su regulación no se encontraría enmarcada dentro del texto constitucional, toda vez que actúa en una situación prejurídica; de ello se deduce, a su vez, el carácter ilimitado del poder constituyente originario. Por el contrario, el poder constituyente constituido nace de la propia Constitución y, con ello, su actuación se halla debidamente desarrollada por aquella. En consecuencia, el poder constituyente constituido es un poder esencialmente limitado.

La distinción entre poder constituyente originario y poderes constituidos, como es bien sabido, fue tempranamente observada en la Francia del siglo XVIII

¹ De entre la abundante literatura al respecto, véase el trabajo de Pedro de Vega. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

por Sieyès, cuando diferenció al poder constituyente originario como un poder radical a quien le pertenece la atribución de otorgar una Constitución y cuya titularidad sólo puede residir en la nación; de ahí, precisamente su carácter apriorístico y libre de toda cortapisa normativa. Mientras que los poderes constituidos o derivados son creados por la Constitución y no artifices de ella, lo cual da como resultado su sometimiento estricto a la Constitución (Garrorena 2014, 41).

Es pertinente precisar que en la experiencia norteamericana del poder constituyente, acaecida unos años antes que la francesa, se dio, a diferencia de los europeos sin mayores inconvenientes, toda vez que se pudo conjugar desde un inicio y de forma espontánea la construcción doctrinal y práctica del poder constituyente, debido a que en tierras americanas no se tuvo que acabar con el antiguo régimen (Pérez Royo 2007, 100). Otra diferencia vendría dada por el hecho de que fue en Francia, de la mano de Sieyès, en donde se desarrollaron con denuedo las construcciones teóricas del poder constituyente, mientras que la implementación práctica del poder constituyente en Norteamérica tuvo como antecedente la rica tradición de organización política llevada a cabo por las Colonias por medio de los *covenants*.

La diferencia, en suma, entre el poder constituyente en su versión originaria respecto a la versión constituida, viene dada en que en su variante originaria se trata de un poder que se justifica a sí mismo, con lo cual su fundamento no es jurídico sino existencial (De Vega 1985, 28-29). De ahí que la Constitución se apoye en la decisión política surgida de un ser político existencial y no abstracto, a saber el poder constituyente originario (Schmitt 2011, 184).

Sin embargo, es necesario tener presente que la premisa de la ilimitabilidad del poder constituyente originario, no supone tampoco, que nos encontremos frente a un poder arbitrario o caprichoso (Bockenforde 2000, 176), toda vez que su finalidad es la creación de la Constitución y, en esa medida, su actuación comporta un compromiso con la limitación del poder en aras de la protección de los derechos individuales.

En este sentido se han establecido límites a la actuación del poder constituyente originario, los cuales pueden ser autónomos o heterónomos. Hablamos principalmente de límites autónomos cuando nos si-

tuamos frente al respeto que debe observar el constituyente ante aquellos presupuestos básicos que debe contener cualquier Constitución. Dichos presupuestos son descritos de modo claro por el artículo 16, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el sentido de que cualquier sociedad en la que no se garantice los derechos ni se determine la separación de poderes carecería de texto constitucional. En otras palabras, los límites autónomos vienen dados por la implicaciones del concepto mismo de Constitución.

De otro lado, de entre los distintos límites heterónomos nos referiremos a aquellos que nos llegan desde fuera de las fronteras estatales, hablamos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Asunto central del manuscrito sobre el que volveremos más adelante.

El poder constituyente cuyo titular indiscutible es el pueblo es un concepto clave de la teoría política moderna porque permitió primero, sobre el principio de la soberanía nacional y luego, sobre el principio de la soberanía popular, a las sociedades surgidas en el siglo XVIII organizarse de acuerdo al ideal del autogobierno; premisa que se mantiene hasta nuestros días.

El poder constituyente, adicionalmente, trajo consigo una comprensión secularizadora de las relaciones políticas centradas en el individuo más que en la divinidad; sin embargo, se debe señalar también que el poder constituyente transfirió los atributos de la divinidad al pueblo (Pisarello 2012, 37). Como señalara Schmitt, los conceptos centrales de la teoría política moderna son teológicos secularizados (Schmitt 2009, 37).

Es, pues, gracias al principio de soberanía popular que las Constituciones son textos supremos, tanto en lo político por la legitimidad del que están revestidas al ser producto del libre consenso de los ciudadanos, así como en lo jurídico, condición que, entre otras cosas, implica que las normas infraconstitucionales deberán guardar conformidad formal y material con el texto constitucional, caso contrario deberán ser declaradas inválidas.

En definitiva, el poder constituyente originario es un concepto del que no se puede prescindir, toda vez que, como señala Bockenforde, aparece como aquella fuerza política que origina, mantiene y cancela la

Constitución en su pretensión normativa de validez, se diferencia así de los poderes constituidos, ya que los

precede y los condiciona en su ejercicio (Bockenforde 2000, 163).

LA REGULACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN ALGUNOS MARCOS CONSTITUCIONALES ACTUALES

En las democracias modernas la forma de actuación del poder constituyente originario se ha dado, principalmente, por medio de Asambleas Nacionales Constituyentes. No obstante, como advierte Schmitt, existen algunas variantes que combinan algunos elementos, de ahí que el teórico alemán sostenga al menos cuatro maneras de expresión del poder constituyente originario (Schmitt 2011, 133-136).

La primera alude a la instalación de una Asamblea Constituyente que, siendo elegida por sufragio ciudadano, una vez que aprueba el texto constitucional, pone en vigor por sí misma dicho texto sin necesidad de referéndum popular ratificatorio. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo sería la Constitución de 1998.

La segunda forma de actuación señala la instalación de una Asamblea constituyente que siendo elegida por sufragio ciudadano, una vez que aprueba el texto constitucional precisa necesariamente de referéndum popular ratificatorio para que pueda entrar en vigor la nueva Constitución. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo sería la Constitución de 2008.

La tercera variante de actuación apunta a un proyecto de texto constitucional que, siendo preparado por un órgano político constituido, para entrar en vigor precisa de la aprobación popular por medio de referéndum. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo sería la Constitución de 1978.

La cuarta forma de actuación del poder constituyente originario es discutible en términos jurídicos, toda vez que alude a una utilización inadecuada de un instrumento de democracia directa por parte de los gobernantes para modificar aspectos centrales de la Constitución. Es decir, se utiliza el referéndum para legitimar una decisión política del gobernante en funciones, sin respetar contenidos y procedimientos de reforma previstos en el texto constitucional. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo serían las modificaciones

de 2011 a la Constitución de 2008, respecto al Consejo de la Judicatura de Transición.

En cuanto al poder constituyente constituido, ciertamente, en el constitucionalismo actual la previsión de cláusulas de reforma constitucional no supone novedad, al contrario, es una exigencia de cualquier Constitución democrática. En este sentido, la reforma constitucional con base en el principio de soberanía popular tuvo prontamente en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la primera manifestación de un procedimiento debidamente reglado.

Sin embargo, en los días que corren, el que algunas Constituciones regulen la activación del poder constituyente originario dentro del propio texto constitucional, sí implica novedad. Innovación que, concomitantemente, ha ido de la mano de textos constitucionales que asumen un fuerte compromiso con el cumplimiento de los dictados provenientes del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Así, en los últimos años varios textos constitucionales de América Latina han previsto también la revisión total de la Constitución por medio de Asamblea Constituyente, tal es el caso de Colombia (art. 376), Bolivia (art. 411), Venezuela (art. 347) y Ecuador (art. 444) (Benavides, p. 59). Asimismo, la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se puede observar en los referidos textos constitucionales, a modo ejemplificativo diremos en Colombia (art. 93), en Bolivia (art. 13.3), en Venezuela (art. 19) y en Ecuador (art. 3.1).

Lo dicho hasta el momento supone algunas reflexiones. La expresa previsión del poder constituyente originario en la Constitución es polémica, ya sea, porque es difícil comprender cómo un poder originario, una fuerza política que precede a la Constitución pueda ser prevista por esta última; o, por el hecho de cómo se protegería el propio texto constitucional de una fuerza política que en principio no contempla límite jurídico alguno en su actuación. Además que, por otro lado, se podría asumir que el poder constituyente originario

en su ejercicio se encontraría limitado *a priori* por el Derecho.

Tal vez ensayando una respuesta a dichas preocupaciones diríamos que el poder constituyente tanto en su variante originaria como constituida actúa en el marco de la democracia constitucional, modelo según el cual se define a la democracia en términos de derechos de libertad, políticos, sociales y de cuarta generación (Barberis 2015, 81). Y, en este sentido, al ser el objetivo del poder constituyente originario la creación del texto constitucional, documento que garantiza la libertad, podría por voluntad del constituyente quedar configurado formalmente en la Constitución, dando señales de una suerte de dimensión normativa de un poder que en principio es existencial. Como señala Laporta el poder en sus formas más importantes de expresión es un fenómeno complejo, de carácter colectivo y no individual, de ahí que no se lo pueda tratar como puros hechos particulares; el poder da cuenta de un fenómeno público en donde tienen presencia las normas sociales (Laporta 1997, 446). En este orden de consi-

deraciones sugerimos que el poder constituyente no es sólo existencia, ya que al tratarse de un fenómeno colectivo está sujeto a determinadas pautas normativas de carácter social.

Ahora bien, se debe dejar sentado que la vinculación del constituyente originario se da en términos formales o procedimentales, es decir, que la regulación de Asambleas constituyentes en los textos que a van a sustituir no supone que se pueda limitar en cuanto a los contenidos de las decisiones del constituyente originario. En todo caso consideramos también que la regulación en el propio texto constitucional ha contribuido a morigerar el carácter extraordinario del constituyente originario, estableciendo una vinculación procedimental para su activación. Como por ejemplo, en el caso de Ecuador el hecho de que una Asamblea Constituyente debe nacer necesariamente por consulta popular, situación que no es expresa en el caso venezolano y abrió paso a la convocatoria directa a una Asamblea Constituyente vía Decreto ejecutivo.

LA RELACIÓN ENTRE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DERECHOS HUMANOS

La relación entre poder constituyente originario y derechos humanos es compleja, entre otras cosas porque en la base de la Constitución se encuentran en disputa dos principios sin los cuales aquella no podría existir. Entre dichos principios existe una tensión muy difícil de saldar definitivamente, nos referimos a la pugna entre el principio de soberanía popular, es decir, el elemento democrático que legitima la Constitución, y el principio de supremacía constitucional, a saber, el elemento jurídico por medio del cual se limita el poder de las mayorías con el fin de garantizar los derechos.

Una solución ensayada para resolver la tensión referida, como afirma De Vega, venía dada por Kelsen, cuando señalaba que la Constitución se mostraba como ley suprema en sustitución del poder soberano del pueblo aletargado, dando como resultado la soberanía del Derecho y de la Constitución. Debido a que una vez aprobada la Constitución por el pueblo, todos los poderes pasan a ser constituidos, desapareciendo el poder constituyente, con el fin de que el texto constitucional articule en torno a sí el centro de referencia del

sistema (De Vega 1985, 222). En todo caso es preciso señalar que para los positivistas es el poder constituyente constituido el único estudiado, en la medida en que debe su existencia a la Constitución y actúa conforme a los procedimientos establecidos por aquella. El constituyente originario se movería, por tanto, en un espacio metajurídico escapando de su objeto de análisis (Requejo Pagés 1998, 46).

No se debe perder de vista que en nuestros días la democracia constitucional es la forma de gobierno abrazada por la gran mayoría de Estados, y, precisamente, dicha nomenclatura supone el autogobierno del pueblo sujeto a los límites establecidos por la Constitución. De ahí el apareamiento de los límites autónomos al poder constituyente originario, los cuales no son otros que los elementos de un concepto mínimo de Constitución, a saber, la división de poderes, la garantía de derechos, la soberanía popular. Es por ello que, si hipotéticamente en un proceso constituyente en Ecuador, ante la grave crisis económica el constituyente se decantara por la eliminación de los distintos po-

deres del Estado, concentrado todas las funciones en el Ejecutivo, se pondría al margen de los presupuestos defendidos por la Constitución en un Estado Derecho.

Por otro lado, se encuentran los límites heterónomos al poder constituyente originario, entre los cuales, los más relevantes son los provenientes de las obligaciones contraídas a partir de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han sido debidamente ratificados por los Estados. Asimismo, se debe tener presente que los tratados internacionales de derechos humanos generan al poder constituyente originario no solo obligaciones positivas, es decir, de actuar conforme a lo dispuesto por un tratado, sino también obligaciones negativas, por las cuales un Estado debe abstenerse de realizar algo que pueda obstaculizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Lo dicho implica una intrincada discusión respecto a la matización del poder constituyente al interior de los Estados. En todo caso, se debe advertir que, si bien el poder constituyente se afirma en el siglo XX en Europa y en otras partes de mundo, su comprensión se aleja paulatinamente de esa idea primigenia abrazada durante la Revolución francesa, que lo vinculaba fuertemente a la soberanía popular, acercándose más bien a los postulados de la Revolución americana, en donde en cierta forma se reemplaza el concepto de soberanía por el de legalidad constitucional, es decir, de una legalidad superior a la ordinaria, limitando, en consecuencia, al legislador (Fioravanti 2011, 161-162).

Por lo tanto, en Ecuador, como en cualquier democracia constitucional, el poder constituyente originario comporta un límite heterónimo eficaz, esto es, las normas de los tratados en materia de derechos humanos, como, por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica de 1969², que reconoce potestad jurisdiccional vinculante a la Corte Interamericana. Si bien el Tratado referido es de corte regional, existen también tratados en materia de derechos humanos con alcance mundial, debidamente ratificados por Ecuador, tal es el caso del Pacto Internacional por

los Derechos Civiles y Políticos de 1966, del Pacto Internacional por los Derechos Económicos Sociales y Culturales del mismo año y de las Convenciones contra la Esclavitud de 1926, contra el Genocidio de 1948 y contra la Tortura de 1984. No podemos dejar de señalar el gran peso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como instrumento de protección a escala mundial. Aunque no posee las características de un tratado, fue reconocida como vinculante en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968 (Trujillo 2013, 330).

En este orden de consideraciones, es plausible el papel desempeñado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al querellarse en contra de las leyes de caducidad aprobadas por algunos Estados del cono sur, que fueron asolados por dictaduras militares. En este sentido, seguidamente nos referiremos sucintamente a dos casos: *Almonacid vs. Chile* y *Gelman vs. Uruguay*. Cabe precisar que, si bien, los casos se refieren a la adopción de leyes de caducidad respecto a delitos de lesa humanidad³, supone, además, un límite al poder constituyente originario. Toda vez que ni en el supuesto de una sustitución de la Constitución, un Estado que ha ratificado la Convención y que reconozca, por tanto, la competencia de la Corte podrá permitirse la aprobación de norma alguna que contemple la prescriptibilidad y con ello, la amnistía de los delitos de lesa humanidad.

En efecto, en el caso *Almonacid vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, la Corte estableció la responsabilidad del Estado chileno por falta de investigación y sanción de los responsables en la ejecución extrajudicial, durante la dictadura militar, de Luis Almonacid Arellano, así como determinó también, la falta de idónea reparación para sus familiares Elvira Gómez Olivares, Alfredo, Alexis y Jose Almonacid Gómez, cónyuge e hijos, respectivamente. En este sentido, la Corte sostuvo el incumplimiento de la Convención por parte del Estado Chile en aspectos como el respeto de los derechos (art.1.1), así como en la obligación de adoptar disposiciones internas (art. 2), además, declaró la

² Convención ratificada por parte de Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

³ A partir del artículo 7 del Estatuto de Roma, tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional (ratificado por Ecuador el 5 de febrero de 2002), son crímenes de lesa humanidad aquellos actos que se comentan como un ataque sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Los actos en cuestión, entre otros, son: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, privación de libertad física en violación de normas de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, persecución de un colectivo con identidad propia por motivos étnicos, religiosos, culturales, de género, políticos y la desaparición forzada de personas.

violación estatal de las garantías judiciales (art. 8.1), así como de la protección judicial (art. 25).

De otro lado, respecto a la prescriptibilidad de los delitos cometidos por los agentes del Estado chileno, la sentencia en cuestión supuso un importante avance al determinar la nulidad del Decreto Ley 2191, el cual contemplaba la amnistía para delitos de lesa humanidad. La nulidad, implicó, entre otras cosas, que los tribunales no podían aplicar dicho Decreto cuando conocían de los delitos cometidos por agentes del Estado en el período contemplado por el Decreto. La Corte, en definitiva, en el párrafo 129 señaló:

El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso.

Respecto al caso *Gelman vs. Uruguay*, en Sentencia de 24 de febrero de 2011, la Corte estableció la responsabilidad del Estado uruguayo en la desaparición forzada y la violación de otros derechos contemplados en la Convención en los artículos 1, 11, 13, 18, 2, 20, 25, 3, 4, 5, 7, 8, de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff y de la hija de ambos, nacida en cautiverio y que fue sustraída y entregada a un miembro de la fuerza pública uruguaya. Por eso, la Corte Interamericana afirmó, entre otras cosas, que la Ley de Caducidad uruguaya, que establece la prescriptibilidad de las responsabilidades penales de los violadores de los derechos fundamentales durante la dictadura que asoló al citado país, aunque haya sido aprobada en un régimen democrático

y ratificada por la ciudadanía en consulta popular en dos ocasiones, no tiene legitimidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Señalando, además, que la legitimación democrática de ciertos actos en una sociedad está limitada por la protección de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo que la protección de los derechos aparece, en definitiva, como un límite infranqueable a las mayorías.

De los casos en cuestión, se puede colegir por un lado, la plena vigencia de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos de las personas no es un asunto de incumbencia doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional (Pérez Luño 2011, 37). Y por otro lado, que uno de los fenómenos más importantes en las últimas décadas en materia de derechos humanos ha sido la coincidencia de dos sistemas normativos, que en la parte sustantiva como procedimental confluyen en la protección de los derechos, a la sazón, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisdicción constitucional nacional (Nash y Núñez 2017, 17).

La Corte Interamericana, en suma, con fundamento en el Convenio se encuentra facultada para imponer límites a la actuación de las mayorías políticas de los Estados, tanto si estas se expresan por medio de los poderes constituidos, como por ejemplo el legislativo mediante la expedición de leyes, como si lo hacen a través del poder constituyente originario, que organizado en una Asamblea Constituyente, es expresión máxima del carácter político soberano del pueblo.

Por otro lado, en los actuales contextos en donde prima la internacionalización del derecho, es común que los Estados se vean obligados por normas que tienen su origen más allá de sus fronteras nacionales (Cotarelo 1997, 23). Internacionalización que, como una de las esferas que implica la globalización, ha determinado que el Estado deje de ser en los hechos el principal referente de la comunidad política (Bernal Pulido 2005, 394).

Dicho fenómeno cobra particular fuerza en materia de derechos fundamentales, sobre todo posterior a la II Guerra Mundial, al punto que el reconocimiento y garantía de los derechos se mide actualmente en cada país con una referencia de tipo internacional (Pérez Royo 2007, 182). Lo que, en definitiva, da como re-

sultado que hoy en día se hable de una suerte de difuminación del concepto de soberanía, el cual encuentra su expresión más señera en la manifestación del poder constituyente originario. El cual en su ejercicio se vería legítimamente limitado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que los

derechos humanos al ser recogidos ulteriormente en la Constitución se convierten en derechos fundamentales.⁴ A continuación exploraremos en algunas de las justificaciones para que el Derecho Internacional actúe como límite en el ejercicio del poder constituyente originario.

FUNDAMENTOS DEL PORQUÉ DE LA LIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ha sido dicho el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está conformado por aquellos tratados e instrumentos internacionales que regulan la adecuada protección, así como la debida promoción de los derechos humanos, tanto desde una óptica universal como regional. El fundamento de su legitimidad, respecto a su obligatoriedad en relación de los Estados, viene dada en la medida en que se trata de una imposición volitiva, es decir, que su vinculatoriedad estriba en la adopción voluntaria realizada por los Estados. Lo cual, a su vez, implica que el Estado acepta limitar su actuación normativa de conformidad a lo previamente acordado, incluyendo los casos de creación y reforma constitucional.

En efecto, en la mayoría de los casos, y el Ecuador no es la excepción, son los órganos legislativos⁵ de los Estados los encargados de dar la aprobación o no de los tratados en general y de los de derechos humanos en particular, contando, la mayoría de las veces, con el pronunciamiento previo de constitucionalidad de los respectivos tribunales o cortes constitucionales.⁶ Con el fin, por un lado, de preservar la supremacía constitucional y por otro, de no contravenir, en caso de ser Estado suscriptor, lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En este sentido la Convención en referencia establece en los artículos 27 y 46, que un Estado parte de un tratado no podrá alegar en contra de su cumplimiento

una norma interna, al menos que la violación suponga un vicio del consentimiento al celebrar el tratado, por ser manifiesta para todos y por referirse a una norma trascendente de su derecho interno. El problema se daría, en consecuencia, en el caso de que el tratado violentare la Constitución y no se pudiese alegar por parte del Estado que en el trámite de adopción se inobservó una norma competencial. Probablemente, en dicho escenario la única justificación para dejar de cumplir lo dispuesto por el tratado, aunque, sin duda, es un tema discutible, sea el hecho de que la norma internacional violente algún derecho constitucional (Porrás y Romero 2012, 354).

Los tratados internacionales en general y sobre todo aquellos que regulan derechos humanos en particular, aparecen, entonces, como aquellos límites externos por excelencia, que deberá observar el poder constituyente originario cuando proceda a sustituir la Constitución. En esa medida los límites internos suelen ser un tema clave del trabajo de los constitucionalistas, en tanto que los límites externos son desarrollados de manera conjunta por constitucionalistas, y por los cultores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en una suerte de enfoque que podría denominarse como internacionalización del Derecho Constitucional o de una constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Nash y Núñez 2017, 18). En cualquier caso, como advierte Díez Picazo, si bien, existe una suerte de consenso en la doctrina jurídica

4 Como advierte Bernal Pulido, "los derechos fundamentales no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático" (Bernal Pulido 2005, 383).

5 El artículo 419 de la Constitución ecuatoriana señala que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites; 2. Establecimiento de alianzas políticas o militares; 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; 4. Respecto a derechos y garantías constitucionales; 5. Comprometan la política económica del Estado señalada en el Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales; 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; 7. Atribuyan competencias internas a organismos internacionales; 8. Comprometan el patrimonio natural, genético, así como la biodiversidad.

6 El artículo 438, número 1, de la Constitución ecuatoriana prescribe que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de los tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

en torno a los límites impuestos al poder constituyente desde el derecho internacional, no ha ocurrido lo mismo respecto al alcance de dicha afirmación (Díez Picazo 2006, 11).

Ciertamente, un límite impuesto por los tratados internacionales en general vendría configurado por los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, los cuales impedirían la adopción de normas constitucionales que prescribieran que el Estado no está obligado en absoluto por los tratados internacionales. En tanto que, en cuanto a los límites específicos que supondrían los tratados internacionales en materia de derechos humanos vendría por el lado de las prohibiciones de esclavitud, genocidio y discriminación por razones de etnia, prohibiciones que, finalmente, tienen forma de normas *ius cogens* (Díez Picazo 2006, 15-16).

Es por ello que no se podría incluir con motivo de la adopción de una nueva Constitución en Ecuador alguna disposición que fuera en contra de una norma internacional de los derechos humanos, a menos que, previamente el Estado hubiera denunciado el tratado. En este sentido, un Estado suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos no podría llevar a cabo una modificación constitucional tendente a la eliminación del delito de la desaparición forzada de personas, o promover otra por la cual se introduzca la pena de muerte, debido a que ambas iniciativas irían

en contrasentido de lo contemplado por la Convención. No se debe perder de vista que, tanto los tratados internacionales en general como los de derechos humanos en particular son vinculantes para los Estados por su carácter extra-constitucional. Por lo tanto, dicho carácter no puede ser eliminado por una reforma a la Constitución, aunque esta no contemple cláusula de intangibilidad alguna y pueda, en consecuencia, ser reformada en su integralidad. El carácter extra-constitucional de los tratados se diferencia de lo supraconstitucional, en el sentido en que actúa desde fuera del derecho nacional (Manilli 2010, 782). Sin embargo, se debe decir también, que son los tratados internacionales en materia de derechos humanos los que se muestran como límites efectivos al poder constituyente originario.

Cabe observar que al ser los tratados internacionales de derechos humanos un límite adoptado libremente por un Estado, este no puede señalar posteriormente el también principio de Derecho Internacional que contempla la no intervención en los asuntos internos para dejar de cumplir las obligaciones contraídas libremente. Ya que, en caso de no estar de acuerdo, el Estado siempre tendrá en la opción de la denuncia del tratado el mecanismo para apartarse de cumplir lo previamente convenido. O, para adoptar, posteriormente, alguna norma interna que en principio se opusiere a lo dispuesto por un tratado.

CONCLUSIONES

En la tipología de los límites al poder constituyente originario, en este manuscrito hemos hecho referencia a los autónomos y a los heterónomos. Así, los primeros además de estar integrados por la garantía de los derechos y la división de poderes, lo están por el principio democrático, según el cual todos los miembros de una comunidad participan en pie de igualdad en la construcción de la voluntad general. En consecuencia, los límites autónomos hacen parte del concepto mismo de Constitución.

De otro lado, los límites heterónomos vendrían configurados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello es que, las obligaciones jurídicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han supuesto cambios a conceptos centrales de la teoría constitucional como son la soberanía y el poder

constituyente originario, condicionando así la actuación de este último.

Se debe tener presente que la previsión del poder constituyente originario en algunas constituciones de América Latina, incluido Ecuador, implica sólo un límite formal, por medio del cual se determina constitucionalmente la vía de activación de dicho poder, pero no supone un límite a los contenidos de las decisiones llevadas a cabo por el constituyente. En todo caso existe la obligación por parte del poder constituyente originario de no adoptar normas contrarias a lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por todo ello, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un límite heterónimo del poder constituyente originario de carácter material.

La Constitución como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por otra parte, comparten un mismo objetivo, a saber, la garantía de los derechos. Por ello, es manifiesta la necesidad de cooperación entre ambos sistemas. En todo caso ante la posible tensión entre los mencionados sistemas aparece el principio *pro homine*, por el cual, la norma aplicable será

aquella que favorezca en mayor medida a la efectiva vigencia del derecho.

En este contexto es trascendente el papel llevado a cabo por parte de organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacer efectivo los límites internacionales al poder constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

- Barberis, Mauro. 2015. *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.
- Benavides Ordóñez, Jorge. 2017. Carta magna, Constituciones contemporáneas y Asamblea constituyente, en *Carta magna y Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Ruptura o continuismo?* C. Storini, ed. Quito: UASB-CEN.
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bockenforde, Ernst Wolfgang. 2000. El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Cotarelo, Ramón. 1997. Teoría del Estado, en *Filosofía Política* vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel y Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Vega, Pedro. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Díez Picazo, Luis. 2006. Límites internacionales al poder constituyente, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 76. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fioravanti, Maurizio. 2011. *Constitución. De la anti-güedad hasta nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Garrorena Morales, Ángel. 2014. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Laporta, Francisco. 1997. Poder y Derecho, en *Filosofía Política* vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel y Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Manilli, Pablo. 2010. La soberanía, Constitución y derecho internacional de los derechos humanos, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: IIDC-PUCP.
- Nash, Claudio, y Constanza Núñez. (2017). Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile, en *Estudios Constitucionales*, año 15, no 1. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/publicacion/2017-revista-1/>
- Pérez Luño, Antonio. 2011. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Royo, Javier. 2007. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Pisarello, Gerardo. 2012. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura*. Madrid: Trotta.
- Porras, Angélica y Johana Romero. 2012. *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana* tomo 2. Quito: Centro de Estudios Corte Constitucional de Ecuador.
- Requejo Pagés, Juan Luis. 1998. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schmitt, Carl. 2011. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, Carl. 2009. *Teología Política*. Madrid: Trotta.
- Trujillo, Julio César. 2013. *Constitucionalismo contemporáneo*. Quito: UASB-CEN.

Sentencias

Sentencia Almonacid vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿ES JUSTICIABLE EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS?

IS ARTICLE 26 OF THE INTER-AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS DIRECTLY ENFORCEABLE?

É JUSTIFICADO O ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS?

*Pamela Juliana Aguirre Castro**

Recibido: 17/04/2017
Aprobado: 07/07/2017

Resumen:

¿El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene derechos? ¿Los posibles derechos derivados del artículo 26 de la CADH son autónomos? El presente ensayo pretende abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido en torno a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), así como los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Ferrer Mac-Gregor respecto de la “justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH”.

Palabras clave: Derechos económicos, sociales y culturales “DESC”; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Justiciabilidad y/o exigibilidad directa.

Abstract:

Is Article 26 of the 1969 Human Rights American Convention enforceable and the rights derived autonomous? This paper tries to succinctly address the myths and truths that have been used around the justiciability and / or direct enforceability of economic, social and cultural rights, as well as the interpretative and argumentative threshold that must be met for the Human Rights Inter-American Court

to make “the jurisprudential leap”, that Judge Ferrer Mac-Gregor Poisot so fervently defends about “direct justiciability of American Convention’s 26 article”.

Key words: Economic; Social And Cultural Rights “Escr”; Inter-American Human Rights System; Article 26 Of The Iachr; Inter-American Court Of Huma Rights; Justiciability And/Or Direct Exigibility

Resumo:

O artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) contém direitos? Os possíveis direitos derivados do artigo 26 da CADH são autônomos? O presente ensaio pretende abordar de maneira sucinta os mitos e verdades esgrimidos ao redor da justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), assim como os desafios interpretativos e argumentativos que são necessários para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se aventure a dar o salto jurisprudencial que com tanto empenho defende o juiz Ferrer Mac-Gregor em relação a “justiciabilidade direta do artigo 26 da CADH”.

Palavras chave: Direitos econômicos, sociais e culturais “DESC”; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Justiciabilidade e/ou exigibilidade direta.

* Doctora en Derecho, PhD por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario por American University, Washington College of Law (c). Master en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante. Magister en Derecho, mención Derecho Tributario, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, por la Universidad del Azuay.

INTRODUCCIÓN

Conviene tomar como punto de partida, las acertadas reflexiones del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot:

... pretendo llamar a la reflexión –por ser mi profunda convicción– sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José *efectividad directa* a los derechos económicos, sociales y culturales (...). La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009 (Corte IDH 2009, párrafo 107).

Con este antecedente y, formulándonos la siguiente interrogante ¿el artículo 26 de la CADH es exigible?, en el presente estudio se pretende abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido entorno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC, así como los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte IDH se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor “justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH”.

Para lograr el anterior cometido, se abordarán los siguientes contenidos: primero, breves referencias a la evolución de la exigibilidad de los DESC; segundo, la exigibilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH); tercero, los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH; cuarto y último, conclusiones.

LA EVOLUCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC

Tal y como lo refieren Carlos Villán Durán, Christian Courtis y Roberto Gargarella la evolución de los DESC, puede sistematizarse en dos grandes periodos: el primero, que comprende lo que se conoce como *constitucionalismo social*, que abarca el período comprendido en los años treinta hasta la expedición de las constituciones a partir del año 1989; el segundo, que comprende el *constitucionalismo latinoamericano* después de las dictaduras de finales del siglo XX en adelante¹.

De la cronología propuesta, se puede evidenciar que el primer texto jurídico en el que reconoce los DESC es la “Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, del 4 de enero de 1918, año en el que finalizó la primera Guerra Mundial. Esta Declaración surge de la mano del marxismo y en consecuencia de los valores propios de la Revolución rusa,

en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos, desde la concepción individualista, reconocidos en las: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y Declaración de Derechos de Virginia (1776) (Villán Durán 2009,9 y ss.). Surge también como una reivindicación a los derechos desconocidos durante la Revolución Industrial, constituyéndose un reconocimiento económico-social de la clase trabajadora. Ciertamente, este documento jurídico es el inicio de una larga lucha por el reconocimiento de varios derechos tales como: derecho al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la asociación y libertad sindical, a la educación, al sufragio universal.

A la par del proceso social reivindicativo de Rusia, surge en México un reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales con la

¹ “Un ejemplo de interés, en este sentido, puede encontrarse en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas, y desde su tardía incorporación constitucional (concentrada, sobre todo) a partir de mediados del siglo XX. Aquella inclusión original pudo haber estado motivada en muchas razones. Tal vez, se recurrió a ellos para a quietar ciertos reclamos sociales, o sin mayor convencimiento, o como puro producto de la hipocresía política –no nos importa ahora la causa. El hecho es que tales disposiciones quedaron adormecidas durante décadas (en América Latina, de hecho, entre cuatro y ocho décadas), para luego comenzar a desperezarse, lentamente, hasta ganar alguna inesperada realidad, en los últimos años. Tal vez sus propulsores no imaginaban ni deseaban este resultado (o tal vez sí). Lo cierto es que se trata de cláusulas que fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas.” Christian Courtis y Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, en CEPAL-Serie políticas sociales, No. 153, 2009, 33.

promulgación de la Constitución mexicana de 1917, y a continuación otro, con la Constitución alemana de Weimar, en 1919. Estas dos Constituciones son un hito jurídico, dado que representan una síntesis a nivel constitucional del reconocimiento sin distinción de los derechos humanos, puesto que se puede evidenciar la declaración tanto de derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales (Villán Durán 2009).

Vale mencionar que en este primer período se posicionó la idea que los DESC eran derechos programáticos, cuya efectividad dependía de la voluntad política de los Estados, lo cual devino de la clasificación clásica o tradicional de los derechos humanos; y a partir de la entrada en vigencia de dos instrumentos internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Esto también devino en la idea que los derechos civiles y políticos se encontraban cubiertos de protección judicial, es decir que se podía demandar ante los tribunales su justiciabilidad; en tanto que los DESC eran de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos de los Estados y por lo tanto, no cabía su protección ante los tribunales (Carbonell y Macgregor 2014).

Esta concepción ciertamente surgió, como ya se mencionó, por una parte, de la clasificación que alude a la sistematización de los Derechos Humanos, según el momento histórico en el que se desarrollaron: derechos de primera, segunda y tercera generación (Valcárcel y González 2008, 76 y ss.). Así como de la redacción utilizada en dichos pactos en lo concerniente a las obligaciones estatales. En efecto, mientras que el artículo 2.1 del PIDCP compromete a los Estados partes "... a respetar y garantizar (...) los derechos reconocidos en el presente Pacto...", el artículo 2.1 del PIDESC compromete "... a adoptar medidas, tanto por separado como mediante asistencia y la cooperación

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", lo que generó el denominado mito de la progresividad y no exigibilidad (Mancisidor de la Fuente 2010), de lo cual también surgió la diáfana locución que los "DESC son los hermanos pobres de los Derechos Humanos" (Mancisidor de la Fuente 2010, 106).

No obstante lo señalado, recordando la naturaleza de los derechos humanos, en tanto, "universales, indivisibles, e interdependientes, y relacionados entre sí"²; en el ámbito del Derecho Internacional, como también desde el Latinoamericano, se ha dado un giro de 180 grados, determinándose que los derechos humanos económicos, sociales y culturales son verdaderos derechos y como plenamente justiciables, tal y como se ejemplifica a continuación.

En el *Sistema de Naciones Unidas*,³ a partir del 5 de mayo del 2013, entra en vigencia el Protocolo Facultativo al PIDESC,⁴ y con éste se generan varios mecanismos de reclamo ante el Comité DESC, entre ellos, el sistema de peticiones individuales, solicitud de medidas de urgencia, comunicaciones interestatales, y de las investigaciones *in loco* en caso de graves y sistemáticas violaciones a los DESC por parte de un Estado miembro. De lo cual se advierte, que los DESC han evolucionado, de ser considerados derechos programáticos en los que se preveía únicamente como mecanismo de exigibilidad un informe de cumplimiento a los Estados, a constituirse en derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra los Estados cuando exista violación. Además importa señalar la extensa doctrina en materia de obligaciones estatales respecto a los derechos determinados en el PIDESC⁵.

Igualmente, en lo que atañe a las Cortes Constitucionales Latinoamericanas y su evolución en la protección directa de los DESC⁶ se destaca por un lado, la ex-

2 Declaración y el Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III), párrafo 5.

3 Para ampliar sobre el particular, confróntese Carlos Villán Durán, *La protección de los derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas* (2016). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>>.

4 Fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 y abierto a votación el 24 de septiembre de 2009, entró en vigor el 5 de mayo de 2013 tras haber recibido ratificación de 11 Estados parte.

5 Así se pueden citar como ejemplo: la Observación General 4, "El derecho a la vivienda adecuada"; la Observación General 12, El derecho a una alimentación adecuada; Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; entre otras. Cfr. ONU, Comité DESC.

6 El juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor cita varios ejemplos de México, Colombia, Argentina, Costa Rica, Guatemala respecto a casos de DESC judicializados en los que las altas cortes han asumido la justiciabilidad. Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, "Hacia la justiciabilidad plena de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan (coord.), *Ius constitutionale commune na América Latina* (Curitiba: Juraá, 2016)

perencia de la Corte Constitucional de Colombia en tanto que, valiéndose del argumento “por conexidad”, ha posibilitado la protección judicial de los DESC por vía de la acción de tutela⁷; y, por el otro lado, resalta el papel de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual, a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 2008, en su rol de máximo intérprete y guardián de la Constitución, ha desarrollado el contenido de justiciabilidad de varios DESC, por citar algunos casos, derecho a la seguridad social⁸, vivienda⁹, salud¹⁰, educación¹¹, mujer y derecho al trabajo¹².

Como vemos, a nivel de las Naciones Unidas y de algunas Cortes Constitucionales Latinoamericanas se ha

dado un salto importante en la *exigibilidad directa de los DESC*, sin que esto quiera decir que no se deban seguir aunando esfuerzos por avanzar en la materia.

El hecho de que la Corte Constitucional Colombiana, todavía continúe amparándose en la tesis de la conexidad para la justiciabilidad de los DESC para algunos DESC, demuestra que salvo el caso del derecho a la salud, que vía Ley Estatutaria fue dotado del carácter de autónomo y fundamental para ser protegido directamente vía acción de tutela, debe seguirse avanzando en la defensa y materialización de la exigibilidad directa de los DESC.

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL SIDH

El debate en torno a la justiciabilidad de los DESC no ha sido pacífico en el ámbito interamericano, particularmente en lo que se refiere a la *exigibilidad directa* de los mismos a través del artículo 26 de la CADH, “el papel que desempeñan las Cortes para proteger los derechos civiles y políticos (DCP) ha recibido una atención explícita durante las dos últimas décadas dentro del Sistema Interamericano, tanto a nivel interno como a nivel regional; no así la aplicación de justicia en el tema de los DESC” (Melish 2003,6).

Así, puede señalarse que en el caso denominado de los Cinco Pensionistas¹³, la Comisión IDH incluyó un reclamo específico fundado en el artículo 26. Se alegó que el Estado había adoptado medidas de carácter regresivo en relación con el derecho a la seguridad social, con lo cual se ofrecía a la Corte IDH por primera vez la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la justiciabilidad del artículo 26 y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte,

la Corte IDH desechó el argumento con la siguiente reflexión:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Como lo señala Christian Courtis podría entenderse que la Corte impuso, a partir del contenido del párrafo

7 “En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo”. Si bien la sentencia que toma como ejemplo Eduardo Ferrer Mac-Gregor es del año 2007, debe mencionarse que en el año 2014, la Corte Constitucional avaló el proyecto de ley estatutaria en materia de salud, en el que se reconoció el carácter autónomo y fundamental del derecho a la salud. Para más información cfr., Corte Constitucional colombiana, sentencia C-313, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, 29 de mayo de 2014. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>.

8 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 115-14-SEP-CC; 006-15-SAN-CC; 019-15-SIS-CC; 164-15-SEP-CC; 006-15-SCN-CC; entre otras.

9 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 146-14-SEP-CC; 344-16-SEP-CC; 021-16-SIS-CC; entre otras.

10 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 080-13-SEP-CC; 016-16-SEP-CC; 074-16-SIS-CC; 324-17-SEP-CC; entre otras.

11 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 008-09-SAN-CC; 133-15-SEP-CC; entre otras.

12 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 309-16-SEP-CC; 072-17-SEP-CC; entre otras.

13 Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003. Para un análisis extensivo del caso, cfr. Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Público* N.º 6, (México: ITAM Departamento de Derecho, 2004), 37-67

147, un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26, la de *demonstrar la relevancia colectiva del planteo*, con lo cual, se debe justificar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o violación aislada, parafraseando a Julieta Rossi y Victor Abramovich "... a nuestro entender efectuó una interpretación desacertada del artículo 26 de la Convención, al establecer que el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales y general y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular" (Rossi y Abramovich 2004, 470).

En efecto, esta interpretación limitaría la aplicación del artículo 26 a supuestos de afectaciones a un conjunto representativo de la población de un Estado parte, y resulta claro que los supuestos de violaciones de los DESC pueden presentarse tanto en el plano individual como colectivo. No obstante lo señalado, con posterioridad la Corte IDH no ha desarrollado este parámetro de evaluación.

Posterior en el caso *Acevedo Buendía* (Corte IDH 2009), la Corte señaló expresamente que es competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención, incluido el artículo 26 (Corte IDH 2009, párrafo 97), y "dedicó algunos párrafos a lo que hasta la fecha constituye el desarrollo más prometedor del tribunal interamericano en esta materia" (Courtis 2016, 659). Así, la Corte determinó, a partir de la revisión de los trabajos preparatorios de la CADH, que los Estados dieron énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estado Americanos" (Courtis 2016, 99). También evidenciaron, que los Estados se propusieron, "hac(er) posible (la) ejecución (de dichos derechos) mediante la acción de los tribunales" (Courtis 2016, 99). Finalmente, la Corte resaltó que dado que el Capítulo III de la Convención (que contiene al artículo 26) se encuentra en la Parte I del tratado, las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 situados en el Capítulo I de dicha parte también son aplicables al artículo 26 (Courtis 2016, 100).

Tal como lo señala Christian Courtis de esta sentencia se desprende que:

- el tribunal es competente para entender alegadas violaciones al artículo 26;
- el artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos económicos, sociales y culturales;
- las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención son aplicables a los derechos consagrados en el artículo 26;
- la noción de "desarrollo progresivo" no impide la rendición de cuentas y la eventual exigibilidad de los derechos ante las instancias llamadas a resolver violaciones.
- la noción de "desarrollo progresivo" se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas. Tal deber también es justiciable—es decir, susceptibles de control a través de mecanismos jurisdiccionales. (Courtis 2016, 660).

Ahora bien, a pesar de este importante desarrollo la Corte, con posterioridad a esta sentencia, no se ha pronunciado expresamente respecto al contenido del artículo 26, y ha tutelado los DESC vía justiciabilidad indirecta cuando ha tenido claramente la oportunidad de hacerlo. Así, podemos señalar dos casos claros respecto al menoscabo del derecho a la salud.

El primero, se encuentra relacionado con el caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*. En el caso concreto la Corte IDH condenó al Estado ecuatoriano por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 4 de la CADH, a partir del análisis, por una parte del deber de regulación del Estado de los servicios de salud para la protección de la integridad personal, y por otra, el deber de supervisión y fiscalización del Estado en referencia a los servicios de salud y la protección de la integridad personal de Melba Suárez Peralta. La Corte señaló expresamente que:

131. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (...)

132. Por tanto, esta Corte ha señalado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto¹⁴.

A la sentencia el juez Eduardo Ferrer incorporó su voto concurrente, por el que razona los argumentos que justificarían la judicialización en el Sistema IDH del derecho a la salud de manera directa y autónoma, a partir del contenido de los arts. 26 y 1.1. de la CADH, y sobre la base de una interpretación evolutiva y *pro homine*.

El segundo caso, Gonzales Lluy vs. Ecuador, versa sobre una violación al deber de fiscalización de la prestación de servicios de salud por entes privados por parte del Estado ecuatoriano. En el caso, a una niña de 3 años (Thalía Gabriela Gonzales Lluy) se le detecta una enfermedad que requiere la transfusión de sangre. Al recibir la transfusión en un Banco de Sangre de la Cruz Roja es contagiada con el virus del VIH, dicho virus es detectado a partir de exámenes complementarios y a meses de haber sido dada de alta. En el Ecuador se presentan denuncias penales para impulsar la investigación de los responsables de la transfusión sanguínea y acciones de tipo civil para obtener reparaciones por los daños y perjuicios ocasionados. El contagio en Thalía Gabriela redundó en que toda la familia Gonzales Lluy sea víctima de discriminación, particularmente Thalía es expulsada de su colegio y le es imposible continuar con la escolaridad por motivo del contagio y su madre es despedida por su trabajo bajo las mismas razones discriminatorias, entre otros múltiples efectos de la discriminación que padecen.

En este contexto, la Corte IDH resolvió por unanimidad lo siguiente:

3. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en perjuicio de Thalía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 167 a 191 de esta Sentencia.

4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, en los términos de los párrafos 211 a 229 de esta Sentencia.

5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Thalía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 233 a 291 de esta Sentencia.

6. El Estado es responsable por la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Thalía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 298 a 316 de esta Sentencia..(Corte IDH).

Sin ahondar sobre el particular podemos decir que el *quid* de la discusión entre las posturas opuestas de los jueces radica básicamente en la posibilidad que existió o no en el caso Gonzales Lluy vs. Ecuador de abordar el derecho a la salud de manera directa y autónoma.

Por un lado, tenemos la postura del juez Humberto Antonio Sierra Porto, quien abogó por la imposibilidad de abordar en el caso Gonzales Lluy vs. Ecuador, de manera directa y autónoma el derecho a la salud, y en consecuencia de los DESC de forma general, argumentó:

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*.

1. La finalidad del presente voto concurrente es ampliar y complementar las razones por las cuales considero que no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención de la Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) para alcanzar la efectiva protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”). Por el contrario, mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada “la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida (Corte IDH).

Al igual que en el caso Suarez Peralta, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor defendió la posibilidad de proteger el derecho a la salud de manera directa y autónoma, criterio al que se adhirieron los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura, señalando:

14. En el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el “derecho a la salud”. La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que las perso-

nas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre el acceso a la información en salud; derecho a la salud de las niñas y los niños, y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA. Sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal (Corte IDH).

Este es el primer caso en el que se declaró la vulneración directa a un DESC, el de educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la CADH, además del desarrollo de la interseccionalidad de la discriminación. La Corte IDH argumentó que “.. tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo.” (Corte IDH párrafo 234). De esta interpretación se colige que serían los derechos a la educación y huelga, los que pueden ser tutelados directamente por la Corte IDH. No obstante lo argumentado por la Corte, tomando en consideración lo señalado por la ex jueza Margarete May Macaulay quien argumentó “Aunque el Protocolo de San Salvador establece que entre los derechos sociales que éste consagra solamente el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales serán justiciables (artículo 19), este Protocolo no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana” (Corte IDH).

De esta manera, tenemos que para llegar a la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC con excepción de la educación y derechos sindicales*¹⁵, que mayoritariamente ha adoptado la Corte IDH, se han tenido que desvirtuar una serie de *mitos*, que en una primera etapa abogaban por la invisibilidad de los DESC (este período va hasta el año 2003)¹⁶, tal y como se demuestra a continuación. En efecto, Tara Melish

15 Las etapas de la exigibilidad de los DESC en el SIDH, pueden sintetizarse en: “(1) la no aplicación e indiferencia a los DESC; (2) la aplicación tímida del Art. 26; (3) la exigibilidad indirecta, vía derecho a la integridad física o derecho a la propiedad, (...) la (4) exigibilidad de los DESC mediante el sistema de indicadores”. Ávila Santamaría, *Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales* (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>.

16 “La Corte Interamericana pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención Americana. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes de la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*, (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>.

agrupa en cinco categorías los *argumentos típicos en contra de la justiciabilidad de los DESC*, no obstante, atendiendo al carácter ejemplificativo que sustenta su invocación, los reduciremos a tres, con la respectiva *desmitificación o verdad*, que ha permitido que la Corte IDH avance en la tesis de la *justiciabilidad de los DESC* (Melish 2003, 37-46).

Mito: Dicotomía entre derechos de “prestación” y “abstención”

A menudo los críticos argumentan que los DESC no son justiciables debido a que imponen obligaciones “positivas” en lugar de “negativas” sobre el Estado. De acuerdo con este punto de vista, los DCP son justiciables debido a que únicamente piden que los gobiernos se *abstengan* de adoptar medidas abusivas –*no matar, no torturar*– (Melish 2003, 40-41). Para desmitificar este inadecuado “argumento, basta recordar que un derecho político como el de “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”, (CADH artículo 23,1.b) también requiere de una “obligación de hacer”, como desplegar toda la logística para implementar las mesas de votación en los respectivos territorios nacionales.

Mito: Dicotomía entre derechos de “progresivos” y “no progresivos”

Si bien los DCP se regulan por la obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar” tales derechos, los DESC se caracterizan por vagas nociones de los deberes tendientes a “adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo” de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente la plena vigencia de los DESC (Melish 2003, 38-39). En este sentido continuando con el ejemplo del derecho político a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas” (CADH artículo 23, 1.b), mal haríamos en afirmar que no requeriría de un presupuesto específico y acorde con la disponibili-

dad económica de los Estados, para suministrar entre otros tarjetones electorales a los votantes.

Mito: Dicotomía entre exigibilidad por vía de “políticas públicas” vs. “justiciabilidad”

Los DESC constituyen programas de acción que la legislatura o el ejecutivo deberá llevar a cabo dentro de las posibilidades de recursos con los que cuente. Las Cortes no tienen el poder constitucional que les permita instruir al legislativo o al ejecutivo respecto a cómo deben gastar los fondos públicos (Melish 2003, 41-42). Vale la pena recordar el *Caso Viceconte*, en el que la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica argentina a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno” (Corte IDH 2013, párrafo 77y ss.).

Con estos antecedentes, ¿cuál es la relación entre la desmitificación de la no justiciabilidad de los DESC y la tesis de la Corte IDH frente a la *justiciabilidad* de los mismos?

Recordando que la Corte IDH, pasó por una etapa de *invisibilidad* de los DESC hasta la tesis actual de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta*, vía protección del derecho a la integridad física o derecho a la propiedad¹⁷; vemos como, en el caso *Gonzales Lluy y otros*

17 Por mencionar algunos casos, en Villagrán Morales vs. Guatemala (1999) la Corte interpretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, que comprende ‘el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna’ (párr. 144); en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004), la Corte afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a los adolescentes que están bajo su custodia bajo la premisa de los Derechos del Niño consagrado en el Art. 19 de la CADH (párr. 160); en el caso *de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y del Convenio No. 169 de la OIT, y mencionó la obligación de progresividad contemplada en el Art. 26 de la CADH (párr. 163); de igual modo, en el caso *Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010) la Corte dio contenido al derecho a la vida, considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, alimentación, servicios de salud y educación, retomó estándares del Comité de DESC; en los casos *Albán Cornejo vs. Ecuador y Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte IDH desarrolla importante doctrina relacionada al derecho a la salud, basada en doctrina del Comité de PIDESC, a partir del derecho a la integridad física.

vs. Ecuador¹⁸, “en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida”, contribuye a afirmar nuestros argumentos “desmitificaciones” en el sentido de que los DESC involucran:

- i. *Obligaciones positivas y negativas*: Por ejemplo en el caso Gonzalez Lluy *obligación positiva* de fiscalización y supervisión de servicios de salud y *obligación negativa* de abstenerse de incurrir en omisiones que imposibiliten la correcta fiscalización y/o supervisión de los servicios de salud que condujeron a que la menor contrajera VIH.
- ii. *Obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar”*: Si bien para en el caso Gonzalez Lluy se protege el derecho a la salud vía conexidad con los precitados derechos, no es menos cierto que el ejercicio hermenéutico que realiza la Corte IDH para llegar a esa conclusión parte de la idea clara de que al Estado ecuatoriano le asiste la obligación para nada “ambigua” de fiscalización y/o supervisión de los servicios de salud.
- iii. *Los DESC van más allá de una política pública, por ende son justiciables*: Este punto lo reservamos para el siguiente apartado, ya que como se demostrará a continuación, la justiciabilidad y/o exigibilidad directa no sólo del derecho a la salud (caso Gonzalez Lluy) sino de los DESC en general, precisa que la Corte IDH realice un ejercicio interpretativo y argumentativo del artículo 26 de la CADH.

LOS RETOS INTERPRETATIVOS Y ARGUMENTATIVOS PARA LA JUSTICIABILIDAD Y/O EXIGIBILIDAD DIRECTA DEL ARTÍCULO 26 DE LA CADH

Como lo referimos con precedencia, la postura actual de la Corte IDH se mantiene en la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC de la mayoría de DESC*, denotándose esto en los casos Suárez Peralta vs. Ecuador, Gonzalez Lluy vs. Ecuador 2015 y Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. No obstante, “ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESC” (Ávila 2014, 33-35), conviene dar respuesta al interrogante que nos planteamos como nodo cardinal de este ensayo *¿el artículo 26 de la CADH es exigible y los derechos derivados son autó-*

nomos?, para evidenciar si la Corte IDH puede dar un salto hacia la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC*.

Recordemos, que según Oscar Parra Vera (CDHE-ZAC), Christian Courtis (2016), Víctor Abramovich y Julieta Rossi (2015, 1-11) las *dificultades* reales para la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC*, está dada por un *problema de interpretación* tendiente a esclarecer cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido; y, cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que de él se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención.

Por lo tanto, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la *justiciabilidad y/o exigi-*

18 “El 1 de septiembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Además, la Corte encontró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy. Por otro lado, el Tribunal no encontró méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015. Consulta 23 de abril de 2017: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf,

En pronunciamiento anterior, la Corte IDH, manifestó: “La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2017 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párr. 1.

bilidad directa de los DESC en el ámbito del SIDH¹⁹, es necesario dar respuesta a los anteriores interrogantes.

¿Cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido?

Conviene señalar que el artículo 26 de la CADH no individualiza los derechos que de él se desprenden, sino que obliga al intérprete a acudir a otro documento –la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 (en adelante Carta de la OEA) reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967–²⁰. Esta dificultad hermenéutica, que básicamente se deriva del momento histórico en el que se adoptó la CADH²¹ (como lo referimos los DESC cobran importancia a partir del *Constitucionalismo Social*), se sustenta en dos argumentos: i) La falta de competencia de la Corte IDH y la Comisión Interamericana para juzgar violaciones a la Carta de la OEA²²; y, ii) La ausencia de una referencia a los “derechos” dentro del texto de la Carta, ya que emplea términos como “principios y mecanismos –art. 45–” y “metas básicas –art.34–”.

Ante estos obstáculos, ¿tiene cabida la tesis de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH* en el ámbito del SIDH?

Sin entrar en mayores consideraciones diremos que las antedichas dificultades, para nada impedirían que la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH* se posicione en el escenario interamericano, debido a que el referido artículo 26 de la CADH, siguiendo a Ramiro Ávila Santamaría, (2014, 33-35) brinda una serie de *oportunidades interpretativas*, que permiten determinar los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su respectivo contenido.

Como se recordará el contenido del artículo 26 de la CADH es bastante indicativo en el sentido de esta-

blecer “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires*, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”; por lo tanto, ¿dónde estarían las *oportunidades interpretativas*? Éstas se encuentran precisamente, primero, en *identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA*:

1. La naturaleza y propósito de la organización (Capítulo I): promover el desarrollo **económico, social y cultural** (Art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (Art. 2.g); 2. Los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II): derecho de los Estado a elegir su sistema económico y social (Art. 3.e), **eliminación de la pobreza crítica** (Art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (Art. 3.j); “los Estados proclaman los **derechos fundamentales** de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Art. 3.l); la **educación** debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (Art. 3.n); 3. Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, ‘Desarrollo integral’ (Capítulo VII): el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 30), el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 31), el desarrollo debe contribuir a la **plena realización de la persona humana** (Art. 33), consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo tierra, logro de **justicia so-**

19 Entre sus promotores encontramos: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Christian Courtis, Tara Melish, Oscar Parra Vera, Ramiro Ávila Santamaría, Víctor Abramovich y Julieta Rossi. Remitimos a consultar las obras que se citan en la bibliografía de este estudio.

20 “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

21 “Las posturas que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos– y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como ‘estándar de no justiciabilidad’”. Parra Vera, *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*, 12.

22 “La competencia contenciosa de la Corte se limita a interpretar y aplicar la Convención (art. 62.3 CADH), mientras que la competencia de la Comisión se limita a promover la observancia y defensa de los derechos que constan en la Convención y Declaración (art. 2 Estatuto de la Comisión)”. Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 46 y 47.

cial, erradicación analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar **disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna** (Art. 34) todos los seres humanos tienen **derecho al bienestar material** y a su desarrollo espiritual (Art. 45.a), el trabajo es un derecho y un deber social (Art. 45.b) que asegura **la vida, la salud y un nivel económico decorosos** (Art. 45 b.), **derecho a asociarse**, derecho a negociación colectiva y la huelga (Art. 45 c.), desarrollo de una política eficiente de **seguridad social** (Art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (Art. 45 i.), los **derechos de los trabajadores** deben ser igualmente protegidos (Art. 46), “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (Art. 47), los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la **educación primaria, media y superior** (Art. 49); 4. Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (Capítulo XIII), que reiteran los principios y derechos del Capítulo III” (OEA).

Y, segundo, *traducir dichos enunciados, principios, objetivos de política pública a derechos, cuando no los ha reconocido ya explícitamente:*

Conviene recurrir a la *Opinión Consultiva OC-10/89* sobre la “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, que expresamente determinó: “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que *la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia*

de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración” (Corte IDH 1989, párrafo 43).

Así pues, se evidencia que el *primer interrogante* estaría solventado, en cuanto al catálogo de derechos que emanan del artículo 26 de la CADH, debido a que el mismo estaría delimitado por las normas de la Carta de la OEA junto con las determinadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Santamaría 2014, 36).

Pero, ¿cómo dotar de contenido a los antedichos derechos? Podríamos decir que existe un sector de la doctrina que argumenta que aún en el caso de que los DESC sean exigibles, el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC de 1988 (en adelante Protocolo de San Salvador) circunscribe dicha exigibilidad ante la Comisión y Corte IDH a los *derechos sindicales* y al *derecho a la educación* consagrados en los artículos 8 a) y 13 del referido Protocolo (Melish 2003, 55-60). No obstante, como se verá a continuación, este argumento debe ceder frente a la tesis de la *interpretación evolutiva* acuñada por la Corte IDH, que desplaza a la *interpretación literal* de muchas de las disposiciones normativas del *Corpus Iuris de Derechos Humanos* y, permite dotar de *contenido* a los DESC.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*. Asimismo, también ha sostenido que esa *interpretación evolutiva* es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una *interpretación evolutiva* la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos²³.

23 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. También ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, 24 de noviembre de 2009.

En síntesis, se infiere que la Corte IDH en procura de revestir de *contenido a los DESC* y dándole alcance a la *interpretación evolutiva* de los mismos que se desprenden del artículo 29 de la CADH, ha remitido al *Corpus Iuris de Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador –para aquellos que lo han ratificado-, Observaciones Generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC, entre otros) para dotarlos de efectividad.

¿Cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención?

Igualmente, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC* en el ámbito del SIDH, resulta oportuno darle respuesta a este interrogante, tomando como punto de partida las reflexiones de Sergio García Ramírez, Christian Curtis y Oscar Parra Vera²⁴.

Primero, García Ramírez manifiesta que “las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II” (Parra Vera 2012, 19-20). Segundo, Curtis y Parra Vera señalan que “lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles’ salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato” (Parra Vera 2012, 19-20).

De esta manera, se percibe que las citas precedentes son lo suficientemente indicativas de la amplitud que emana de las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH, así como la naturaleza de *lex specialis* que le asiste al artículo 26 de la CADH, lo

cual permite argumentar la estrecha relación que existe entre estos artículos y por supuesto, desvirtuar la imposibilidad de configuración de la *tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa* de los DESC. A manera de ejemplo, veamos lo dicho por la Corte IDH en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, en el que se evidenció el nivel mínimo esencial que supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, a partir del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la CADH:

En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. (...) Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta (Corte CIDH 2013, párrafo 130-133).

En síntesis, no cabe duda de que el recorrido efectuado hasta el momento, ha permitido demostrar que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible y que los derechos derivados son autónomos. Las respuestas esgrimidas frente a ¿cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido? y ¿cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención?, son una clara muestra desde el punto de vista dogmático, que los derechos que regula el artí-

24 La tesis opuesta la sostienen James Callavaro, Emily Schaffer en “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004, y Oswaldo Ruiz Chiriboga en “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System” *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013.

culo 26 de la CADH, van más allá de su consideración como meras políticas públicas²⁵, sino que se tratan de verdaderos derechos autónomos, amparados por las obligaciones generales reguladas en los artículos 1 y 2 de la CADH y con la posibilidad de contar con un contenido específico a través de un adecuado ejercicio hermenéutico²⁶.

Ciertamente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha verificado como práctica utilizar distintos instrumentos internacionales más allá de la CADH para definir contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos reconocidos y precisar las obligaciones estatales, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte del corpus iuris internacional en materia de derechos humanos²⁷.

REFLEXIONES FINALES

En armonía con lo establecido en la Declaración y Programa de Viena (1993) “Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales²⁸; lo cierto es que el debate recreado por los jueces interamericanos Ferrer Mac-Gregor y Sierra Porto, plantea un punto en común atinente a que los DESC cuentan con un mecanismo de exigibilidad en el SIDH.

No obstante, el debate por la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC se encuentra en un punto

donde la Corte IDH puede dar ese salto, valiéndose entre otros, de las herramientas hermenéuticas plasmadas en este documento.

Como ya lo mencionamos y, haciendo alusión a lo narrado por José Saramago “suenan las campanas en un pueblo de Florencia en el siglo XVI. Las campanas no suenan para decir la hora, ni para anunciar una fiesta. Las campanas anuncian muerte. Los vecinos del pueblo se reúnen en el atrio de la iglesia para saber quién ha muerto. Se trata de la historia de un campesino cuya tierra ha sido apropiada por un hombre rico, un marqués sin escrúpulos. El campesino protesta ante el hombre usurpador, pide clemencia, se queja ante la justicia. No tiene solución ni respuesta. Finalmente decide quejarse urbi et orbi. Y toca las campanas. El campesino da la noticia de que la justicia ha muerto” (Saramago 2012) las personas que habitan los Estados miembros del SIDH, ya han realizado al igual que el campesino el respectivo reclamo a las autoridades (Caso Gonzalez Lluys vs. Ecuador); ya han acudido al aparato de justicia

25 “Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero, mientras la *política* es un concepto amplio, relativo al poder en general, las *políticas públicas* corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos o situaciones socialmente problemáticas. En este contexto, las políticas públicas se soportan en determinadas posturas políticas, y éstas últimas, son factores de viabilidad y factibilidad de la política pública en cuestión”. André-Noel Roth Deubel y Gloria Molina Marín, “Introducción”, en Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*, (Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, 2008), 13. Consulta 23 de abril de 2016: http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf.

26 Daniel Dorado, por ejemplo, ilustra sobre la superación de la tesis de la no justiciabilidad del derecho a la salud: “Recordando lo dicho en párrafos precedentes por Tara Melish, no reviste mayores cuestionamientos el hecho de que un sector de la doctrina apunta por la defensa de la no justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, reiterando que no constituye el objeto de estudio de esta investigación pronunciarse de fondo sobre dicho particular, conviene leer en armonía las críticas reseñadas por Melish con la afirmación realizada por Ligia Bolívar, lo cual permitirá insertarse en el análisis de la *fundamentalidad del derecho a la salud desde la teoría del derecho*: “No son justiciables. Este argumento se presenta en referencia a que la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivados hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado. Además, se retoma aquí el tema de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho”. Así las cosas, de entrada se debe manifestar que la anterior crítica no es predicable del *derecho a la salud*, gracias a que como se verá a continuación, la estructura del mismo –sin adentrarse todavía en su *contenido mínimo o esencial*–, a partir de la revisión de los elementos que para tal fin han delimitado autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy y Rodolfo Arango, permiten inferir su condición de *fundamentalidad*”. Daniel Felipe Dorado Torres, *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*, (Tesis de Maestría, DUniversidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 25 y s.

27 Eduardo Ferrer Mac-Gregor cita varios ejemplos: caso Kawas Fernández vs Honduras; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá; caso “Instituto de Reeducación del Menor”; caso Comunidad Indígena Yakye Axa; caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; entre otros. Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Hacia la justiciabilidad plena de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

28 Declaración y el Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III), párrafo 5.

donde en contados casos han recibido la efectiva garantía de sus derechos; y, finalmente se encuentran tocando la campana al máximo órgano jurisdiccional del SIDH para que a través de su jurisprudencia y, no vía enmienda de la CADH (como lo sugieren

algunos autores), sienten las bases para la anhelada justiciabilidad de los DESC y los derechos derivados como derechos plenamente autónomos, tal y como fue reconocido en la Declaración y Programa de Viena (1993) sobre la base de la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Victor y Rossi, Julieta. 2004. *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Martin Claudia et al, (comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana
- _____. 2015 *Memorial Amicus curiae Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*. Buenos Aires
- Alarcón Peña, Pablo. 2009. La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. En *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*. Quito: 2015.
- _____. *Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales*, consulta 07 de junio de 2015, 2013. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>>.
- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2014. *Los derechos sociales y su justiciabilidad direct*. Quito: Cevallos Editora Jurídica
- Callavaro, James y Schaffer, Emily. 2004. Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*. No. 56.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. 2013. <<http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>>.
- Courtis, Christian. 2004. Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Mexicana de Derecho Público*. N. 6. México.
- _____. Christian Steiner, Patricia Uribe (edit.)2016. *Derechos económicos, sociales y culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos*.Lima: Kondrad-Adenauer-Stiftung
- Courtis, Christian y Gargarella, Roberto.2009. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. En *CEPAL-Serie políticas sociales*. No. 153. Santiago de Chile
- Dorado Torres y Daniel Felipe. 2016. *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*. Tesis de Maestría,Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
- Ferrer Mac-Gregor y Poisot Eduardo, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan (coord.). 2016. “Hacia la justiciabilidad plena de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Ius constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juraá
- Mancisidor de la Fuente, Mikel, Manuel Mesa (coord.). 2010. Los derechos económicos, sociales y culturales: una puesta al día. *Balance de una década de paz y conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional*. Anuario 2010-2011. Madrid: CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz
- Melish, Tara. 2003. *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDS)
- Parra Vera, Oscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012,<http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf>.

- Roth Deubel, André-Noel y Molina Marín, Gloria. "Introducción". En Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública "Héctor Abad Gómez", 2008, http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf.
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System" *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013.
- Saramago, José. *Foro Social Mundial*. 2012.
- Valcárcel T., Juan M. y González S., Andrés. 2008. Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario. En *Prolegómenos –Derechos y valores*. Volumen XI–Nº 22, Julio–Diciembre.
- Villán Durán, Carlos. *La protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas*. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>.
- _____ Pablo Elías González Monguí coord. 2009. Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia
- Corte Interamericana de Derechos Humanos:**
- Opinión Consultiva OC-10/89*, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989.
- Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Caso Acevedo Buendía vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, sentencia de 21 de mayo de 2013.
- Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013.
- Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013.
- Caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015.
- Caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.
- Caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
- Caso *Furlan vs. Argentina*, voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay, 31 de agosto de 2012.
- Corte Constitucional colombiana:
- Sentencia C-313, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, 29 de mayo de 2014.
- Corte Constitucional ecuatoriana:**
- Sentencia No. 115-14-SEP-CC
 Sentencia No. 006-15-SAN-CC
 Sentencia No. 019-15-SIS-CC
 Sentencia No. 164-15-SEP-CC
 Sentencia No. 006-15-SCN-CC
 Sentencia No. 146-14-SEP-CC
 Sentencia No. 344-16-SEP-CC
 Sentencia No. 021-16-SIS-CC
 Sentencia No. 080-13-SEP-CC
 Sentencia No. 016-16-SEP-CC
 Sentencia No. 074-16-SIS-CC
 Sentencia No. 324-17-SEP-CC
 Sentencia No. 008-09-SAN-CC
 Sentencia No. 133-15-SEP-CC
 Sentencia No. 309-16-SEP-CC
 Sentencia No. 072-17-SEP-CC;
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Declaración y Programa de Viena (1993).

Declaración Viena 20+ OSC. 2013.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: POSIBLE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

CONVENTIONALITY CONTROL IN PUBLIC ADMINISTRATION: POSSIBLE APPLICATION OF THE “MARGIN OF APPRECIATION OF THE STATE” DOCTRINE

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POSSÍVEL APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL

*Franco Gatti**

Recibido: 09/06/2017
Aprobado: 17/07/2017

Resumen:

El denominado “margen de apreciación nacional” fue expuesto como un criterio en virtud del cual los Estados pueden delinear interpretaciones disímiles a las resultantes de la praxis de los tribunales internacionales, en la medida en que se trate de tópicos controvertidos y permisivos de miradas plurales. En efecto, a partir del estudio de antecedentes jurisprudenciales, y de las contribuciones doctrinarias, se advierte la posibilidad de conciliar las particulares características de la función administrativa con el margen de apreciación nacional, como oportunidad para que el control de convencionalidad no imponga sin cortapisas criterios elaborados con lejanía de las necesidades locales y sea proclive a recoger la idiosincrasia de los Estados.

Palabras clave: Convencionalismo; Pluralismo; Margen; Interpretación; Administración.

Abstract:

The denominated “margin of national appreciation” was exposed as a criteria by virtue of which the States may outline interpretations dissimilar to those that result from the praxis of the international courts, to the extent that the case be of controversial topics and permissive of plural views. Effectively, from the study of judicial precedents and of the doctrinal contributions, the possibility of conciliating the particular characteristics of the administrative function

with the margin of national appreciation is noticed, as an opportunity for the conventionality control not to impose without hindrance criteria elaborated in distance from the local needs and be prone to collect the idiosyncrasy of the States.

Key words: Conventionality; Pluralism; Margin; Interpretation; Administration.

Resumo:

O denominado “margem de apreciação nacional” foi exposto como um critério em vista do qual os Estados podem delinear interpretações distintas que a da práxis dos tribunais internacionais, na medida em que se tratem tópicos controvertidos e permisivos de visões plurais. Em efeito, a partir do estudo dos antecedentes jurisprudenciais, e das contribuições doutrinárias, se adverte sobre a possibilidade de conciliar as particulares características da função administrativa com a margem de apreciação nacional, como oportunidade para que o controle de convencionalidade não imponha sem condições critérios elaborado com distância das necessidades locais e tenha inclinação a buscar a idiosincrasia dos Estados.

Palavras chave: Convencionalidade; Pluralismo; Margem; Interpretação; Administração.

* Abogado Doctorando en Derecho. Maestrando en Derecho Público. Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional. Ganador de la “X Competencia Interuniversitaria” de litigio oral en Derechos Humanos. Becario del Instituto Berg para el Curso “Derechos Humanos en terreno: Europa 2016”. Becario de Investigación del Consejo Interuniversitario Nacional 2015-2016.

INTRODUCCIÓN

La jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos significó, además de una conmoción en la estructura del ordenamiento jurídico, una ruptura epistemológica que trajo consigo un desafío de armonización con los estándares globales vigentes en la materia. De tal modo, el compromiso jurídico lejos está de detenerse en la ratificación normativa, y a más de veinte años de la reforma constitucional, nuevas interpelaciones inauguran ámbitos renovados de discusión.

El denominado control de convencionalidad puso de relieve que la articulación entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos debía propender al “afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías” (Bazán 2010, 18). Inicialmente previsto como tarea ineludible de los tribunales nacionales, el test de convencionalidad amplió sus horizontes, involucrando actualmente a todos los órganos del estado. En consecuencia, la administración ya no puede escapar en cada uno de sus actos a verificar que los mismos guarden coherencia

con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también con la interpretación que de ella haya concretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos –además de otros instrumentos del corpus iuris internacional–.

De esta forma, cada vez es más reducido el número de decisiones domésticas susceptibles de escapar a los criterios interamericanos, elevándose como un interrogante clave si aún existen actos de la administración absolutamente discrecionales, y en efecto si el llamado “margen de apreciación nacional” puede jugar un rol importante en resguardar la diversidad, el pluralismo y aquellas circunstancias desconocidas por el orden global.

Los principios basales que rigen al control de convencionalidad han sido ampliamente desarrollados, pero enfrentamos una posibilidad teórica de profundizar sobre la supervivencia o no de límites en la ejecución del mismo y la posibilidad de que la administración pueda acogerse a ellos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Fundamentos y caracterización

El control de convencionalidad tiene por meta “afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derecho humanos. Expresa o implícitamente, parte del presupuesto de que ellos tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales, siempre, desde luego, que sean más favorables para las personas” (Sagüés 2011, 143).

En el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el precedente “Almonacid Arellano Vs. Chile” que los jueces y tribunales internos no sólo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a las interpretaciones que de éstas haya hecho el Tribunal Interamericano (Corte IDH 2006). Luego, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” agregó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces

también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin” (Corte IDH 2006). En suma, allí se presentó al instituto como un “acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales a la Convención americana sobre Derechos Humanos y a la exégesis que a este instrumento le da la Corte Interamericana” (Sagüés 2010, 120). Por su parte, Ferrer Mac-Gregor sostiene que “se trata de un estándar mínimo creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.” (Ferrer Mac Gregor 2011, 532)

El fundamento en virtud del cual se sostiene el mentado test de convencionalidad reside primordialmente en el contenido de los artículos 1 y 2 de la Convención, es decir en la obligación general de los Estados de res-

petar los derechos establecidos en el texto del tratado y en el deber de adoptar las disposiciones legislativas, jurisdiccionales, administrativas y de cualquier otro carácter para tornar empíricos los propósitos convencionales. Asimismo, ello queda subrayado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, pues ordena que no es posible alegar disposiciones de derecho interno para incumplir obligaciones internacionales.

La jurisprudencia constante de la Corte Interamericana alrededor del artículo 2 de la Convención ha indicado desde el comienzo que el allí enunciado como deber general “incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías” (Corte IDH 2000). Queda entonces despejado todo ánimo dubitativo acerca de si sólo las normas constituyen materia controlable, ratificándose esta posición al señalarse que el compromiso contenido en el artículo 2 implica dos clases de medidas: “la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación de garantías previstas en la Convención, y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías” (Corte IDH 2004). Así, se plantea el despliegue del control de convencionalidad tanto en el plano de las leyes (control abstracto), como en el de los hechos, genéricamente designados como “prácticas” (control concreto). Más aún, bajo esta clase de control, cobra una nueva dimensión hermenéutica el concepto de “violación per se de la Convención”, descrito dogmáticamente en la Opinión Consultiva 14 de 1994 (Corte IDH 1994) y vertido como causa de la declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados Partes en numerosos fallos, por la violación de la Convención por medio de leyes (Corte IDH 2007), por acciones directas (Corte IDH, 2005) y por omisiones (Corte IDH 2005).

Convencionalidad y Administración

Tras la evolución puesta de manifiesto en los antecedentes “Almonacid Arellano Vs. Chile” y “Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú”, pareció quedar consolidado el criterio en virtud del cual el control de convencionalidad no sólo estaba en manos de la Corte Interamericana, sino también de todos los jueces –y

autoridades que ejerzan funciones jurisdiccionales– de los Estados ratificantes de la Convención, incluso haciéndolo ex officio, por propia iniciativa del magistrado. La finalidad de esta práctica claramente se orienta a “adecuar o, lo que es lo mismo, amoldar o adaptar, las reglas de derecho interno a los tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas en el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crea las que correspondan” (Hitters 2009, 5).

Surge entonces un interrogante en torno a si los órganos administrativos quedaban también compelidos a concretar esta evaluación de coherencia entre los actos de la administración y el corpus iuris interamericano. La respuesta se expone contundente en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, quien sostuvo que el referido compromiso “vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un 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” (Corte IDH 2012). Ello ha quedado respaldado en el caso “Gelman Vs. Uruguay”, subrayándose que “el control de convencionalidad (...) es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Corte IDH 2012).

Desde la órbita del derecho administrativo, también puede propiciarse una hermenéutica proclive a asumir al test de convencionalidad como una piedra angular en la labor de la administración. En un sistema democrático la función primordial de la administración pública es velar por el interés general de los ciudadanos a los que sirve, el mismo se encuentra definido por los valores y principios contenidos en la Constitución (Sánchez Morón 2007, 225), que ordena la salvaguarda de los derechos humanos a través de un auténtico diálogo de fuentes. En paralelo, el derecho administrativo reconoce al principio de legalidad como un lineamiento rector, sometiendo a la ley en su más amplio sentido con conciencia de la primacía de la Carta Magna y los tratados de derechos humanos. En efecto, “la Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, se impone a todos los actos que dicta la Administración Pública” (Cassagne 2008, 152). Abona esta tesis la con-

sideración de que la responsabilidad internacional del Estado se vería comprometida si uno de sus órganos, cualquiera fuera su esfera de actuación, omitiera acilimar sus manifestaciones normativas a los estándares vigentes e imperativos resultantes de obligaciones asumidas en el plano global.

Gordillo pone luz sobre ciertas prácticas refiriéndose al “sistemático incumplimiento de la Constitución” por parte de la Administración. Al respecto, expone que suele postularse “que la inconstitucionalidad se declara sólo como *última ratio*, no como aplicación normal del ordenamiento, y que se aplican leyes inconstitucionales si las partes no lo plantean en la jurisdicción, Se argumenta que el juez actuaría en violación al principio de congruencia” (Gordillo 2009, 18). Esta doctrina, cuestionada por el autor, es inconstitucional pues subvierte la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y, lejos de contribuir a la economía

procesal –como se ha postulado–, la dificulta puesto que retarda a una eventual instancia jurisdiccional el análisis de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos de la administración. En consecuencia, “la ausencia de invocación de la norma por las partes no puede privar al orden jurídico de su aplicación” (Gordillo 2009, 19).

En suma, y conforme de los argumentos antes explicitados, ratificamos la tesis que sostiene el deber de los órganos administrativos no sólo de observar y tornar efectivos los derechos fundamentales, sino también de controlar que sus actos no contengan incompatibilidades con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sostener lo contrario permitiría abrir camino hacia el desentendimiento administrativo de posibles violaciones a compromisos internacionales, impactando sobre prerrogativas de los ciudadanos.

MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y PLURALISMO HERMENÉUTICO

Consideraciones generales

Se ha puesto de manifiesto la trascendencia actual del control de convencionalidad, procurando su instalación en la praxis jurídica y el trazado de horizontes lo suficientemente amplios para que ninguna manifestación estatal pueda desconocerlo. Igualmente, y acreditado por la propia voz del Tribunal Interamericano, ha quedado reforzado el razonamiento por el cual se asevera la necesidad de ejecutar el control sobre normas, pero también sobre las prácticas y políticas públicas que pudiesen desoír los mandatos del Sistema Interamericano.

Esta imponente presencia que ha cobrado el control de convencionalidad no fue producto de asimilaciones desprovistas de cuestionamientos, los contrapuntos gestados se concentraron principalmente en la repercusión que esta “internacionalización” del ordenamiento doméstico produce sobre la noción de soberanía nacional. En definitiva, los rasgos esenciales que Jean Bodin atribuía a la soberanía, entendiéndola como el “poder absoluto y perpetuo del Estado”, sufrieron las secuelas propias de la inserción de los Estados en el orden global y de los consensos que allí se ensayan para trazar criterios lo más uniformes posibles.

Sin embargo, el test de convencionalidad no está libre de limitaciones, además de las precisiones enunciadas en cuanto a quiénes lo desarrollan, cuál es el material controlado y cuál aquél en relación al que se controla, existe una porción de la conducta estatal que -a priori- podría merecer un análisis diferenciado. Uno de los institutos que traza restricciones a la intervención del convencionalismo es el denominado “margen de apreciación nacional”. El mismo “debe ser comprendido como un reducto o criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales” (Barbosa Delgado 2011, 108). Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que torna dificultoso lograr interpretaciones uniformes sobre las cláusulas de los mismos.

Esta doctrina halla vinculación con la determinación de cuáles son las limitaciones de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, contribuyendo a discutir en derredor de su carácter coadyuvante. De hecho, el pilar del instituto analizado reside en el principio de subsidiariedad, consagrado en el Preámbulo de la Convención Americana cuando describe la naturaleza “coadyuvante o complementaria” que el sistema de protección convencional posee

respecto de la que ofrece el derecho interno de los Estados. En efecto, se reconoce que en ciertos casos es posible la existencia de una diversidad de interpretaciones en materia de derechos fundamentales, y se sugiere que el Tribunal Internacional del que se trate se inhiba en la subrogación de las autoridades nacionales para valorar aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de derechos universales. Como lo sugiere Georges Letsas “la doctrina del margen de apreciación tiene dos facetas: una sustantiva, relativa al eterno problema de discernir entre las libertades individuales y los objetivos colectivos, y otra estructural, relativa a la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales” (Letsas 2007, 80).

Específicamente, el instituto en cuestión deja un margen de libertad a los Estados: “1) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, 2) para limitar el ejercicio de alguno de los derechos con el objeto de resguardar otros derechos o intereses de la comunidad., 3) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos se desarrollan en el ordenamiento interno”. (Nuñez Poblete 2012, 6). Por ejemplo, en el ámbito europeo, se ha reconocido la aplicación del margen de apreciación para limitar el alcance de libertades comunitarias frente a circunstancias extraordinarias, como por ejemplo un riesgo para la salud colectiva (TJUE 2002), o para definir el alcance nacional de la moralidad pública (TJUE 1979).

En el Sistema Interamericano, “la idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación nacional en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocido en el texto de la misma (...) Sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano” (Faúndez Ledesma 2004, 57). La Comisión Interamericana ha receptado esta doctrina por ejemplo, en el caso “Efraín Mont Vs. Guatemala”, refiriéndose a las reglas de elegibilidad vigentes en aquel Estado, y concluyendo que “el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad, es la dimensión apropiada para el análisis de la Convención en general, y de sus artículo 23 y 32 al caso sub-judice, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional”. (Corte IDH 1993).

No puede desconocerse que si bien fuertes oposiciones a la utilización de esta doctrina esgrimen que ella esconde un peligro latente, pues flexibiliza los mandatos internacionales en la interpretación de los derechos humanos, acabaría siendo una actitud teóricamente irresponsable desecharla de plano. Piénsese, verbigracia, en aquellos Estados donde conviven una multiplicidad de etnias, o en territorios con prácticas ancestrales y legitimadas popularmente que sin violar estrictamente derechos humanos exigen de ellos valoraciones peculiares. De hecho, la matriz epistemológica de la Corte Interamericana ha sufrido mutaciones con el transcurso del tiempo, confirmando que la hermenéutica de los derechos humanos no se forja de una vez y para siempre, y que incluso del propio uso que los Estados hagan del “margen de apreciación nacional” pueden irrumpir nuevas miradas.

El margen de apreciación nacional y su utilidad en la Administración Pública

El rol de la Administración es definitivamente peculiar, porque si bien la función legislativa –e incluso la judicial- no escapa a la politización, en ella se planifican y ejecutan políticas públicas, imbuidas por la ideología del gobierno de turno, y cristalizadas normativamente –actos administrativos, reglamentos, etc-. Sostener que estas atribuciones deben siempre desplegarse con acatamiento riguroso de las pautas fijadas por tribunales internacionales puede acabar pulverizando la capacidad de captar particularidades contextuales y echando de menos las consideraciones idiosincráticas. En efecto, emerge un interrogante de compleja solución, ¿todas las decisiones de la administración se hallan encorsetadas en la hermenéutica interamericana o el control de convencionalidad puede ceder frente a la necesidad de interpretar los derechos fundamentales con un prisma local?

Inicialmente, no nos es lícito olvidar que el Poder Ejecutivo está sometido a ley, encuentra en la Constitución y en la legislación infraconstitucional una delimitación de su campo de acción, y descontado está que igualmente debe conducirse al compás de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos. Es cierto también que la norma constitucional le confiere al Poder Ejecutivo determinadas facultades en forma directa y que la intromisión en ellas de la regulación legislativa o el control jurisdiccional ha sembrado divergencias en el

terreno doctrinario. Con sostén en el espacio de libertad jurídicamente conferido a la Administración, se ha delineado la teoría de los actos de gobierno, no justificables, políticos o discrecionales, orientada a impedir el llamado “gobierno de los jueces”. Sin embargo, en nuestros días se ha afianzado con mayor fortaleza la tesis opuesta, refrendada, entre otros, por Germán Bidart Campos, quien sostiene que “uno de los argumentos más importantes que obligan a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio de las cuestiones políticas, radica, en nuestro régimen constitucional, en el art. 116 de la Constitución Nacional, cuando reserva al poder judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” (Bidart Campos 1996, 351).

Por lo tanto, en el estado actual de desarrollo del control de constitucionalidad y convencionalidad, es complejo sostener que ciertos actos de la administración puedan quedar excluidos y librados a su absoluta discrecionalidad. A pesar de ello, la doctrina antes expuesta sobre el margen de apreciación nacional habilita una oportunidad para imprimirle a las prácticas y normas emanadas del poder administrador una impronta local, siempre que no se desnaturalice el núcleo de los derechos humanos.

La oportunidad concreta de conciliar los fundamentos del margen de apreciación nacional con la función de la administración, reside, en principio, en reconocer que las políticas públicas y las decisiones adoptadas en la órbita administrativa suponen, en general, el contacto más cercano con la ciudadanía y el eslabón ejecutivo encaminado a atender las necesidades humanas.

En dicha tarea, empapada ideológica y políticamente, se torna indispensable otorgar la debida atención a los destinatarios de los actos estatales, que no son idénticos a quienes habitan el territorio de cualquier otro Estado, ni a los sujetos considerados en los precedentes de tribunales internacionales, y que además se relacionan en un ambiente específico, con una historia única. De ahí que un Jefe de Estado al reglamentar una ley, un Ministro al dictar una resolución, el Rector de una Universidad al firmar un decreto, debe cerciorarse de no estar transgrediendo derechos convencionales, pero también pueden sensibilizar sus apreciaciones –aún apartándose del criterio uniforme– propiciando no descuidar las urgencias de una realidad que no se asemeja a ninguna otra.

Introducir en este abordaje al fenómeno del pluralismo jurídico probablemente ilustre aún más las aristas conceptuales hasta aquí explicitadas. La convivencia de diversos órdenes normativos interpela a la disciplina jurídica acerca de la actitud que debe tomarse en relación a ello, evaluando primordialmente que las sociedades latinoamericanas registran la coexistencia de etnias, pueblos originarios y grupos con parámetros normativos propios. Piénsese por ejemplo, en la investigación desplegada por Boaventura de Sousa Santos sobre la situación jurídica en las favelas de Brasil, equiparable al escenario de las catalogadas “villas de emergencia” en Argentina. Allí, difícilmente ingresen con justeza los parámetros internacionales que rigen al derecho de propiedad, a la vivienda digna, al acceso al agua potable, etc., y se vuelve imperiosa una reacción desde la teoría que coadyuve a abarcar este tipo de circunstancias. En iguales términos, la occidentalización en la que se inscribe nuestro sistema jurídico no puede escapar a los ejes analíticos que buscan dilucidar cuáles son los factores demandantes de espacios en el escenario del derecho. El autor antes mencionado, afirma que “la cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión de la cultura occidental, por lo tanto los derechos humanos son universales sólo cuando se los considera desde una óptica occidental” (Santos 2010, 88). La relatividad cultural, el reconocimiento de la incompletud, la fidelidad a los orígenes y la valorización de lo repudiado y descalificado, configuran el reto actual del progresismo jurídico.

Pensemos entonces que la administración pública cotidianamente interviene en los contextos precedentemente descritos, decide con asiduidad sobre las necesidades de personas pertenecientes a entornos vulnerables, y signados por vínculos distintos a los “uniformes”. En esa labor, ejecuta prácticas, condensa en normas pretensiones históricas y además debe tener como norte las obligaciones internacionales del Estado, aspirando a una armonía pacífica. Definitivamente son infinitas las posibilidades de que esa compatibilización no se alcance en la totalidad de las hipótesis, y por ello se exhibe como una herramienta plausible el margen de apreciación nacional. Nos referimos a que sea viable dotar al poder administrador de un espacio interpretativo capaz de formular alternativas jurídicas a los estándares universalizados, con el objeto concreto de evitar la exclusión y el olvido de quienes no han sido comprendidos por marcos epistemológicos con ambición de totalidad.

CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad, sin lugar a dudas, constituye un instrumento cada vez más eficiente para que los Estados no desconozcan fronteras dentro sus compromisos internacionales. Además, se instituye como una auténtica garantía de los ciudadanos de cara a que sus derechos fundamentales permanezcan resguardados en cada manifestación estatal. Pero, la propuesta teórica de colocar en tensión sus horizontes y habilitar instancias en las que se admita la infiltración del contexto en el que se ejerce, lo enriquece aún más.

La doctrina del margen de apreciación nacional, impulsada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se nos ha presentado como una suerte de ingeniería jurídica a la que recurren los Estados para intentar ser relevados de la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. A pesar de ello, profundizar en las raíces del instituto, en sus fundamentos y finalidades, torna factible su utilización con propósitos que lejos de perjudicar la vigencia de los derechos fundamentales, los reafirman desde una concepción comprensiva de la diversidad.

En este orden de ideas, la Administración pública, responsable también del test de convencionalidad, pone de manifiesto cómo a través de las determinaciones habituales que ella define, las pautas internacionales en materia de derechos humanos no se ajustan con exactitud a las necesidades de ciertos ciudadanos. Las comunidades indígenas, los colectivos de la diversidad sexual, los inmigrantes, las poblaciones excluidas, históricamente no participaron en la edificación de los marcos conceptuales a partir de los cuales se crean e interpretan las normas jurídicas. Por lo tanto, pretender someter realidades olvidadas a parámetros emergentes de la hegemonía global acaba arrojando un saldo contraproducente en la efectiva vigencia de los derechos humanos. El margen de apreciación nacional, entendido como un espacio interpretativo orientado a recoger la pluralidad frente a uniformidades cuestionadas, nos posiciona ante el desafío de comenzar a inaugurar nuevos andariveles en su aplicación. La Administración pública, por la inmediatez que la une con las necesidades ciudadanas, es un ámbito próspero para acreditar la instrumentalidad humanista de un instituto hasta entonces cuestionado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Barbosa Delgado, F.R. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el tribunal europeo y la corte interamericana de derechos humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado* N° 26.
- Bazán, Víctor. 2010. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Nacional de Chile.
- Bidart Campos, G. 1996. *Manual de la constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Cárcova, C.M. 1998. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- Cassagne, J.C. 2008. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Santos, Boaventura De Sousa. 2010. *Para descolonizar occidente*. Buenos Aires: Clacso- Prometeo libros.
- Faúndez Ledesma, H. 2004. *El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrer Mac-Gregor, E. 2011. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. el nuevo paradigma para el juez mexicano*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- García Ramírez, S. 2002. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gordillo, A. 2011. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hitters, J.C. 2009. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*. Buenos Aires: La Ley.
- Letsas, G. 2007. *Theory of interpretation of the european convention of human rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Nikken, P. 1994. *El concepto de derechos humanos. Estudios básicos de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Núñez Poblete, M. 2012. *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. la experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sagüés, N.P. 1998. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Buenos Aires: Academia nacional de derechos y sociales de Buenos Aires.
- _____. Sagüés, N.P. 2010. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- _____. Sagüés, N.P. 2011. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad a propósito de la constitución convencionalizada*. Castilla- La Mancha: Universidad de Castilla- La Mancha.

Jurisprudencia

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 30/93, “José Efraín Mont vs. Guatemala”, 12 de octubre de 1993.
- _____. Caso “Godínez Cruz vs. Honduras”. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie c no. 5.
- _____. Opinión consultiva 14 de 1994. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos). Diciembre 9 de 1994. Serie a no. 14.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La última tentación de cristo” Vs. Chile. Sentencia de febrero 5 de 2001. Serie c no. 73.

_____ Caso “Durand Ugarte vs. Perú”. Sentencia de agosto 16 de 2000. Serie c no. 68.

_____ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Lori Berenson Mejía vs .Perú”. Sentencia de noviembre 25 de 2004. Serie c no. 119.

_____ Caso de “la masacre de mapiripán vs. Colombia”. Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie c no. 134.

_____ Caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, Sentencia de septiembre 15 de 2005. Serie c no. 133.

_____ Caso “Ximenes López vs. Brasil.” Sentencia de julio 4 de 2006. serie c no. 149.

_____ Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie c n° 154.

_____ Caso “Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie c n° 158.

_____ Caso “Suarez Rosero vs. Ecuador”. Sentencia de noviembre 12 de 2007. Serie c no. 35.

_____ Caso “Gelman vs. Uruguay” (fondo), Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie c no. 221

_____ Caso “Masacres del mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 serie c no. 252, párrafo 318

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 34/79, “Regina/Maurice Henn y John Frederick Darby”, 14 de diciembre de 1979,

_____ Asunto c-172/00, “Ferring Arzneimittel GmbH vs. Eurim-pharm Arzneimittel GmbH”, 10 de septiembre de 2002.

SISTEMA INTERAMERICANO Y CALIDAD DE LA JUSTICIA: UN ANÁLISIS A LAS SENTENCIAS DE CONTRAVENCIONES POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND THE QUALITY OF JUSTICE: ANALYZING THE DECISIONS ON DOMESTIC VIOLENCE MISDEMEANORS

SISTEMA INTERAMERICANO E QUALIDADE DE JUSTIÇA: UNA ANÁLISE DAS SENTENÇAS DE CONTRAÇÕES POR VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

Alejandra Cárdenas*

Recibido: 26/04/2017

Aprobado: 05/07/2017

Resumen:

El artículo analiza la calidad de la justicia en las sentencias de los jueces de violencia intrafamiliar de Quito. Para este efecto, parte del análisis de la teoría de la argumentación jurídica como eje central para generar decisiones de calidad; además se plantea la necesidad de incorporar en ella la perspectiva de género. Siguiendo los postulados de esta teoría establece cuatro categorías que configuran una sentencia de calidad: las premisas normativa y fáctica; y la utilización de jurisprudencia y doctrina. Desde esta lógica, analiza cómo la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en materia de protección de derechos de las mujeres se han convertido en herramientas para motivar y fundamentar las decisiones judiciales a favor de las mujeres ecuatorianas. Los hallazgos de este trabajo no zanján un debate sino más bien plantean algunas interrogantes y desafíos actuales para la sociedad y el Estado.

Palabras clave: Justicia; Género, Derecho a la igualdad; No discriminación; Violencia intrafamiliar.

Abstract:

The article addresses the issue of the quality of the justice system by analyzing the decisions from domestic violence courts in Quito, Ecuador, by focusing on the theory of judicial argumentation as means to deliver high-quality judicial decisions, with a gender-based approach. Under this theory, four categories can be established to determine the quality of a judicial decision: the factual and legal premises, and the use of jurisprudence and doctrine. Under this logic, the paper discusses how the jurisprudence of the Inter-American

Commission of Human Rights and the Inter-American Court on the protection of women's rights is an effective tool of reasoning and argumentation of the judicial decisions that affect the rights of Ecuadorian women. The findings of this essay do not aim to close a debate, but to pose questions and point out the current challenges for the Ecuadorian State and society in general on these issues.

Key words: Justice; Gender; Right To Equality; Non-Discrimination ; Domestic Violence.

Resumo:

O artigo analisa a qualidade de justiça nas sentenças dos juízes de violência intrafamiliar em Quito. Para este fim, parte da análise da teoria da argumentação jurídica como eixo central para gerar decisões de qualidade; além disso, se plantea a necessidade de incorporar nessas a perspectiva de género. Seguindo os postulados dessa teoria estabelece quatro categorias que configuran uma sentença de qualidade: as premissas normativa e fáctica; e a utilização de jurisprudência e doutrina. Desde esta lógica, analisa como a jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos em matéria de proteção de direitos das mulheres que se converteram em ferramentas para motivar e fundamentar as decisões judiciais em favor das mulheres ecuatorianas. Os resultados deste trabalho não terminam com o debate, mas especificamente planteiam algumas dúvidas e desafios atuais para a sociedade e o Estado.

Palavras chave: Justiça; Género; Direito À Igualdade; Não Discriminação; Violência Intrafamiliar.

* Docente investigadora de la UDLA. Magíster en Relaciones Internacionales con mención en Derechos Humanos y Seguridad- FLACSO-Ecuador. Magíster en Estudios Latinoamericanos, Pontificia Universidad Javeriana-Bogotá. Doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales.

INTRODUCCIÓN

En el siglo XXI, cuando la sociedad ha dado pasos agigantados hacia la consolidación de la igualdad y la lucha por los derechos humanos, ser mujer es un factor de riesgo frente a la integridad y a la vida. Así, según la Agrupación Ni Una Menos, Vivas Nos Queremos, hasta el domingo 14 de mayo de 2017, en el Ecuador se han presentado 52 casos de femicidio en lo que va del año. Gran parte de ellos son causados por parejas de las fallecidas y son el desenlace de una cadena de violencia. Así mismo, notas periodísticas dan cuenta de que el 75 % de víctimas que denuncian violencia intrafamiliar son mujeres (El Telégrafo 2016). Mientras que las cifras oficiales del INEC dicen que 6 de cada 10 ecuatorianas ha sufrido una forma de violencia: física, psicológica o sexual.

Estas noticias evidencian un avance en la sociedad ecuatoriana, en la medida en que la violencia en contra de las mujeres ocupa la atención de los medios de comunicación y del debate público. Sin embargo, los datos son alarmantes y reflejan una deuda pendiente del Estado ecuatoriano en la protección de este grupo social.

Desde la década de los 90 el Ecuador adquirió obligaciones nacionales (Constitución de 1998 y Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia) e internacionales (CEDAW y Convención de Belém do Pará) que le

imponían el deber de generar normas, organismos y procedimientos para garantizar y respetar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Tras 20 años de la puesta en marcha de una institucionalidad administrativa y judicial para la protección de las mujeres frente a la violencia intrafamiliar, es preciso analizar si los fallos judiciales que se generan en este ámbito cumplen o no con su misión. En tal virtud la investigación está encaminada a explorar ¿cómo los estándares de protección de derechos de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar desarrollados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos –SIPDH– fortalecen la calidad de las sentencias emitidas por Juzgados de Violencia Intrafamiliar de Quito?

Resolver esta pregunta significa presentar un debate sobre lo que es la calidad de la justicia, para lo cual se presenta una discusión de la literatura científica generada en este campo. En segundo lugar, se realiza una revisión de los criterios y estándares de protección de derechos de las mujeres víctimas de violencia, generados por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Para finalizar con un análisis de las sentencias emitidas por los juzgados de violencia intrafamiliar de Quito, desde la perspectiva de la calidad de la justicia.

¿LA CALIDAD DE LA JUSTICIA: UNA CATEGORÍA DE ANÁLISIS EN LA CIENCIA JURÍDICA?

Actualmente, la academia ha incrementado las investigaciones sobre el desarrollo de la justicia, la incidencia del poder en ella y su autonomía; o las motivaciones sobre las decisiones judiciales. Sin embargo, el análisis de la calidad de la justicia y la reflexión sobre las sentencias es escaso o nulo (Pásara 2006; Cross y Lindquist 2009; Basabe-Serrano, 2016). Las razones que se han expuesto para justificar esta situación son varias. Entre los argumentos planteados está el reconocimiento del concepto “calidad de la justicia” como conflictivo. Esto debido a que su análisis se ha centrado en nociones muy diversas e incluso subjetivas como el desempeño de los jueces ligado al tiempo que éstos utilizan para resolver los casos (Basabe-Serrano 2016, 1). Así mismo, varios autores coinciden en señalar que

la ausencia de esta reflexión está dada por la dificultad de establecer categorías para medir el concepto (Pásara 2003, 413; Basabe-Serrano 2016, 1). La última razón por la que no se ha abordado este tema está dada por la ausencia de una dimensión teórica que defina el alcance y contenido de la calidad de la justicia. Los pocos estudios académicos que se han realizado sobre la calidad de la justicia han recurrido a los métodos cuantitativos y cualitativos de investigación. Por tanto, a continuación se presenta un estado del arte sobre el estudio de este concepto y los principales aportes teóricos.

Así, desde el enfoque cuantitativo Posner, propone dos criterios de análisis: el primero se refiere al número

de sentencias que son revocadas o confirmadas por la Corte Suprema de Justicia (Posner 2000, 711); en tanto el segundo, hace relación al número de veces en que las decisiones de las Cortes de Apelaciones, son citadas por Tribunales que no están obligados a seguir sus decisiones (Posner 2000, 717). De otra parte, Choi y Gulati (2004, 305-311) proponen un método de medición de la calidad de la justicia a través de tres criterios objetivos: la productividad (rendimiento en los casos), la calidad y la independencia. La productividad mide el número de opiniones publicadas por los jueces de la corte de un circuito y escritas durante un periodo de tiempo en relación la carga de trabajo y la publicación de normas en cada circuito. Para los autores el estándar de rendimiento está encaminado a identificar a los jueces que escriben las sentencias de elevada calidad midiendo en número relativo las citas de sus pronunciamientos por parte de otros jueces (Cross y Lindquist 2009, 1387). Consideran que la categoría independencia mide la frecuencia con la cual los jueces están en desacuerdo con colegas del partido político al que pertenecen. A través de la reflexión sobre esta categoría los autores buscan demostrar la independencia ideológica y de decisión.

De otra parte, Pásara propone un método cualitativo que incluye un estudio exhaustivo de las sentencias tanto en el contenido como en la forma. Considera fundamental analizar los mecanismos probatorios, es decir el tipo de pruebas aportadas y las pruebas decisivas para el fallo judicial. Plantea la necesidad de revisar el rol de los actores de los procesos, entre ellos los operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores públicos) y las partes procesales incluidos los abogados particulares y cómo sus actuaciones influyen en la sentencia. Además, propone indagar los resultados

en materia de condena y absolución. Finalmente, cuestiona aspectos de forma como la redacción clara u oscura- ampulosa; el uso de un mismo modelo que se reproduce fácilmente por la tecnología y errores gramaticales (Pásara, 2006). Esta propuesta se ciñe más a inferencias de tipo descriptivo más que analítico.

Frente a estos argumentos, Basabe-Serrano, desde la academia ecuatoriana, señala que los aportes de la literatura norteamericana han sido criticados y en muchos aspectos no son criterios aplicables a la justicia de América Latina. La primera crítica se refiere a la presunción de que las altas cortes son órganos de mayor calidad frente a las cortes intermedias, sin considerar que en muchos casos¹, los niveles medios son llenados a través de méritos en tanto, a las cortes nacionales se accede desde la coyuntura política (Basabe-Serrano 2016, 2).

A partir de estas críticas, Basabe-Serrano (2014; 2016, 3) desde una perspectiva más apegada a la realidad latinoamericana plantea categorías de análisis más incluyentes, basadas en la teoría general de la argumentación. Fundamenta su propuesta desde la consideración de que la justicia es un espacio de decisión donde las partes ventilan derechos e intereses particulares y la solución que adopta el juez es una opinión pública y articulada que constituye una decisión judicial. En este sentido, propone que la teoría de la argumentación jurídica provee elementos objetivos que permiten evaluar la calidad de las sentencias. La revisión del estado del arte sobre la calidad de la justicia presentada en esta sección da cuenta de un escaso debate teórico sobre este concepto. Por tanto, para efectos de este ensayo se sigue la propuesta de Basabe-Serrano, en tanto, se acerca a la realidad ecuatoriana y aporta un enfoque analítico y no solamente descriptivo.

LA DEFINICIÓN DE CALIDAD DE LA JUSTICIA Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Siguiendo la propuesta de Basabe-Serrano (2014), en el ámbito jurídico ha cobrado gran importancia la

teoría de la argumentación. Desde un sentido muy general la argumentación constituye toda actividad en-

¹ Basabe-Serrano, se refiere a tres críticas fundamentales. La primera, hace relación a la presunción de que las altas cortes son de calidad, sin tomar en cuenta el mecanismo de selección. Por ejemplo las cortes medias, en muchos casos se llenan desde los méritos mientras que las cortes nacionales o superiores a través de las relaciones políticas. La segunda crítica parte de analizar que la decisión de revocar un fallo no necesariamente obedece a que éste sea bueno o malo, sino a la capacidad de contratar a un buen abogado litigante. Enfatiza que esto pasaría en América Latina, donde los jueces fallan con méritos en las alegaciones de las partes. Finalmente, su tercera crítica se basa en que se le atribuye calidad a una sentencia que ha sido citada por otros decisores judiciales que no están obligados a hacerlo. Frente a lo cual señala que en América Latina es inaplicable, debido a que los jueces solo deben seguir líneas jurisprudenciales de las altas cortes (Basabe-Serrano 2016, 2).

caminada a fundamentar o justificar una postura, sea que ésta se refiera a una creencia, punto de vista, decisión o teoría, a través de argumentos (Martínez 2010, 187). Desde la lógica forma, un argumento es el encañamiento de enunciados, en los que a partir de algunos de ellos, llamados premisas se llega a otro llamado conclusión. Para Martínez, esta definición evidencia la estructura básica que deben tener los argumentos. Así, en primer lugar, se cuenta con una opinión, decisión o acción que se debe justificar, denominada conclusión que en el ámbito judicial es la sentencia del juez. En segundo lugar están todos los elementos que son expuestos como razones que justifican y apoyan esa conclusión (Martínez 2010, 1990; Atienza 1994).

Atienza plantea que la argumentación significa explicar y justificar las decisiones y para este efecto existen dos contextos, el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación. El primero hace relación a la enunciación de una teoría que explica un fenómeno; en tanto, el segundo se refiere a acreditar o validar la teoría, esto se logra a partir de la confrontación de los hechos a fin de evidenciar su validez. En el caso de la argumentación jurídica el contexto de descubrimiento es enunciar un determinado problema y su conclusión. Mientras que el contexto de justificación es fundamentar una premisa o conclusión. Enfatizando que los jueces no explican sus decisiones sino que las justifican (Atienza 1994, 60).

En materia jurídica, varios autores coinciden en señalar que la labor de argumentación está basada en una justificación interna y una externa (Alexy 1997, 213; Atienza 2006; 1994; Martínez 2010, 191). La justificación interna es aquella a la que se recurre para toda decisión jurídica y está compuesta por una premisa normativa y una premisa fáctica. La premisa normativa es el razonamiento sobre el contenido de una norma. En tanto, la premisa fáctica se refiere al razonamiento sobre cómo la situación descrita se relaciona con la norma. Este tipo de argumentación se aplica a lo que la literatura jurídica denomina los “casos fáciles”² (Alexy 1997; Atienza 1994, Martínez 2010).

De otra parte, la justificación externa es aquella que se refiere a los casos difíciles³ donde se requieren argumentos adicionales para solventar problemas jurídicos. Atienza considera que hay cuatro tipos de problemas. A los primeros, los denomina problemas de relevancia son aquellos que se generan a partir de una duda en la selección de la norma aplicable al caso. Los segundos son los problemas de interpretación, los cuales reflejan la existencia de dudas sobre cómo entender la norma o normas aplicables al caso. Los terceros son los problemas de la prueba, los cuales se refieren a las dudas que surgen sobre la existencia o no de un hecho. Finalmente, se refiere a los problemas de clasificación, que se generan frente a las dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en una norma específica (Atienza 1994, 62-63).

El abordaje de estos casos difíciles y la solución de estos problemas requieren de la argumentación jurídica en tanto, permite razonar y justificar las conclusiones a las que llega el juez. Para Basabe-Serrano, la argumentación de estos casos debe incorporar cuatro premisas. Las dos primeras son las reflexiones que se hacen en el marco de la justificación interna. En tanto, las otras dos se refieren a la necesidad de que los jueces argumenten recurriendo a los precedentes jurisprudenciales⁴ generados a nivel nacional e internacional; y a los aportes de los académicos expertos (Basabe-Serrano 2016, 3).

A partir de este esquema el autor plantea que la teoría de la argumentación jurídica provee elementos analíticos para establecer cuándo se está frente a una sentencia de alta o baja calidad en relación con el grado de complejidad de los casos (Basabe-Serrano 2016, 4). Así, en los casos fáciles, una decisión judicial de alta calidad es aquella que alcanza una conclusión justificada en la premisa normativa y en la premisa fáctica. En tanto, dentro de los casos difíciles una decisión de calidad es aquella en la que el juez alcanza una conclusión que se justifica en cuatro razones: la premisa normativa, la premisa fáctica, la jurisprudencia y la doc-

2 La doctrina jurídica reconoce como casos fáciles o rutinarios aquellos en los que ni la norma o normas aplicables, ni la comprobación de los hechos a los que se refiere el caso generan duda razonable (Atienza 1996).

3 Los casos difíciles se refieren a aquellas situaciones en las que existen dudas razonables sobre la premisa normativa o sobre la premisa fáctica (Atienza, 1996). En tanto, para Basabe-Serrano, los casos difíciles son aquellos casos que son resueltos por las altas cortes sobre la base de que estos resuelven casos más complejos (2016, 4) frente a las cortes intermedias o bajas.

4 Para Basabe-Serrano, el uso de jurisprudencia se refiere a tener en cuenta: a. las decisiones escritas de las cortes más altas de justicia de un Estado (Corte Nacional o Corte Constitucional); b. las decisiones de las altas cortes de otros Estados; y, c. las decisiones de las Cortes Internacionales.

trina. Una vez que se han definido los parámetros de la calidad de la justicia en dos escenarios, casos fáciles y casos difíciles, de manera general; para efectos de este trabajo, es necesario plantearse cómo aplicar estas dimensiones en los casos de violencia intrafamiliar. Por tanto, se propone la incorporación de la perspectiva de género en el análisis de la calidad de la justicia.

Para este efecto, se requiere reflexionar sobre la definición de género y su alcance. El género es una categoría de análisis que permite comprender cómo se articula y funciona un sistema patriarcal (Salgado 2013; Scott 2003; Facio 1992; 2007). Si bien muchas teóricas han expuesto qué es el género⁵, en este trabajo se sigue la definición propuesta por Scott (2003).

Para esta autora su definición tiene dos partes que están interrelacionadas pero son analíticamente distintas. Así, propone que "... el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder" (Scott 2003, 285). Desde esta definición, la primera proposición hace relación a cuatro ámbitos donde se ejercen las relaciones sociales: el ámbito simbólico, se refiere a las imágenes de ser mujer, por ejemplo la Virgen María o Eva. El segundo es el ámbito normativo, se refiere a la interpretación de los símbolos basada en las doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas que plantean el significado de ser hombre y mujer; y de lo masculino y lo femenino. El tercer ámbito es institucional, en el que están las diferentes instituciones sociales como la familia, las relaciones de parentesco, el mercado laboral, la justicia, la educación o la política. Finalmente, el cuarto elemento es el subjetivo, que da cuenta de cómo cada hombre o mujer construye su identidad (Salgado 2013, 47-48).

La segunda proposición, se refiere a que el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. Scott es enfática en señalar que éste no es el único campo, pero si ha sido una forma persistente y recurrente de ejemplificar lo que es el poder en las tradiciones occidental, judeo-cristiana e islámica (Scott 2003, 285).

En este contexto, en el devenir histórico-social se presentan varias formas de relaciones inequitativas de poder que generan discriminación en contra de las mujeres. Una de estas es la violencia de manera general, y la violencia intrafamiliar de manera específica. Para varias autoras (Carcedo 2010; Garbay 2012; Rico 1996), la violencia es el resultado de las relaciones inequitativas de poder, pero también, una herramienta que permite el mantenimiento y la reproducción de la dominación de los hombres por sobre las mujeres. Así, para Carcedo

... la violencia contra las mujeres no es otra cosa que el control que los hombres ejercen, en función de ese orden patriarcal, sobre las mujeres, sus vidas, sus cuerpos, sus tiempos, sus decisiones, con el propósito de mantenerlas en un lugar inferior socialmente asignado. El grito, la bofetada, el puñetazo, el insulto, la humillación, la violación o el femicidio son manifestaciones de esa violencia, pero también son los recursos para ejercer ese control y mantener la subordinación (Carcedo 2010, 13).

La incorporación de este enfoque permite analizar cómo los jueces caracterizan el problema jurídico de la violencia intrafamiliar desde la individualidad de cada caso así como desde una mirada estructural que engloba una sociedad sexista⁶, machista⁷ y patriarcal⁸.

5 Para profundizar en el debate sobre la definición de género es preciso revisar: Facio, Alda (1992); Castellanos, Gabriela (2003); Butler, Judith (2006); McDowell, Linda (2009).

6 Siguiendo a Facio Montejo el sexismo significa reconocer que el parámetro de lo humano sigue siendo el sexo masculino y todo lo que a él se refiere (Facio Montejo 1992, 24). Expresamente, la autora en mención señala que el sexismo es "... la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones en la superioridad del sexo masculino, -creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función 'natural' y única" (Facio Montejo 1992, 23).

7 Para Sau el machismo constituye "... aquellos actos físicos o verbales, por medio de los cuales se manifiesta de forma vulgar y poco apropiada el sexismo, subyacente en la estructura social" (Sau 1981, 171). Desde esta lógica el machismo es la práctica y reproducción natural de las conductas que reconocen al hombre como eje de la sociedad, ubicándolo en una posición de superioridad frente a una posición de inferioridad de las mujeres.

8 Patriarcal viene del término patriarcado y es un término utilizado para explicar la ideología y las estructuras institucionales que mantienen en la opresión a las mujeres. Esta ideología se origina en el reconocimiento de que el núcleo de la sociedad -la familia- está dominado por el padre que es el eje, la autoridad y el referente de familia. Esta estructura se transfiere y reproduce en todos los órganos y estructuras sociales (política, cultural, religiosa, jurídica) lo cual para Facio Montejo, genera que el grupo, casta o clan compuesto por mujeres está subordinado al grupo, casta o clan compuesto por hombres (Facio Montejo, 1992, 28).

En este sentido este trabajo propone que los casos de violencia en contra de las mujeres, de manera general y de violencia intrafamiliar de manera específica, constituyen casos difíciles. Éstos pueden enfrentarse a problemas de identificación y problemas de prueba.

Así en el primer caso, es necesario que se identifiquen las normas aplicables al caso creadas en el ámbito interno e internacional. Además, es vital entender que estas normas se aplican en un contexto de desigualdad y discriminación estructural. De otra parte, el problema de prueba se da sobre la existencia o no de un hecho. En los casos de violencia intrafamiliar, la investigación, sanción y reparación, son relativamente nuevos, por tanto, en muchos casos la agresión entre

miembros de la familia está normalizada y justificada. En este sentido, las sentencias de los jueces y juezas de violencia intrafamiliar deben razonarse y justificarse en las cuatro premisas establecidas para los casos difíciles.

El propósito de este trabajo es analizar cómo los jueces y juezas de violencia intrafamiliar de Quito recurren a las categorías, estándares y dimensiones aportados por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como elementos para justificar su decisión y alcanzar un nivel de calidad elevado. Por tanto, a continuación se revisa la jurisprudencia de dichos órganos en materia de violencia en contra de las mujeres.

LA INCORPORACIÓN DE LAS MUJERES Y LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Según la definición de calidad de la justicia planteada en este ensayo, una sentencia de calidad alta debe recurrir a la jurisprudencia nacional e internacional como herramienta para justificar su decisión. En materia de género, es vital tomar en cuenta los fallos de los organismos internacionales especializados, que desarrollan el alcance y contenido de los derechos y las obligaciones contraídas a partir de los instrumentos internacionales. En el Sistema Interamericano, tras la aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer⁹, la Corte y la Comisión han generado resoluciones encaminadas a hacer efectivos los derechos de las mujeres en la región.

En esta sección, se revisan los fallos partiendo de dos elementos: el primero, el contenido de los derechos; y segundo el alcance y contenido de las obligaciones del Estado. Cabe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió dos informes: No. 54/01 dentro del Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, de 16 de abril de 2001 y No. 80/11, de 21 de julio de 2011, dentro del caso Jessica Lenahan y otros vs. Estados Unidos, donde expone con claridad la problemática de la violencia intrafamiliar como una violación a los derechos humanos de las mujeres.

Mientras que la Corte Interamericana cuenta con varias sentencias donde reflexiona sobre estas temáticas: Caso Miguel Castro Caicedo vs. Perú (2006); Caso González y otros vs. México (2009); Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009); Caso Rosendo Cantú vs. México (2010); Caso Fernández Ortega y otros vs. México; Caso Vélez Franco y otros vs. Guatemala (2014). Caso Espinoza González vs. Perú (2014).

Qué han dicho estos órganos frente al contenido de los derechos:

Son varios los derechos que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han abordado en estos casos. Sin embargo, tienen mayor relevancia para este ensayo el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la vida libre de violencia.

Derecho a la igualdad y la no discriminación:

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, coinciden en señalar que la violencia intrafamiliar está íntimamente ligada a la discriminación estructural de la que han sido víctimas las mujeres. Los dos organismos, basan su análisis en una revisión del fenómeno de la violencia en los contextos de los

⁹ Es conocida como La Convención de Belém do Pará y entró en vigencia el 5 de marzo de 1995.

Estados demandados (Caso Campo Algodonero vs. México, 2009, párr. 394-402; Caso Maria da Penha vs. Brasil, 2001, párr. 46-50; Jessica Lenahan vs. Estados Unidos, 2011, párr.107-114). Para este análisis parten de la definición de discriminación establecida por la CEDAW en el artículo 1.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuestiona la utilización de las mujeres como herramientas para dañar y humillar al contradictor. Específicamente, ha señalado que la violencia sexual en contra de las mujeres a la que recurren los grupos armados es un elemento de simbólico para humillar a la parte contraria. (Penal Miguel Castro Caicedo vs. Perú, 2006; Caso Masacre de El Mozote vs. El Salvador, 2012; Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 2009)

Derecho a la integridad personal y a una vida libre de violencia:

Uno de los aportes más importante de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la reflexión sobre el alcance del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención

Americana de Derechos Humanos a la luz de la perspectiva de género. Es decir, a partir de la definición de violencia en contra de las mujeres y la posibilidad de que esta se dé en espacios públicos y privados conforme lo señalan los arts. 1 y 2 Convención de Belém do Pará (Casos Penal Miguel Castro Caicedo vs. Perú, 2006; Caso Campo Algodonero vs. México, 2009).

Así mismo, la Corte en el caso Campo Algodonero, señala que a los órganos estatales correspondientes deben realizar un análisis detallado de las normas y jurisprudencia en materia de mujeres, pues considera que no toda violación de un derecho humano de mujeres conlleva la violación de una disposición de la Convención de Belém do Pará (Caso Perozo y otros vs. Venezuela, 2009, párr. 295).

Merece especial atención la caracterización de un tipo de violencia, la sexual, en el caso del Penal Miguel Castro Caicedo vs. Perú, considera que "... la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima 'humillada física y emocionalmente'; situación difícilmente superable por el paso del tiempo" (2006, párrafo 311).

¿QUÉ OBLIGACIONES TIENE EL ESTADO?

En cuanto a las obligaciones de los Estados, vale recordar que la violencia intrafamiliar se da entre particulares, por tanto el análisis de los órganos del SIPDH, se centra en la obligación de garantía. La doctrina a este respecto plantea que su cumplimiento significa el compromiso de adaptar toda su institucionalidad para alcanzar el ejercicio y goce de los derechos. El cumplimiento de ésta se traduce en cuatro deberes concretos: prevención, investigación, sanción y reparación (Melish 2003).

En cuanto al deber de prevención, la Corte Interamericana se ha pronunciado en el sentido de que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia. Para alcanzar esta meta, les corresponde establecer un marco jurídico de protección adecuado. El cual debe ser efectivamente aplicado, junto a políticas de prevención y la incorporación de prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Se debe incluir, además la prevención de los factores de riesgo y el fortalecimiento de

instituciones para que den una respuesta efectiva a los casos de violencia en contra de las mujeres.

En el caso González y otras vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos revisa el informe de la Relatora sobre la Violencia en contra de la Mujer de la ONU, y señala que una de las causas de la violencia en Juárez es el cambio de roles y de los estereotipos clásicos de género ya que ponían a las mujeres en una posición de superioridad. La incorporación de las mujeres al mundo laboral y su autonomía económica pone en riesgo la capacidad de los hombres de desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores y productores económicos (párrafo 134). Con esto la Corte evidencia que la prevención significa también, eliminar patrones estructurales que reproducen este tipo discriminación.

Así mismo, señala la obligación contenida en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, de actuar con la estricta diligencia en la prevención, protección y

aseguramiento del derecho a la vida libre de violencia de las mujeres (Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala párrafo 134 y caso Campo Algodonero vs. México, párrafo 258).

En cuanto al deber de investigar, en la sentencia del Penal Miguel Castro Caicedo vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos humanos analiza la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7.b¹⁰ de la Convención de Belém do Pará. Entre los estándares que establece este caso constan:

La necesidad de que el proceso de investigación sea efectivo y se lleve a cabo en un tiempo razonable que permita establecer la verdad (Párr. 395)

Señala, además que es obligación del Estado combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles.

Considera que la impunidad genera la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y deja en la total indefensión a las víctimas (Párr. 405).

En cuanto a la violencia doméstica, la Comisión centra su análisis en la responsabilidad del Estado. En el párrafo 54 del informe No. 54/01, señala que la inacción y tolerancia del Estado ante los actos perpetrados por particulares que signifiquen agresión física, psicológica o sexual en contra de las mujeres son imputables a los Estados por omisión. Este estándar surge sobre la base del análisis de los artículos 2 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer.

Esta revisión muestra un gran trabajo jurisprudencial de los órganos del SIPDH. Lo cual aporta elementos para la defensa de los derechos de las mujeres y para demandar al Estado el cumplimiento de obligaciones concretas y operativas.

LA CALIDAD DE LA JUSTICIA EN LAS SENTENCIAS DE LOS JUECES DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR¹¹: UNA MIRADA DESDE QUITO

Como se ha dicho en líneas anteriores, la violencia en contra de las mujeres es un fenómeno estructural que genera consecuencias negativas en contra de ellas y de la sociedad en general. Una de las formas más comunes de esta violencia es la que ocurre en el seno intrafamiliar. Esta violencia no es solo común, sino que además es naturalizada, socialmente aceptada y justificada; además, durante mucho tiempo fue considerada como un tema eminentemente privado en el que el Estado no podía intervenir.

Uno de los órganos del Estado llamado a intervenir para solucionar este problema jurídico y social es la justicia. En el caso ecuatoriano, la posibilidad de judicializar casos de violencia intrafamiliar surge en 1995 con la creación de las Comisarías de la Mujer y la Familia. Tras veinte años del establecimiento de esta instancia, ahora es necesario analizar qué pasa con la calidad de la justicia en esta temática.

Para análisis se retoman las categorías aportadas por la teoría de la argumentación jurídica, por tanto, se pretende mirar cómo los jueces y juezas ecuatorianos producen razones para arribar a la conclusión sobre la violencia intrafamiliar. En este sentido se analizan las cuatro categorías: 1. Premisa normativa, 2. Premisa fáctica, 3. Aplicación jurisprudencial y 4. Reflexión doctrinaria como elementos para construir razones a favor de su deducción o conclusión.

¿Cómo sentencian los jueces de violencia intrafamiliar en Quito?

La construcción de la premisa normativa es el punto de partida de las resoluciones judiciales, ésta se constituye a partir de las razones normativas, es decir se basa en el análisis del alcance de la norma en cuanto al contenido de los derechos como de las obligaciones del Estado frente a ese derecho.

10 Según este artículo los Estados asumen la obligación actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia en contra de la mujer.

11 La muestra analizada para esta reflexión son 10 sentencias emitidas por las Unidades Judiciales de Violencia en contra de la Mujer y la Familia del cantón Quito. En virtud de normas nacionales e internacionales estos procesos tienen el carácter de reservado, por lo que el análisis se refiere a temáticas generales.

De la revisión de los procesos contravencionales se desprende que en todos los casos los juzgadores se limitan a enunciar artículos de normas internas que se refieren la violencia en contra de la mujer y a citarlos textualmente. Todas las sentencias referencian el artículo 159 del Código Orgánico Integral Penal- COIP¹². Así mismo, 5 sentencias refieren y citan textualmente el artículo 66.3 de la Constitución de la República¹³.

En cuanto al uso de normas internacionales atinentes al caso, una sola sentencia cita de manera expresa los artículos 2 y 7 de la Convención de Belém do Pará.

Ninguna de las sentencias realiza un análisis sobre el contenido de los derechos y los elementos que éste posee y las prerrogativas que otorgan a sus titulares. No se establece el vínculo de estas normas con la búsqueda de la dignidad de las mujeres. Tres sentencias hacen una relación al derecho a la verdad de las víctimas, sin embargo no se razona cómo éste está vinculado con la violencia intrafamiliar ni se refuta por qué no incluirlo.

Está ausente también el análisis de las obligaciones que tiene el Estado a partir de estas normas nacionales e internacionales. Cinco de las sentencias revisadas enuncian la obligación de prevención, sin embargo no la dotan de contenido pues no señalan qué significa ni cómo aportará a la conclusión de su problema.

Esta revisión pone en evidencia que la matriz positivista-formal se impone aún en la construcción de la “premisa normativa”. Ya que los jueces siguen considerando que la referencia a la norma debe ser la enunciación y la citación textual y no la justificación y motivación para convertirla en el razonamiento principal del análisis.

En cuanto a la premisa fáctica, entendida como la construcción del razonamiento y justificación de cómo la situación descrita pone en riesgo el contenido y alcance de la premisa normativa, se puede evidenciar que se sigue repitiendo el patrón “fundamentos de hecho”. Se puede concluir esto a partir de los siguientes hallazgos.

Ninguna de las sentencias parte de la construcción de un problema jurídico que se constituya en la brújula que guíe la investigación. Cinco sentencias parten de una pregunta que se cuestiona si hay responsabilidad en la agresión. Sin tomar en cuenta la existencia de una víctima y un agresor en un contexto determinado. Todas las sentencias reproducen de manera textual partes de elementos probatorios como testimonio y peritajes. Detrás de estas citas textuales no hay un análisis sobre por qué si o por qué no estos hechos constituyen una contravención de violencia física y por qué no es delito de violencia psicológica, física o sexual. Tampoco se establecen los elementos que los jueces deberían probar para que los hechos sean calificados como violencia intrafamiliar ni cuáles son los hechos que se lograron probar y cuáles no.

Otro tema que llama la atención, es que ninguna de las sentencias hace un análisis de la violencia como una consecuencia de la discriminación estructural y los efectos que ésta tiene para las víctimas y para la sociedad en general. En dos sentencias se pretende hacer un acercamiento al machismo y a la violencia intrafamiliar como un resultado de las relaciones inequitativas de poder. Sin embargo, las referencias son eminentemente enunciativas y no justificativas para construir la premisa fáctica.

Siguiendo la propuesta de la teoría de la argumentación para casos difíciles¹⁴ el tercer razonamiento que debe ser analizado para que los jueces alcancen su conclusión, es el análisis de cómo los decisores recurren a la jurisprudencia¹⁵ para justificar su conclusión.

A este respecto es preciso señalar que la jurisprudencia generada por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en materia de violencia en contra de las mujeres y de violencia intrafamiliar no es utilizada en ninguna de las sentencias revisadas. Aquí se encuentra que en tres sentencias hay referencias a dos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo análisis se centra en el derecho a la libertad de expresión y no en la violencia contra las mujeres.

¹² Este es el artículo que tipifica la violencia física como contravención penal.

¹³ Este artículo se inserta en el capítulo referido a los derechos de libertad y específicamente consagra el derecho a la integridad personal, especialmente de las mujeres.

¹⁴ Se consideran los casos de violencia intrafamiliar en tanto, son procesos que tienen sus propias características e impacto. Que han sufrido una serie de transiciones institucionales así como invisibilidad social, política y jurídica, por lo que requieren una reflexión más profunda y no mecánica.

¹⁵ Para efectos de este ensayo se revisa únicamente la utilización de la jurisprudencia generada en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Parecería ser que los jueces contravencionales de violencia intrafamiliar desconocen la existencia de informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que establecen de manera específica estándares en materia de violencia intrafamiliar. Ninguna sentencia enuncia ni analiza los estándares desarrollados por este organismo internacional en los casos *Maria da Penha vs. Brasil* y *Jessica Lenahan vs. Estados Unidos*, a pesar de ser emitidos en 2001 y 2011, respectivamente.

Los jueces ecuatorianos no recurren a la jurisprudencia internacional para justificar su decisión, con lo cual se desperdicia un acervo de conocimientos y reflexiones muy importantes para resolver los problemas de justicia y violencia en contra de las mujeres.

La última categoría de análisis que se plantea es el uso de las reflexiones doctrinarias hechas por académicos expertos en el tema. A este respecto, cabe mencionar que la región cuenta con varias autoras y autores que han analizado el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres, y la violencia intrafamiliar. A pesar de esto, ocho sentencias no hacen ninguna referencia doctrinaria a la literatura de género y violencia intrafamiliar. Dos sentencias citan aportes académicos, pero no se desarrolla ni se razona cómo éstos se vinculan con la justificación de su conclusión.

Para concluir, el análisis de estas cuatro categorías está encaminado a justificar la conclusión a la que llegan los jueces. ¿Cuál es el contenido de esta conclusión? En primer lugar no resuelven un problema jurídico,

debido a que en ninguno de los casos se construye una problemática a desarrollar. Así mismo, no existe una relación entre las premisas y la conclusión, no se abordan como un todo sino como secciones separadas. No se razonan los argumentos ni se refutan otras posibles reflexiones en torno a la situación de cada caso.

Tampoco se justifica por qué se está frente a contravenciones y no delitos. No se analiza la relación de la contravención de violencia física con los delitos de violencia psicológica o sexual, siendo que en tres de los casos las víctimas dan cuenta de cadenas de violencia psicológica y sexual que se manifiestan en el hecho de violencia física que juzgan los jueces. Solamente un juez remite el caso a la Fiscalía de Violencia Intrafamiliar para que se analicen los indicios de delito de violencia psicológica. Se encuentra también en las sentencias que los jueces cuando administran justicia resuelven: sancionar al agresor; imponer medidas de reparación a la víctima y al agresor; fijar multas, sin justificar ni razonar por qué o frente a qué toman esta decisión. Solamente una sentencia señala expresamente que reconoce la existencia de la contravención y la responsabilidad del agresor en ella y por eso procede a sancionar y establecer las medidas de reparación correspondientes.

En las resoluciones los jueces no reconocen el valor emancipador que tiene la justicia frente a un fenómeno como la violencia intrafamiliar ya que se centran en el caso individual y no en su incidencia en el marco social y colectivo.

CONCLUSIONES

La argumentación jurídica se ha convertido en una teoría fundamental para quienes elaboran, aplican y ejecutan las leyes. Invita a la reflexión sobre el alcance de una sentencia y el contenido que ésta debe tener para reconocer los derechos de las personas que recurren a la justicia en busca de la satisfacción de sus derechos. La justicia no puede ser neutra, debe tomar en cuenta las necesidades y los contextos específicos, como por ejemplo el género y los efectos que las relaciones inequitativas de poder generan para las mujeres en la sociedad.

Debido a la matriz sexista y patriarcal que se ha impuesto en la consolidación de instituciones como la

justicia, los temas relacionados con las mujeres han sido minimizados y excluidos. Así, la violencia en su contra en ámbitos públicos y privados era invisibilizada y aceptada. La violencia intrafamiliar pertenecía al ámbito privado, por lo que aquel dicho popular “pegue o mate marido es” es una realidad que muchas deben aceptar. Por tanto, a pesar de que se hayan institucionalizado espacios para la defensa de los derechos de las mujeres éstos están en la obligación de deconstruir patrones y estereotipos para transformar una justicia sexista en una justicia incluyente.

La revisión de las sentencias da cuenta de que la argumentación jurídica no es parte de la actuación judicial

en el juzgamiento de las contravenciones de violencia intrafamiliar. Las sentencias siguen ancladas al paradigma positivista-formal, repiten los elementos clásicos de “fundamentos de hechos, fundamentos de derechos y resolución”. Aunque ya no llevan esa denominación, en el fondo este es el contenido de las sentencias.

En cuanto a la pregunta de investigación se puede concluir que los estándares para la protección de las mujeres en contra de la violencia doméstica desarrollados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, no son utilizados por los jueces como argumentos para justificar su resolución. Parecería ser que los operadores desconocen estos instrumentos y las obligaciones que tiene el Estado ecuatoriano frente a Tratados Internacionales como la Convención de Belém do Pará y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las sentencias emitidas por los jueces son de baja calidad pues la construcción de las premisas normativa y fáctica es muy débil. Lo cual sumado a la falta de referencias a los grandes aportes del Sistema Interamericano y a la doctrina afectan la resolución. Si bien las sentencias establecen sanciones de privación de libertad y medidas de reparación, no están revestidas de la potencia argumental. Tampoco crean precedentes jurisprudenciales que reflexionen sobre el problema jurídico y social que impacten en el caso particular y social.

Estos hallazgos plantean algunas interrogantes sobre por qué la teoría de la argumentación jurídica no ha sido incorporada en el accionar de los jueces de violencia intrafamiliar, desde donde podrían surgir muchas hipótesis de investigación.

Por ejemplo, cuál es la relación de la formación jurídica de los jueces con la producción de las sentencias. Cuál es la política judicial con la que cuenta el Consejo de la Judicatura en cuanto a la resolución de casos, qué directrices tienen, cuál es el porcentaje de casos que resuelven los jueces y cuáles son los mecanismos de evaluación de desempeño al que están sometidos. Y Cómo todos estos elementos inciden en las decisiones de los jueces.

Finalmente, parecería ser que el resultado de la investigación es desalentador. Sin embargo, hay que rescatar los grandes avances que significa tener una justicia especializada en violencia intrafamiliar y poder realizar esta investigación cuyo objetivo es contribuir a que cada día se fortalezcan los espacios de denuncia, investigación y juzgamiento de violencia en contra de la mujer. Este no es un trabajo que le corresponde única y exclusivamente a la Función Judicial. Los estereotipos de género, la dominación y la violencia se construyen desde los micro espacios, por tanto, su transformación requiere el compromiso de todas y todos para alcanzar una sociedad incluyente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 1997. *Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- Atienza, Manuel. 2006. *El Derecho como argumentación*. Buenos Aires: Ariel Derecho
- Butler, Judith. 2006. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.
- Carcedo, Ana. 2010. *Femicidio en Ecuador*. Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género.
- Castellanos, Gabriela. 2003. Sexo género y feminismo: tres categorías en pugna, en Patricia Tovar Rojas, edit. *Familia, género y antropología. Desafíos y transformaciones*. Bogotá: Instituto colombiano de Antropología e Historia.
- Facio Montejo, Alda .1992. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD.
- Garbay, Susy .2012. El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal. *En Horizonte de los derechos humanos, Ecuador 2012*. Programa Andino de Derechos Humanos. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar
- Martínez Zorrilla, David. 2010. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Filosofía y Derecho. Marcial Pons
- McDowell, Linda. 2009. “La definición de género”. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, Comp. *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Melish, Tara. 2003. Estableciendo la responsabilidad del Estado: el deber de respetar, garantizar y principio de progresividad. En *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Capítulo 5: Quito: CEDES, Sergrafic
- Pásara, Luis .2006. *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en material Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rico, Nieves.1996. *Violencia de género: un problema de derechos humanos. Serie Mujer y Desarrollo 16*. México: CEPAL.
- Salgado, Judith. *Derechos Humanos y Género*. Quito: IAEN
- Sau, Victoria. 1981. *Diccionario Ideología Feminista*. Barcelona: ICARIA ediciones.
- Scott, Joan .2003. “El género una categoría útil para el análisis histórico”. En Marta, Lamas Comp. *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. Programa Universitario de Estudios de Género. México: UNAM

Revistas

- Atienza, Manuel. 1994. Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 1: 52-69.
- Basabe-Serrano, Santiago. 2014. Determinants of the Quality of Justice in Latin America: Comparative Analysis of the Ecuadorian Case from Sub-national Perspective. *Justice System* 35 : 104-20.
- Bergallo, Paola. 2010. Igualdad de Oportunidades y Representatividad Democrática en el Poder Judicial. En Juan A. Cruz y Rodolfo Vásquez Loor. *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*. México: Fontamara
- _____ 2016. The Quality Of Judicial Decisions In Supreme Courts: A Conceptual Definition And Index Applied To Eleven Latin American Countries. *Justice System Journal*
- Cross, Frank y Stefano Lindquist .2009. Judging the Judges. *Duke Law Review* 58: 1383-1437.
- Choi, Stephen, J. y Mitu Gulati .2004. A tournament of judges?. *California Law Review* 92: 299-322.

Facio Montejo, Alda .2007. “Hacia otra teoría crítica del derecho”. *El Otro Derecho* 36: 11-37.

Posner, Richard .2000. Is the Ninth Circuit too Large? A statistical Study of Judicial Quality. *The Journal of Legal Studies* 29: 711-719.

Legislación Nacional e Internacional

Constitución de la República del Ecuador. 2008

Código Integral Penal- COIP. 2014

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres- CEDAW. 1991

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar- Convención de Belém do Pará.

Ley en contra de la Violencia a la Mujer y la Familia

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Penal Miguel Castro Caicedo vs. Perú, 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. González y otras vs. México (“Campo Algodonero”), 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 24 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. 31 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. 30 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Franco y otros vs. Guatemala. 19 de mayo de 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza González vs. Perú. 24 de noviembre de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso No. 12.051, Informe No. 54/01. 16 de abril de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Casos Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos. Caso No. 12.626. Informe No. 80/11. 21 de julio de 2011.

Estadísticas:

INEC, Encuesta de relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres. 2011

ENSAYOS

no/2

**“EL CASO ‘SATYA’ Y LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA EN ECUADOR”
UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CARÁCTER EVOLUTIVO DEL DERECHO
A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SIDH**

**THE “SATYA” CASE AND DOUBLE MATERNAL FILIATION IN ECUADOR:
ANALYSIS FROM THE EVOLUTIVE CHARACTER OF THE RIGHT TO EQUALITY
AND NON-DISCRIMINATION IN THE IAHRS**

**“O CASO ‘SATYA’ E A DUPLA FILIAÇÃO MATERNA NO EQUADOR”
UMA ANÁLISE A PARTIR DO CARÁCTERÍSTICA EVOLUTIVA DO DIREITO
À IGUALDADE NÃO DISCRIMINAÇÃO NO SIDH**

*María Dolores Miño B.**

Recibido: 28/05/2017
Aprobado: 08/07/2017

Resumen:

El presente artículo expone los avances más destacados del derecho a la igualdad y no discriminación dentro de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En particular, explica y desarrolla la incorporación de la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación y aplica este principio al ámbito de los derechos familiares, a los cuales las personas GLBTI son titulares. Este análisis, se contrasta con los hechos del caso “Satya”, relativos a la prohibición de las autoridades ecuatorianas de reconocer la doble filiación materna de una niña hija de una pareja de mujeres lesbianas. Ello, con la finalidad de esgrimir los criterios que deberían ser tomados por la Corte Constitucional del Ecuador al momento de decidir sobre este caso, en consonancia con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos de las personas GLBTI y sus familias.

Palabras clave: Derechos Humanos; Derechos GLBTI; Igualdad; No discriminación; Interés superior del niño; SIDH; Corte IDH; Filiación homoparental.

Abstract:

The article addresses the most relevant advances in the interpretation of the right to equality and non-discrimination

in the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. It elaborates on the recent incorporation of sexual orientation as a category protected from discrimination, and applies this principle to the field of family rights, to which LGBTI people are entitled to, to analyze the case known as “Satya”. The case refers to the prohibition by Ecuadorian authorities to recognize the double maternal filiation status to the daughter of a lesbian couple, which is currently under examination by the Constitutional Court of Ecuador. In this regard, the article aims to suggest the criteria under which the Court should decide this case, in accordance with the State’s international obligations towards LGBTI people and their families.

Key words: Lgbti Rights; Equality and Non-Discrimination; Human Rights Inter-American System; Filiation; Homoparental Filiation.

Resumo:

O presente artigo expõe os avances mais destacados sobre o direito de igualdade e não discriminação dentro da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em particular, explica e desenvolve a incorporação da orientação sexual como categoria proibida

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito (2006), y Legum Master (LL.M.) por el Washington College of Law de American University, del programa de International Legal Studies, con mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2011). Su experiencia incluye trabajo especializado en litigio y práctica ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como pasante y abogada en la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, y en calidad de asesora técnica para agencias públicas y privadas. Actualmente, se desempeña como docente investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de las Américas, Quito, y está a cargo de la dirección ejecutiva del Observatorio de Derechos y Justicia.

de discriminação, e aplica este princípio no âmbito dos direitos familiares, dos quais as pessoas GLBTI são titulares. Esta análise se contrasta com os fatos do caso “Satya”, relativos à proibição das autoridades equatorianas de reconhecer a dupla filiação materna de uma menina filha de um casal de mulheres lésbica. Isso, com a finalidade de esgrimir os critérios que deveriam ser levados em conta pela Corte Constitucional do Equador no momento de decidir

sobre este caso, de acordo com as obrigações do estado em matéria de direitos humanos de pessoas GLBTI e suas familias.

Palavras chave: Derechos Humanos; Derechos GLBTI; Igualdad; Não discriminação; Interesse superior do menor; SIDH; Corte IDH-filiação homoparental; Categoría sospeita; Escrutínio estrito; Derechos GLBTI; Derecho de familia.

INTRODUCCIÓN

“Esta es la historia de una familia establecida en un país con una Constitución que reconoce sus derechos, un Estado que no los garantiza y una sociedad donde muchos aún los niegan por completo”¹.

El reconocimiento y garantía de los derechos a las personas GLBTI es uno de los temas más urgentes y debatidos en el ámbito del derecho internacional y nacional en años recientes. En las últimas décadas, importantes avances a nivel mundial se han logrado, por ejemplo, a partir de la exclusión de la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales en 1990 por parte de la OMS², y la despenalización de la sodomía en varios países³. Más recientemente, varios Estados han reconocido también, la unión de hecho civil para estas parejas⁴ e inclusive el derecho al matrimonio⁵ y a adoptar⁶.

A pesar de ello, existe aún una fuerte resistencia por parte de grupos conservadores al reconocimiento de tales derechos. Bajo argumentos que en la mayoría de los casos se basan en la religión o la moral, aún se desconoce a las personas GLBTI el pleno y efectivo goce de los derechos a los cuales son titulares por el solo hecho de ser personas. Los debates más fuertes giran alrededor de la facultad de estas personas a casarse, adoptar y tener una familia (Khalifé 2016).

Ecuador no ha sido ajeno a este debate. La Constitución de Montecristi, en vigencia desde 2008, consagró en el artículo 11.2, la prohibición de discriminación a cualquier persona en base a su orientación sexual, y en el artículo 67, la protección jurídica para todos los tipos de familia. A pesar de ello, existen aún profundas discrepancias con respecto al alcance de los derechos de las parejas GLBTI en el ámbito familiar, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de tener hijos, y al reconocimiento pleno de dichas relaciones familiares.

El caso que ha puesto a prueba las normas constitucionales e internacionales sobre el derecho de las parejas GLBTI y sus familias en Ecuador, es aquel conocido como “Satya”, y se refiere a la negativa de las autoridades del Registro Civil Ecuatoriano (“RCE”) de registrar a la niña de ese nombre, con los apellidos de sus dos madres. El debate se elevó hasta la Corte Constitucional del Ecuador (“CCE”) vía acción extraordinaria de protección⁷, y actualmente se espera una sentencia que será determinante tanto para el ejercicio de los

1 Khalifé, Juliana. “La importancia de llamarse (SBN)”. Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Licenciada en Cine y Video. Universidad San Francisco de Quito. 12 de mayo de 2016.

2 Cfr. “Asamblea de la OMS excluye a la homosexualidad como enfermedad mental”. El Heraldo, 17 de mayo de 2016.

3 En Ecuador, la homosexualidad (entonces llamada “sodomía”) fue despenalizada a partir de una sentencia del entonces Tribunal Constitucional del Ecuador en 1997. Cfr. “Judith Salgado, “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en Ecuador”. Aportes Andinos, No. 11. Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad (octubre 2004).

4 En Ecuador, se reconoció a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer uniones de hecho en el año 2014. Cfr. “Rafael Correa anuncia que los homosexuales podrán registrar unión de hecho en la cédula”. El Universo, 23 de agosto de 2014, sección “Política”.

5 A la fecha, 22 países a nivel mundial reconocen el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. En Latinoamérica, son cinco los Estados que lo han reconocido. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Carroll, A., y Mendos, L. R., Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento (Ginebra: ILGA, mayo de 2017). “Con Finlandia, 22 países permiten ya el matrimonio homosexual en el mundo”. Televisa. News. Marzo 1, 2017.

6 Actualmente, 16 países reconocen a las parejas del mismo sexo el derecho a adoptar. Cfr. “Países donde se ha aprobado la adopción por parte de parejas del mismo sexo”. El Tiempo, 2017.

7 La acción extraordinaria de protección está consagrada en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008. Dispone, inter alia: La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

derechos de las familias de parejas GLBTI, como de todas las personas que pertenecen a familias diversas o no convencionales.

El presente artículo expone los avances más destacados dentro de la jurisprudencia de Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (“SIDH”), del derecho a la igualdad y no discriminación. En particular, explica y desarrolla la incorporación de la orientación sexual como categoría prohibida de discrimi-

minación, y la aplicación de a este principio al ámbito de los derechos familiares a los cuales las personas GLBTI son titulares. Este análisis, se contrastará con los hechos del caso “Satya”, con la finalidad de esgrimir los criterios que deberían ser tomados por la Corte Constitucional del Ecuador, al momento de decidir sobre este caso, en consonancia con las obligaciones el Ecuador en materia de derechos humanos de las personas GLBTI y sus familias.

LA HISTORIA DE SATYA Y SUS DOS MAMÁS

En 2011, dos mujeres inglesas -Helen y Nicola- registraron su unión de hecho, efectuada en Inglaterra, ante las autoridades del estado de Ecuador, donde la pareja ya residía de manera estable hace tiempo. En diciembre de 2011, Nicola dio a luz a Satya Amani, quien fue concebida a partir de una inseminación artificial de un donante. A los pocos días de nacida su hija, la pareja acudió al Registro Civil ecuatoriano (“RCE”) a solicitar la inscripción de la niña, como hija de ambas. Mediante oficio N° 2012-9-DAJ, el RCE negó su solicitud, justificando dicha negativa en la necesidad de proteger la “seguridad de la filiación paterna”. A partir

de entonces, empezó un peregrinaje judicial que llevó al caso hasta la Corte Constitucional del Ecuador (“CCE”), instancia que, en meses próximos, deberá decidir si en Ecuador realmente existe un derecho a no ser discriminado en razón de la orientación sexual, y si el Estado protege a todas las familias por igual (Chávez 2017). Hasta la fecha, la niña no ha sido inscrita en el Registro Civil, a pesar de haber nacido legalmente en el territorio ecuatoriano. La familia, que ahora tiene además otro niño nacido en un proceso de inseminación similar, se mantiene unida y estable, a pesar de esta situación.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SIDH

Desde el inicio del proceso judicial en el caso “Satya”, las autoridades ecuatorianas alegaron la falta de una norma que otorgue el derecho a una pareja LGBTI a inscribir a sus hijos mediante la figura de la doble filiación materna o paterna (Chávez 2017).

Los instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos no reconocen derechos específicos para las personas GLBTI (ACNUR, 2014). No obstante, todos los tratados internacionales en esta materia incluyen obligaciones específicas para los Estados en el sentido de que deben garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos consagrados en éstos a todas las personas sin discriminación alguna en condición de su raza, nacionalidad, sexo, religión, y otras.

Como se demostrará más adelante, en años recientes la jurisprudencia y las normas de *soft law* sí han creado un marco jurídico preciso para entender el alcance

de los derechos de las personas GLBTI, especialmente en el ámbito de la maternidad, que son de obligatoria aplicación para el Ecuador.

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el “PIDCP”), dispone:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”), consagra, que:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...).

El artículo 24 de ese mismo instrumento, señala:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Cláusulas similares se encuentran estipuladas en otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁸, estableciendo que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación son condición *sine qua non* para el ejercicio del resto de derechos fundamentales.

En la Observación General No. 18, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, el “CDH”) resaltó el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, que se impone como una regla general sobre la forma en la que cada Estado debe garantizar y asegurar el ejercicio de derechos fundamentales específicos (CDH). En igual sentido, y amparándose en la decisión anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CorteIDH”), sostuvo, en la Opinión Consultiva OC-18/03⁹ que:

“(…) Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. (...) En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad

y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*” (Corte IDH 2003).

Con respecto a lo que constituye discriminación, el CDH sostuvo que la misma debe entenderse, *inter alia*, como,

“ (...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”(CDH 1989).

No obstante, no toda diferencia de trato constituye necesariamente discriminación. La Corte IDH ha explicado que es legítima la diferenciación que responde a un objetivo legítimo y no conlleva a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, y cuando pueda demostrarse que la medida ha sido adoptada con proporcionalidad entre las diferencias fácticas existentes y la norma que las regula (Shelton 1996). En ciertos casos, y especialmente cuando se trata de grupos tradicionalmente excluidos, el derecho internacional impone la obligación al Estado de adoptar medidas especiales de protección (Corte Idh 2003), con el fin de superar cualquier situación de facto que impida a quienes pertenecen a estos grupos ejercer sus derechos fundamentales en igualdad con respecto al resto de personas (Bayefsky 1990).

El trato diferenciado, por tanto, constituye un mecanismo para cumplir con la obligación estatal de garantizar derechos, mediante la adopción de medidas legislativas o de cualquier otra índole que sirvan para superar aquellas situaciones fácticas que impiden a ciertos individuos o grupos el goce pleno de tales derechos (Corte Idh 2002), de tal suerte que se pase de una “igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección para grupos subordinados” (Abramovich sf). Ello supone, en primer lugar, la adecuación de la normativa interna, mediante la remo-

8 Así lo detalló la CorteIDH en el análisis de la Opinión Consultiva OC18/03. Ver, en este sentido Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; párr. 74.

9 El análisis que la CorteIDH hizo del derecho a la igualdad y no discriminación, partió en parte de los estándares ya desarrollados por el CDH en el marco de la Observación General 18.

ción del ordenamiento jurídico de aquellas leyes que creen situaciones de discriminación en perjuicio de la posibilidad de ejercer derechos para cierto grupo de personas (Cprte Idh 1997), la creación de normas para reconocer y proteger a una categoría especial de personas¹⁰, y la adopción de políticas públicas que garanticen un entorno favorable para que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones¹¹.

Así, la igualdad como norma no solo debe reconocer la existencia de diferencias, sino establecer mecanismos en la ley para proteger esas diferencias, entendiéndose éstas como “la diversidad identidades”, que podrían ser de tipo sexual, religioso, de origen nacional, entre otras (Feraoli 2010).

Esto es lo que Ferrajoli llamó el “modelo de la igual valorización jurídica de las diferencias”, en las que el Estado se constituye como un garante de las “diferencias”, dotándolas a todas de igual valor, como elementos fundamentales de la identidad de cada persona (2004,75).

Cabe destacar, que en el derecho interamericano la igualdad se entiende tanto como “norma autónoma” y una “norma subordinada”. La norma autónoma, es aquella establecida en el artículo 24 de la CADH, y señala que “todas las personas son iguales ante la ley [y], en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Esta cláusula se aplica por sí misma y sin referencia a otro derecho consagrado en ese tratado. De acuerdo a Pérez, esto se traduce en el deber estatal de no incorporar en su ordenamiento interno ningún tipo de disposición de carácter discriminatorio (Ruiz 2016).

Por otro lado, la igualdad como “cláusula subordinada” contenida en el artículo 1.1 de la CADH, se refiere al deber del Estado de asegurar que todos los derechos consagrados en ese instrumento se ejerzan sin ningún tipo de discriminación por todas las perso-

nas. En este sentido, indicó en el caso *Apitz Barbera y otros v. Venezuela*:

“La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24” (Corte IDH 2008).

Al respecto, Gonzáles Le Saux y Parra Vela sostienen que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene una doble dimensión. Por un lado, supone para el Estado, una obligación de aplicar la ley con igualdad a todas las personas. Por otro, implica la adopción de medidas positivas para garantizar un pleno ejercicio de ciertos grupos que, debido a situaciones estructurales arraigadas en la sociedad, se encuentran históricamente en una situación de desventaja (González y Parra 2008).

Así, el alcance del derecho a la igualdad y no discriminación, supone que cualquier diferencia en el trato a una persona que se fundamente en una condición distinta a su naturaleza humana, se presuma, en principio, como una “categoría sospechosa”, a menos que el Estado demuestre su compatibilidad con la obligación de no discriminar (Saba 2008).

Tal medida o acción debe pasar por un *test*, conocido como de “*escrutinio estricto*” (Iñiguez 2014), en el cual el Estado debe demostrar que en efecto existe un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional la aplicación de la medida a esa categoría de personas, y por tanto la vuelva legítima (Saba 2007).

10 Por ejemplo, el caso de la creación de normas para prevenir y sancionar la violencia de género. Ver, en este sentido, Ranuero, Elizaldo. “El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación: la obligación del gobierno de México para realizar la armonización legislativa con perspectiva de género. Rev. IUS, Puebla, v. 5, n. 28, p. 204-224, dic. 2011

11 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. En ese caso, la Corte declaró que la violación del Estado del derecho a la vida de varios niños en situación de calle, se había generado a partir de la existencia de un contexto social que facilitaba que, un grupo que ya de por sí eran vulnerables por las condiciones propias de su edad. En ese caso, la Corte IDH ordenó, como medidas de no repetición, la adopción y fortalecimiento de políticas públicas encaminadas a mejorar la situación de vida de los llamados “niños de la calle”.

EL TIPO ABIERTO DE LAS CATEGORÍAS PROHIBIDAS DE DISCRIMINACIÓN EN LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA EN DERECHOS HUMANOS

Como se puede apreciar de la redacción de los artículos relativos al derecho a la igualdad y no discriminación, la lista de condiciones sobre las cuales se prohíbe un trato discriminatorio no es de carácter taxativo (Corte Idh 2012). Ello se evidencia, de la inclusión de la frase “o cualquier otra condición social”, al final del artículo 1.1 de la CADH y del artículo 2 del PIDCP. Si bien ambos artículos presentan un listado preciso de las categorías prohibidas de discriminación, no es menos cierto que esa misma redacción abre la puerta a que se incluyan nuevas categorías prohibidas, como de hecho ha sucedido en el desarrollo de la jurisprudencia y la práctica de los órganos de protección internacional de derechos humanos, en particular del SIDH (Dulitzky 2007).

Lo anterior se explica a partir de la obligación consagrada en el principio *pro persona*, que supone adoptar la interpretación que mejor favorezca al ejercicio de derechos fundamentales (Carbonell 2004), y en el artículo 29 de la CADH, relativo a la interpretación progresiva de ese instrumento y su adecuación al devenir de los tiempos. En este sentido, la CorteIDH ha indicado reiteradamente que:

“(…) [Los] los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la [CADH], así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (Corte IDH 2012).

El estándar del “*instrumento vivo*”, consagrado por la CorteIDH, apunta precisamente a superar las posibles

limitaciones en la aplicación de la CADH, derivadas de las particularidades sociales y jurídicas del momento en el que entró en vigor. Bajo esta cláusula, se busca que la norma sea capaz de responder y adaptarse a las necesidades sociales supervinientes (Medina y Nash 2005), como por ejemplo, aquellas relativas al alcance y derechos de las familias homoparentales y sus integrantes.

Esta práctica no es extraña a otros tribunales internacionales y locales, que han justificado, en la inclusión de nuevas categorías de protección, precisamente a la existencia de un entorno social distinto a aquel bajo el cual la norma cuestionada se creó. Así, por ejemplo, en *Lawrence v. Texas*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (USSC), declaró inconstitucionales los estatutos locales que criminalizaban el delito de sodomía en el año 2003¹², a pesar de que en 1986 ese mismo tribunal los había declarado compatibles con la Decimocuarta Enmienda en el caso *Bowers v. Hardwick*¹³.

A partir de estos dos principios –CADH como instrumento vivo y principio *pro persona*–, es posible que, a través de la jurisprudencia local o internacional, se incluyan otras categorías prohibidas de discriminación, especialmente cuando aquello beneficie a grupos que, al momento de la elaboración y ratificación de esos instrumentos, se hubieran encontrado socialmente invisibilizados, o cuyo estatus jurídico, por las particularidades sociales de ese tiempo, ni siquiera hubiera estado en debate¹⁴. Como veremos a continuación, tanto la Comisión y la Corte han entendido, en su jurisprudencia reciente, que tanto la orientación sexual como la identidad de género son categorías prohibidas de discriminación “contempladas bajo la frase “otra condición social” establecida en la CADH” (CIDH 2015).

12 En la sentencia del caso *Lawrence v. Texas*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sostuvo, que la sociedad estadounidense había evolucionado en cuanto a la aceptación de la condición de homosexual de una persona, hasta el punto de que resultaba contrario con esa realidad social actual que esa condición siguiera siendo penalizada. Ver, *Lawrence v. Texas* (02-102) 539 U.S. 558 (2003) 41 S. W. 3d 349.

13 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). En ese caso, la USSC defendió la legalidad de los estatutos que criminalizaban la sodomía bajo dos argumentos. El primero, acerca de la existencia de una tradición histórica en los Estados Unidos de sancionar socialmente la homosexualidad. En segundo lugar, explicó que si bien las relaciones sexuales consentidas entre adultos en general son un aspecto de la vida privada protegido bajo la cláusula del debido proceso sustancial consagrado en la Décimo Cuarta Enmienda, aquellas entre personas del mismo sexo no estaban cubiertas bajo esa protección debido al repudio social histórico que, según esa Corte, existía.

14 Esto fue sostenido por la CorteIDH en el caso llamado “Fertilización in Vitro”, indicando que aquello era necesario, pues ese procedimiento no existía al momento de redactarse y aprobarse la CADH. Ver, Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica*, (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 246).

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS GLBTI EN LAS AMÉRICAS, Y EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTEIDH EN LA MATERIA

a) *Primeras aproximaciones a la protección de los derechos GLBTI en la OEA: el trabajo de la Asamblea General y la CIDH entre 2008 y 2011.*

A partir del año 2012, la CorteIDH inició con una línea jurisprudencial propia acerca de la prohibición expresa de discriminar a cualquier persona en razón de su orientación sexual. Ello respondió a un creciente interés en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de proteger a las personas GLBTI de posibles situaciones de discriminación y violencia que se observaban con aumento en la región (CIDH 2014). En este sentido, desde el año 2008 la Asamblea General de los Estados Americanos aprobó anualmente varias resoluciones tendientes a exhortar a los Estados a adoptar medidas concretas para la protección de las personas GLBTI, promover el trabajo de la CIDH en esta materia, y trabajar por la adecuación del ordenamiento interno de los Estados para evitar la criminalización de la sodomía y normas similares¹⁵.

El creciente interés del SIDH en la protección de derechos de las personas GLBTI se cristalizó a partir del año 2011, donde en el marco del 141° Período de sesiones de la CIDH, se incluyó dentro del Plan Estratégico la adopción de un eje temático específico para proteger y promover los derechos de las personas GLBTI

(CIDH 2017). En este mismo año se creó una Unidad Especializada de Trabajo dentro de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión (CIDH 2011). En el año 2014, se creó La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, que fortalecería y daría continuidad al trabajo de la Unidad Especializada (CIDH 2014).

b) *La Jurisprudencia emergente de la CorteIDH en materia de derechos de personas GLBTI: Los casos “Atala Riffo y niñas”, y “Duque”:*

El interés del SIDH en proteger los derechos de las personas GLBTI se fortaleció además con la adopción de sentencias por parte de la CorteIDH sobre esta temática. Si bien la jurisprudencia aún es escasa, los pocos casos contenciosos resueltos por el tribunal interamericano se refieren, en concreto, al derecho de las personas GLBTI a no ser privados de la custodia de sus hijos en base a su orientación sexual (*Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*) (Corte IDH 2012), y a ejercer derechos sucesorios con respecto a bienes y patrimonio de sus ex parejas (*Caso Duque v. Colombia*) (Corte IDH 2016), y podrían considerarse como los estándares rectores de las obligaciones del Estado en materia de derechos GLBTI en la actualidad¹⁶.

15 AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08): Encargar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya en su agenda, antes del trigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el tema “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09): condena violaciones de DDHH a LGTBI, alienta a los Estados a implementar políticas públicas contra la discriminación por causas de identidad u expresión de género. Insta a que los estados implanten medidas para proteger a los defensores de derechos humanos en esta área; AG/RES. 2600 (XL-O/10): condena violaciones de DDHH a LGTBI, alienta a los Estados a implementar políticas públicas para la protección de estos grupos. Insta a que los estados implanten medidas para proteger a los defensores de derechos humanos en esta área. Solicita atención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para este tema; AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que preste particular atención a su plan de trabajo titulado “Derechos de las personas LGTBI”, y que prepare el informe hemisférico en la materia; AG/RES. 2721 (XLII-O/12): Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13): Insta a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos, según corresponda, que aseguren la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14): condena violaciones de DDHH a LGTBI, alienta a los Estados a implementar políticas públicas contra la discriminación por causas de identidad u expresión de género. Insta a que los estados implanten medidas para proteger a los defensores de derechos humanos en esta área; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16): Insta a los Estados miembros, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus ordenamientos internos, a que eliminen, ahí donde existan, las barreras que enfrentan las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada. considerar las recomendaciones contenidas en el Informe sobre Violencia contra Personas LGBTI, aprobado por la CIDH en noviembre de 2015.

16 En 2015, la CorteIDH emitió además, la sentencia del caso “Homero Flor Freire v. Ecuador”, que versaba sobre la discriminación en el ámbito de las Fuerzas Armadas de ese país sufrida por un ex militar, removido de la institución por presumirse su homosexualidad. El caso fue excluido del análisis de este artículo por dos razones: primero, porque la víctima de ese caso nunca se identificó a sí misma como homosexual, y segundo, porque los hechos del caso se refieren a posibles actos de discriminación en el ámbito laboral, que no tienen relación con los derechos de familia que tanto “Atala Riffo y niñas”, como “Duque”, sí abordan. Ver, en este sentido, Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

En *Atala Riffo*, la CorteIDH mencionó por primera vez, la diversidad de informes, declaraciones y resoluciones de diferentes órganos internacionales de protección de derechos humanos donde se prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual de una persona (Corte IDH 2012). En lo pertinente indicó:

“ (...) la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (...). En ese sentido, el instrumento interamericano proscribía la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención” (Corte IDH 2012).

Asimismo, la Corte destacó que, en el caso concreto, la privación de la tenencia de sus hijos a una mujer lesbiana, alegando supuestas violaciones al interés superior del niño en base únicamente a la orientación sexual de la madre, constituyó una forma de discriminación (Corte IDH 2012). Luego, indicó que es un deber de los Estados contribuir al avance social, garantizando la protección de las diferentes formas de vida de todos los ciudadanos, haciendo mención expresa a diferentes ejemplos de modelos de familias diversas (Corte IDH 2012).

En esa oportunidad también, la Corte indicó que un trato discriminatorio contra una persona en virtud de su orientación sexual puede configurarse aún si la medida restrictiva tuvo como consideración otros hechos aparte de esa sola condición, y de tal manera en que la determinación de la misma a partir de la orientación sexual fuera solamente implícita, es decir, aun cuando no se mencionara directamente (Palacios 2016).

En *Duque*, la Corte reiteró estos estándares e indicó además el carácter discriminatorio y contrario a la CADH de las normas nacionales que establecían una

diferencia de trato entre las parejas heterosexuales, que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas formadas por personas del mismo sexo, al momento de acceder al sistema de pensiones por muerte de alguno de los integrantes de la pareja (Corte IDH 2016).

En esa sentencia, además, la Corte interpretó por primera vez el alcance de las obligaciones del Estado, a la luz de los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género” (“PDY”).

A partir de ello se desprende que ese instrumento debería ser utilizado como un medio de interpretación de las obligaciones de la CADH con respecto a las personas GLBTI y sus familias, aún a pesar de su carácter de norma de “*soft law*” (Yakarta Principles 2007).

A partir de estos casos, los Estados de la región, incluyendo el Ecuador, adquirieron obligaciones específicas con respecto a las personas GLBTI viviendo en su jurisdicción. Por un lado, la obligación de no discriminar a nadie debido a la orientación sexual supone que una persona de ese grupo deberá gozar de todos los derechos humanos que se reconozcan tanto en instrumentos internacionales como en la ley, aun cuando el texto expreso de esas normas los excluyera directa o indirectamente.

Para el caso objeto de estudio en este artículo, es relevante lo establecido en “*Duque*”, en el sentido de que serían contrarias a la CADH aquellas normas internas que establecieran tratos discriminatorios injustificados para las parejas del mismo sexo viviendo en unión libre, como Helen y Nikola.

Esto se desprende también, de la lectura de los Principios 1 y 2 de los PDY, que consagran, respectivamente el derecho de todos los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género al pleno disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Por otro lado, el estándar general reiterado en “*Atala Riffo*” y “*Duque*”, afirma que la orientación sexual no puede servir de base para negar ningún derecho consagrado en la CADH. Ese tratado incluye, en su artícu-

lo 17 precisamente, el derecho a tener una familia¹⁷. Si bien la norma, que fue redactada y aprobada a mediados del siglo pasado, habla de “hombre y mujer” como titulares del derecho en mención, a la luz del artículo 29 de la CADH, y del estándar del “instrumento vivo” mencionado anteriormente, la misma deberá ser interpretada en el sentido que mejor favorezca el ejercicio de estos derechos, en atención a las realidades sociales del momento, y por tanto, se entiende garantizado el derecho a la protección de otros modelos de familia.

Si bien en principio podríamos suponer que la interpretación de la Corte IDH al derecho a la igualdad y no discriminación a partir de estos casos constituye un ejemplo de la aplicación del estándar del carácter evolutivo de la CADH por parte de la Corte, podría argumentarse (especialmente desde los Estados llamados a observar el contenido de tales decisiones), que en realidad lo que hizo el tribunal interamericano fue incorporar nuevos derechos antes no existentes y que no contaban dentro del texto de la Convención (Shelton y Carozza 2013).

En la actualidad, existen varias parejas GLBTI que han logrado procrear a través de la adopción y la reproducción asistida, y esta realidad no puede ser negada o invisibilizada por el derecho.

En este sentido, es posible decir que la lectura de las normas y estándares internacionales en materia de derechos humanos imponen al Ecuador una obligación internacional de permitir el registro con doble filiación materna de Satya Amani, como hija de una pareja de mujeres lesbianas. Esto, además, es consonante con lo establecido en el Principio 24 de los PDY, que en lo pertinente dispone:

“El derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”.

LA PROHIBICIÓN DE DETERMINAR POSIBLES AFECTACIONES A LA INTEGRIDAD DE SATYA A PARTIR DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE SUS MADRES SOLAMENTE

Un argumento esgrimido por varias autoridades y activistas contrarios al movimiento GLBTI, fue la supuesta afectación a la integridad de la niña Satya, que derivaría del hecho de tener dos madres. La primera de estas afectaciones sería el no poder conocer a su padre biológico (a pesar de que nada en el caso sugiere que éste no podría contactar a la niña), y la segunda se referiría a cuestiones relacionadas con su bienestar psicológico y emocional¹⁸.

Como se mencionó antes, la decisión de las autoridades ecuatorianas con respecto al reconocimiento del estatus de filiación de Satya debe analizarse a la luz de sus obligaciones consagradas en la CADH, el PIDCPs, así

como en la jurisprudencia especializada en la materia. En este análisis, deberán tomarse en cuenta, además, los PDY y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) (UN 1989), para todo lo relativo al análisis del interés superior de la niña en este caso.

El artículo 3 de la CND, dispone una obligación general a los Estados de considerar, al momento de tomar cualquier medida que afecte los derechos de un niño, aquello que mejor favorezca su interés superior. Este principio rector en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes impone además al Estado el deber de tomar en cuenta también los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él

17 CADH. Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

18 El oficio mediante el cual se negó la inscripción de Satya se basaba en la protección de la filiación paterna. Luego en la primera audiencia del caso, los representantes del RCE indicaron que “(...) la composición de la identidad de la niña no puede [sacrificarse], so pretexto de proteger la independencia o desvinculación psíquica de la pareja de su progenitora de su sexualidad física”.

ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (UN 1989, artículo 3).

El interés superior del niño no es, por tanto, una norma cerrada que imponga acciones concretas a los Estados, sino más bien es un lineamiento interpretativo y de valoración que las autoridades estatales deben tomar en cuenta al momento de decidir sobre el alcance y el sentido de los derechos de un niño o niña¹⁹. La aplicación del mismo se basa en “la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la [CND] (Corte IDH 2002)”.

Por su parte, el artículo 8 de la CND establece el derecho de todo niño a una identidad y a que se respeten los vínculos familiares, sin injerencias aparte de aquellas expresamente establecidas en la ley, y que hubieran demostrado ser necesarias y proporcionales para garantizar la plena vigencia de los derechos de éstos, así como su interés superior (CND artículo 8).

Con respecto a los hijos de parejas GLBTI, la CorteIDH indicó en “Atala Riffo” que:

“[L]a determinación del interés superior del niño, (...) se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales

y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (Corte Idh 2012).

Lo anterior tiene al menos dos consecuencias para el caso “Satya”. La primera, que la determinación de posibles afectaciones a la integridad o salud mental y física de la niña, a partir solamente de la condición homosexual de sus madres, constituye una situación contraria al interés superior de la niña, pues no entra a analizar, a partir de los hechos y particularidades concretos de su entorno y forma de vida, lo que verdaderamente requiere ella y su familia para desarrollarse de manera integral. Por otro lado, implica también que la prohibición de la inscripción de Satya con doble filiación materna constituye en sí misma un trato discriminatorio para la niña también –y no solo para sus madres– pues en virtud de la orientación sexual de éstas, aquella es privada del goce de su derecho a tener una familia y a su vida privada, de acuerdo al artículo 8 de la CND.

Esto se agrava porque hasta ahora, ninguno de los órganos estatales que ha intervenido en el proceso, ha logrado demostrar de manera fehaciente y clara, cómo esa inscripción pondría en peligro el interés superior de Satya Amani.

LA OBLIGATORIEDAD PARA LOS JUECES ECUATORIANOS DE APLICAR ESTOS ESTÁNDARES EN EL CASO “SATYA”

En este punto, es importante recordar qué obligación de respetar y garantizar derechos humanos debe observarse por todo funcionario público estatal y por cualquier agente que actúe en representación del Estado o investido de su poder (Vogelfanger 2015). En este sentido, en el caso *Almonacid Arellano c. Chile*, la CorteIDH sostuvo, *inter alia*:

“[Cuando] un Estado ha ratificado un tratado internacional “[...]”, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a

ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y las [normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos]” (Corte IDH 2006).

¹⁹ Ver, al respecto: Simon, Farith. “Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”. (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013).

La obligación de los jueces locales de ejercer lo que se conoce como el “control de convencionalidad” al momento de dictar sentencia no supone solamente la observancia a las normas positivas del derecho internacional de los derechos humanos consagradas en tratados y convenciones internacionales, sino, además, las interpretaciones de la CorteIDH a esas normas, que están plasmadas en la jurisprudencia contenciosa y consultiva. Lo anterior fue sostenido por la CorteIDH en el caso *Atala Riffo*:

“(…) es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana” 8 Corte Idh 2012).

Así, la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos impone al Estado obligaciones que están por encima de su propio ordenamiento interno²⁰. Así lo ha manifestado la CorteIDH, en el sentido de que “(…) el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente

violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado” (Corte IDH 1994). Además, la obligación de observar un debido control de convencionalidad impone a los jueces el cumplimiento con el contenido de decisiones jurisprudenciales, incluso aquellas derivadas de casos donde no fueron parte directamente (Mac Gregor y Pelayo 2012).

Al momento de decidir sobre los derechos de Satya y sus madres, la CCE deberá apegar su sentencia al contenido y alcance de las obligaciones del Ecuador en materia de derechos humanos, tal como están consagradas éstas en normas internacionales, o la interpretación jurisprudencial que de estas normas se haya hecho, pues las mismas integran el corpus iuris de derechos humanos que Ecuador debe respetar y garantizar. Esta obligación, trasciende de lo que puedan sostener ciertas disposiciones a nivel interno—inclusive la Constitución y las leyes que regulan los procesos del RCE—debiendo dar preferencia en la resolución del caso, a aquellas normas, estándares y jurisprudencia emanadas desde el DIDH, y que mejor sirvan para satisfacer el ejercicio integral de los derechos de Satya y sus madres. Para ello, la CCE debería hacer un análisis de las particularidades del caso —y no solo de la normativa nacional o los criterios subjetivos de algunas personas—, al momento de dictar su sentencia.

CONCLUSIONES

Las normas y estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han desarrollado vasta jurisprudencia relativa al derecho a la igualdad y no discriminación. En años recientes, la Corte IDH ha incorporado, dentro de las categorías prohibidas de discriminación, a otras que originalmente no se encontraban específicamente señaladas en el texto de la CADH. Ello, en respuesta a necesidades sociales emergentes en los últimos tiempos, a partir de la obligación de interpretar los instrumentos de derechos humanos de manera dinámica y progresiva, adecuándolos a las necesidades sociales actuales. Con ello, se garantiza que el derecho brinde respuestas reales y efectivas a los problemas que las personas y grupos humanos van enfrentando con el pasar de los

tiempos. Un ejemplo emblemático del desarrollo progresivo del derecho a la igualdad y no discriminación se ha visto en el caso de los derechos de las personas GLBTI y sus familias.

A partir de los casos “*Atala Riffo e hijos*” y “*Duque*”, la Corte IDH estableció a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación, imponiendo además a los Estados el deber de asegurar el efectivo goce de todos los derechos humanos a las personas GLBTI y sus familias. Esta aseveración, no puede sino llevarnos a concluir que, hoy por hoy, resultan violatorias todas las medidas encaminadas a impedir que estas personas ejerzan su derecho a formar una familia y a tener hijos. Ello, a partir de la interpretación evo-

²⁰ Ver, por ejemplo: Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

lutiva de tales normas, que permitiría adaptarlas a un momento donde la familia heterosexual tradicional no es la única que existe en la sociedad, y reconociendo, además, el hecho innegable de la existencia de familias homoparentales dentro de la misma.

La resolución del caso “Satya” es fundamental para garantizar la vigencia de los derechos de las personas GLBTI y sus familias en Ecuador. Por tanto, la decisión que próximamente adopte la CCE con respecto a la posibilidad de Satya de ser inscrita con los apellidos de sus dos madres, no puede estar alejada de los estándares de derechos humanos mencionados en este trabajo. En base al control de convencionalidad, la CCE está obligada a garantizar la vigencia del principio de interés superior de la niña, sin que la orientación sexual de sus madres sea un factor por considerar para una posible negativa. La CCE además, deberá analizar

las particularidades de la vida familiar de Satya y sus madres y hermano, sus necesidades y características, al momento de llegar a una decisión en el caso.

A partir de las normas y los estándares expuestos en este trabajo, y en ausencia de evidencia concreta sobre situaciones que pongan en peligro la vida y la integridad de la niña Satya, podría concluirse que el no reconocimiento de la doble filiación materna, constituiría un trato discriminatorio que afectaría tanto a las madres como a la niña, y contravendría las obligaciones internacionales del Ecuador de respetar y garantizar los derechos de todas las personas, incluyendo a aquellas de sexualidad diversa, y sus familias. Una resolución en este sentido podría incluso suponer el eventual surgimiento de responsabilidad internacional para el Estado, si el caso llegara a elevarse a cortes internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Publicaciones Conjuntas

- Shelton, D. y Carozza, P. 2013. *Regional Protection of Human Rights*. 2da edición. Oxford: University Press.
- Mejía, Joaquín (coord.). 2012. *Los Derechos Humanos en las sentencias de la Corte Interamericana contra Honduras*. Tegucigalpa: Ed. Casa San Ignacio.
- Cruz, A. y Vásquez, R. (coord.). 2010. *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ferrajoli, Luigi. 2004. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta
- Gargarella, Roberto (coord.). 2008. *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Medina, C., y Nash, C. 2005. *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

Artículos Académicos

- Abramovich, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos* 11 (sf.): p. 10.
- Ferrer Mac Gregor, E. y Pelayo, C. 2012. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Revista de Estudios constitucionales* 10
- Bayefsky, Anne F. 1990. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, public ad. *Human Rights Law Journal* 11: 1-34.
- Salgado, Judith. 2004. Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en Ecuador. *Aportes Andinos* 11. (octubre)

- Shelton, Dina. 1996. The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *American University International Law Review* 10: 333-372.
- Carbonell, Miguel. 2004. La Interpretación de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis* [online] 10: 409-417.
- Dulitzky, Ariel. 2007. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. *Anuario de Derechos Humanos* 3 (enero)
- González Le Saux, M. y Parra, O. 2008. Concepciones y Cláusulas de Igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 47 (Enero-Junio): 127-164.
- Iñiguez, Andrea Rosario. 2014. La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 43 (diciembre): 495-516
- Pelletier, Paola. 2014. La discriminación estructural en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH* 60: 205-215.
- Vogelfanger, A.D. 2015. La creación del derecho a partir de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista “Pensar en Derecho* 7: 251-284.
- Palacios, V. 2016. A propósito del caso Atala Riffo y niñas v. Chile: Un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios de Género. La ventana* 43 (enero-junio): 174- 216
- Figuereido Terezo, Cristina. 2014. Derechos Humanos y Diversidad Sexual en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Red De Derechos Humanos y Educación Superior*.
- Pérez, Edward Jesús. 2016. La Igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos. *Comisión Nacional de Derechos Humanos*.

Ranero, Elizaldo.s.f. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación: la obligación del gobierno de México para realizar la armonización legislativa con perspectiva de género. *Revista IUS* 28 (diciembre):204-224

Jurisprudencia Internacional

Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

CDH. Observación General No. 18. No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Pár. 98.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica, (sentencia de 28 de noviembre de 2012).

Corte IDH. Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.

Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 322.

Informes y otras declaraciones de órganos de protección de Derechos Humanos y ONGs

Corte IDH. Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 noviembre 2015

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. “La protección internacional de las personas GLBTI”. Publicado en octubre de 2014. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf> (consultado el 26 de julio de 2017).

CIDH. Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 noviembre 2015. Pár. 39.

CIDH. Comunicado de prensa 153/14. CIDH expresa preocupación por la violencia generalizada contra personas LGBTI y la falta de recopilación de datos por parte de Estados Miembros de la OEA. Publicado el 17 de diciembre de 2014.

CIDH. Plan Estratégico 2011-2015. Plan de Acción 4.6.1: Personas GLBTI. http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/Plan_de_accion_4.6.i.doc Consultado el 29 de septiembre de 2017.

Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos

AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)

AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)

AG/RES. 2600 (XL-O/10)

AG/RES. 2653 (XLI-O/11)

AG/RES. 2721 (XLII-O/12)

AG/RES. 2807 (XLIII-O/13)

AG/RES. 2863 (XLIV-O/14)

AG/RES. 2887 (XLVI-O/16)

Jurisprudencia Local

Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, sentencia emitida en fecha 21 de mayo de 2012.

Lawrence v. Texas (02-102) 539 U.S. 558 (2003) 41 S. W. 3d 349.

Trabajos de Titulación

Simon, Farith. 2013. Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. Tesis Doctoral

Khalifé, Juliana. 2016. La importancia de llamarse (SBN). Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Licenciada en Cine y Video.

Corella, Jackeline. La Reivindicación de los Derechos de la familia en los grupos GLBTI. Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

Artículos de Prensa

2014. Rafael Correa anuncia que los homosexuales podrán registrar unión de hecho en la cédula. *El Universo*, 23 de agosto, sección Política.

Estefanía Chávez. 2017. El Caso Satya: La lucha por la defensa de las familias diversas”. *La Periódica*, 24 de julio.

2016. Asamblea de la OMS excluye a la homosexualidad como enfermedad mental. *El Herald*, 17 de mayo.

Ecuavisa. 2016. La pareja de lesbianas que lucha en el Ecuador para que su hija tenga sus dos apellidos. 1 de abril, <http://www.ecuavisa.com/articulo/bbc/internacional/141101-pareja-lesbianas-que-lucha-ecuador-que-su-hija-tenga-sus-dos> (consultada el 26 de julio de 2017).

Televisa. News. 2017. Con Finlandia, 22 países permiten ya el matrimonio homosexual en el

2017. Países donde se ha aprobado la adopción por parte de parejas del mismo sexo. *El Tiempo*, sf.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR. ANÁLISIS DEL JUZGAMIENTO DE ABIGEATO EN LA COMUNIDAD DE SACHA EN COTOPAXI

HUMAN RIGHTS AND INDIGENOUS JUSTICE IN ECUADOR: AN ANALYSIS OF A SANCTIONING PROCESS FOR CATTLE RUSTLING IN THE SACHA COMMUNITY IN COTOPAXI, ECUADOR

OS DIREITOS HUMANOS E A JUSTIÇA INDÍGENA NO EQUADOR. ANÁLISE DO JULGAMENTO DE ABIGEATO NA COMUNIDADE DE SACHA EM COTOPAXI

*Angélica Porras Velasco**

Recibido: 12/01/2017
Aprobado: 17/07/2017

Resumen:

El presente trabajo es el resultado de la investigación realizada en el marco del proyecto de *Estudios sobre la Justicia Indígena* de la Universidad SEK y comprende el análisis del proceso de juzgamiento de abigeato en una comunidad indígena de la sierra ecuatoriana. El ensayo pretende describir y comprender las tensiones entre las formas de justicia indígena y los derechos humanos, para lo cual se realiza un cuestionamiento a la noción de derechos humanos como categoría universal y se aboga por una interpretación intercultural de los mismos. El método utilizado es cualitativo, principalmente observación de campo y entrevistas en profundidad a autoridades indígenas.

Palabras clave: Interculturalidad del derecho; Justicia indígena; Relativismo cultural; Derechos humanos.

Abstract:

This paper is a result from the research project “Indigenous Justice”, carried out by SEK University of Ecuador. It includes an analysis of a sanctioning process for cattle rustling in an indigenous community in the Ecuadorian highlands. This essay addresses the tensions between indigenous justice and human rights, as a universal notion, and advocates for an

intercultural interpretation of them. The method used is mainly qualitative: field observation and depth interviews to indigenous authorities.

Key words: Intercultural Law; Indigenous Justice; Cultural Relativism; Human Rights.

Resumo:

O presente trabalho é o resultado de pesquisa realizada no marco do projeto de Estudos sobre a Justiça indígena da Universidade SEK e compreende a análise do processo de julgamento de abigeato numa comunidade indígena da serra equatoriana. O ensaio pretende descrever e compreender as tensões entre as formas de justiça indígena e os direitos humanos, y para tal fim, se realiza um questionamento sobre a noção de direitos humanos como categoria universal e se advoga por uma interpretação intercultural dos mesmos. O método utilizado é qualitativo, principalmente a observação de campo e entrevistas em profundidade a autoridades indígenas.

Palavras chave: Interculturalidade do direito; Justiça indígena Relativismo cultural; Direitos humanos.

* Abogado (Egresado con el mejor promedio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: 9.43/10). Doctorando en Derecho (UNR). Maestrando en Derecho Público (UNR). Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional (Facultad de Derecho. UNR). Ganador de la “X Competencia Interuniversitaria” de litigio oral en Derechos Humanos. Becario del Instituto Berg para el Curso “Derechos Humanos en terreno: Europa 2016”. Becario de Investigación del Consejo Interuniversitario Nacional 2015-2016 (por concurso).

INTRODUCCIÓN

Las múltiples atrocidades que ha tenido que soportar la humanidad producto de las guerras, el colonialismo, la voracidad económica, entre otras, han hecho evidente la necesidad de contar con un mínimo ético que guíe las conductas de los seres humanos y limite el poder del Estado.

Este consenso se ha traducido en lo que conocemos como Derechos Humanos; los que a partir de la segunda mitad del siglo XX, están recogidos en una serie de instrumentos internacionales y, por las Constituciones de prácticamente todos los países del mundo. Sin embargo, su implementación no deja de tener dificultades.

Uno de los problemas más recurrentes en su aplicación se presenta cuando los derechos humanos, con pretensión de universalidad, tienen que concretarse en contextos culturales diferentes de aquél que les dio origen. Si bien los derechos humanos son producto de Occidente y están ampliamente influenciados por los valores de la modernidad: racionalismo, individualismo y capitalismo, su aceptación como criterios axiológicos de limitación del poder es ampliamente difundido. Pero, el contenido de los mismos sigue siendo interpretado culturalmente.

El presente trabajo se plantea como objetivo analizar la cuestión de la justicia indígena en el Ecuador y su posible contradicción con la noción de derechos humanos.

La capacidad de que las autoridades indígenas administren justicia, con base en su derecho propio, estuvo reconocida desde la Constitución de 1998; en la actual Constitución se vuelve a consagrar este derecho, pero al mismo tiempo se deja establecido que se hará en el marco de los derechos humanos y la Constitución. El problema surge cuando las prácticas de aplicación de justicia indígena, parecen contradecir –al menos a primera vista– los derechos humanos o la dignidad de la personas.

Proponemos como tesis principal de este trabajo que el problema de la justicia indígena no debe plantearse en términos de violación o no de derechos humanos; porque eso siempre supone la idea de un contenido fuerte y completo de lo que se entiende por ellos, sino que, pensamos que dicho contenido debe ser establecido a través del diálogo intercultural, entendiendo en primer lugar que el propio fundamento de tales derechos está situado culturalmente.

Con ese propósito hemos dividido el presente artículo en dos partes: primero abordaremos a breves rasgos lo que se entiende por derechos humanos y el problema de la relatividad cultural; segundo, estudiaremos lo que se entiende por justicia indígena en Ecuador incluido el análisis de un caso concreto. Como metodología hemos utilizado un enfoque cualitativo basado en la revisión bibliográfica de estudios de caso anteriores y entrevistas a líderes indígenas.

LOS DERECHOS HUMANOS ¿UN MÍNIMO ÉTICO UNIVERSAL?

Después de la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos se constituyeron en un paradigma ético mínimo: “capaz de restaurar la lógica de lo razonable”, es decir se convirtieron en límites que no podían ser transgredidos en ningún momento y se suponen compartidos por todos.

A pesar de que implicaron un amplio consenso, su contenido ha sido entendido de distintas maneras, ya sea que se lo mire desde una perspectiva netamente formal o de una esencial; lo que a su vez hace que, en contextos culturales plurales, convivan, de manera poco pacífica, diferentes concepciones sobre los derechos en general o sobre alguno de ellos en particular.

Este problema ha sido abordado desde la Filosofía del Derecho y ha merecido diversas respuestas, según la tradición teórica de que se trate, retomando el breve recorrido que la autora hace en otro lugar se puede decir que:

desde una perspectiva utilitarista, los derechos humanos son cosas valiosas (o útiles) para los hombres que se deben proteger; o, desde un acercamiento histórico, los derechos humanos son realidades instrumentales que inventan los hombres para responder a ciertas necesidades vitales sobrevenidas del contexto de su existencia; para otros, los derechos humanos son “cri-

terios morales extrasistemáticos” que sirven de estándares de validez para la acción del poder político y de las personas; también se considera a los derechos humanos como pretensiones justificadas. Con un corte más social, se dice que los derechos humanos son parte de la ética emancipatoria, de una “racionalidad de la resistencia”. Allí encontramos sobre todo los aportes de Boaventura de Sousa y de Luigi Ferrajoli (Porrás 2017)

A pesar de que todas estas perspectivas teóricas concluyen que los derechos humanos les corresponden a los seres humanos por el hecho de ser tales, no abordan o no resuelven el problema de si esos principios son los mismos para todas las culturas, o no siéndolo, cómo podrían construirse elementos comunes que permitan comunicarlas. Flavia Piovensan, al tratar este asunto, señala el gran reto que supone para la teoría clásica del derecho (Piovensan 2006, 46) intentar identificar si ese contenido mínimo común existe o es posible de determinar (Piovensan 2006, 46).

Estas preguntas han merecido respuestas desde dos grandes corrientes: a) los universalistas que consideran existe un “mínimo ético irreductible que comparan todos los seres humanos por su valor intrínseco a la condición humana, su dignidad” y, b) los relativistas, quienes en cambio sostienen que son las condiciones culturales las que construyen la noción de derechos humanos, desde esta perspectiva “no hay una moral universal como no hay en el mundo una sola cultura sino una pluralidad de culturas” (Porrás 2017).

Como vemos el primer acercamiento soslaya la cuestión de las diferencias culturales y el segundo la ubica en un lugar privilegiado. Así, en el primer caso nos enfrentamos a un problema fáctico, ¿Qué ocurre cuándo de hecho, las diferencias culturales otorgan un contenido diferente a la noción de derechos humanos?; en el segundo caso, a uno de carácter axiológico, ¿Si no existen contenidos éticos mínimos aplicables a todos los seres humanos y a todos los contextos culturales, cuál es el criterio que sirve para juzgar una situación determinada?

Una posible respuesta se ha ensayado por parte de Luis Villoro, quien apunta que para superar el problema se debe recurrir a ciertos presupuestos: 1) los valores solo son “reconocidos y realizados” en una cultura par-

ticular; 2) una cultura incluye tanto los valores consensuados (vigentes) como la proyección de valores disruptivos de la moral vigente; 3) la comunicación entre culturas supone unas condiciones de “racionalidad universal” de carácter formal que permita precisamente la comunicación entre ellas; 4) la comunicación hace posible el reconocimiento de valores transculturales (Villoro 2016, 173).

En lo descrito podemos identificar con claridad la importancia que da el autor a los elementos comunes que permitan ponerse de acuerdo, es decir, la necesidad de una racionalidad formal en el sentido de un método a ser utilizado para llegar al consenso. Sin embargo, las condiciones formales del diálogo son difíciles de alcanzar pues los intervinientes deben actuar sin coacciones (Villoro 2016, 176-177).

Villoro considera que, en ese contexto, es posible el diálogo entre culturas, pues sostiene que en toda cultura existe una moral positiva (mayoritaria) y una crítica (minoritaria), que en un momento dado, al contacto con otra cultura, podría ser fortalecida o debilitada, y, en tal sentido el resultado de esta intermediación puede ser repensar la propia cultura. Así planteadas las cosas, queda pendiente el criterio de validez con que se juzgarían los resultados del encuentro. Villoro propone para satisfacer esta dificultad el dejar en manos de los propios integrantes de la cultura la construcción de su destino sin coacción (Villoro 2016, 178-180).

En esta propuesta identificamos dos elementos: uno de forma, referido a la participación y al diálogo: son los interesados los llamados a construir su propio destino; y, otro, de carácter sustancial, alusivo al tipo de diálogo, este debe ser sin coacción, es decir con libertad e igualdad entre los sujetos concurrentes, en este caso de distintas culturas. Sin embargo, esta respuesta, en la hipótesis de que fuera posible tal diálogo, no supera la posibilidad de que eventualmente se pueda arribar a una decisión que transgreda principios considerados fundamentales o constitutivos de una u otra de las partes. En este orden de ideas, parecería que es necesario un contenido esencial común, que como ya hemos visto topa con la relatividad cultural.

Ante este aparente callejón sin salida, se puede acudir a algunas de las elaboraciones que vienen de los estudios de la llamada “racionalidad andina” o las propuestas de Levinas sobre la “alteridad” y el otro, con el

fin de intentar hallar algún criterio que asegure que el diálogo entre culturas no suponga necesariamente un resultado que jerarquice a una de ellas y oprima a otra.

Efectivamente, entendiendo la racionalidad como una forma de ubicarse en el mundo, Esterman sostiene que en la región andina, concretamente en las comunidades y pueblos indígenas, el eje fundamental que constituye esa racionalidad es lo sacro y el símbolo; a diferencia de la “occidental” en la que es el logos y el concepto (Esterman 1998, 89). Tal racionalidad se hace vivencialmente y no de manera abstracta, en esa vivencia cobra relevancia la relación con otros seres humanos o con la naturaleza, es esto lo que define al sujeto humano indígena. En ese sentido, el ser humano es relacional y no un individuo aislado (Esterman 1998, 96-97).

Siendo el ser humano entonces un ente relacional, las vinculaciones con el mundo exigen reconocer aquello con lo que se relaciona algún valor intrínseco. Así se explica que para los indígenas, los otros, incluso lo inanimado, tenga energía y vida (Pacari 2009, 33). La pregunta que surge inmediatamente es entonces cuál es la diferencia entre el ser humano y el resto de la naturaleza, los estudios de Esterman consideran que esta radica en la función del ser humano, a quien se le ha atribuido la responsabilidad del cuidado de todo, es una especie de guardián.

La responsabilidad por el otro como característica del ser humano es desarrollada por Lévinas, para quien el fundamento de lo humano es la diferencia y la alteridad. Desde su punto de vista, la subjetividad se plantea como responsabilidad por el otro, no se trata desde esta perspectiva de otro específico e individualizado, sino de lo desconocido, de aquello que bajo ninguna circunstancia se puede aprehender o poseer, no es otra libertad junto a la propia, sino de la relación con un sujeto totalmente distinto. Por tanto, la inteligibilidad del otro no tiene que ver con su “síntesis” con uno mismo, sino con la alteridad, la existencia de algo diferente (Lévinas 2001, 214). Así, la dignidad del otro, el reconocimiento como ser humano o seres con derechos, se revela como responsabilidad¹ personal en el encuentro con el otro.

Hechas estas precisiones sobre la relacionalidad y la responsabilidad, volvamos al punto de si es o no posible el acuerdo entre culturas diferentes sin necesidad de establecer un contenido esencial común, podríamos sostener que la igualdad de condiciones que debe ser garantizada en el diálogo entre los interesados puede recurrir a la noción de relacionalidad y responsabilidad por el otro. Es posible, pensamos, que la relacionalidad como criterio de la racionalidad del diálogo entre diferentes asegura la actuación de las partes sin coacción y, la responsabilidad por el otro en cambio, permite de alguna manera asegurar que no se buscará su eliminación o destrucción.

LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

En el mundo actual, en el que la diversidad cultural es un dato de la realidad, se presentan problemas cotidianos respecto a la convivencia de varios grupos, diferentes culturalmente, conviviendo en el territorio de un mismo Estado.

La política y el derecho han ensayado varias formas de responder a este fenómeno ya sea eliminando la diferencia a través de la imposición de una de las culturas o, mediante el reconocimiento de los derechos de las culturas en cuestión, en mayor o menor medida. Aunque parece muy difícil llegar a establecer una relación

en plano de igualdad se han hecho esfuerzos por permitir cierta convivencia.

En el caso de los países andinos, la presión de los movimientos indígenas aunado a una necesidad de legitimación del poder político llevaron a que se adoptaran formas variadas de constitucionalización de los derechos de la diversidad (Grijalva 2009, 291).

Ecuador, desde las reformas constitucionales de 1996, introduce en sus Constituciones el reconocimiento de ciertos derechos de los pueblos y nacionalidades indí-

¹ Resulta muy interesante la relación que hace Lévinas entre responsabilidad y sufrimiento, para él, el único momento en que la responsabilidad se vuelve irresponsabilidad es cuando el “sufrimiento alcanza su pureza”, generalmente entre él y el ser humano está la dignidad y por eso la responsabilidad, pero cuando no hay nada entre el ser humano y el dolor no hay responsabilidad. Ver: Emmanuel Lévinas, *El tiempo y el otro*, 113. Así el infligir sufrimiento total a otro no es más que quitarle su dignidad.

genas primero en la educación y en la salud, luego, a partir de la Constitución de 1998 y con más fuerza en la de 2008, estos derechos se amplían de manera significativa que incluyen el territorio, el derecho propio e incluso alguna forma de autogobierno.

A continuación vamos a realizar un análisis de la constitucionalización de la llamada justicia indígena.

La primera Constitución que de manera expresa reconoce la facultad de las autoridades indígenas de administrar justicia es la de 1998, esto desde luego no quiere decir que con anterioridad a esta fecha la justicia indígena no existiera, permanecía viva y funcionando en las comunidades, sin embargo no tenía el reconocimiento oficial.

El artículo 191 expresamente establecía

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional (CPE 1998).

La Constitución de 2008 mantiene este artículo más o menos en los mismos términos pero lo amplía un poco, así, en el artículo 171 dice:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos

de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Si comparamos ambos artículos encontramos varios elementos destacados.

La primera cuestión a tomar en cuenta es la forma diferenciada de referirse a la estructura social de los indígenas, la Constitución de 1998 se refiere a los “pueblos indígenas”, en cambio, la de 2008 los denomina “comunidades, pueblos y nacionalidades”. Sin duda constituye un avance y un reconocimiento de la complejidad que entraña esta realidad; recordemos que la Constitución de 1998 reconoce al Estado ecuatoriano como “pluricultural y multiétnico” (CPE, artículo 1) y la de 2008 como “intercultural y plurinacional” (CPE, artículo 1).

Ese reconocimiento también implica un avance. Los términos multicultural y pluricultural son descriptivos, muestran la diferencia de culturas viviendo en un mismo espacio, sin embargo no dan cuenta de la relacionalidad entre ellas, y ocultan sus relaciones jerárquicas, es decir la colonialidad. Sin embargo, hay que aclarar que el “multi” solo indica la existencia de varias culturas en un mismo espacio en el marco de una cultura dominante, en cambio lo “pluri” muestra la convivencia de culturas un poco más relacionada, mestiza, podría decirse, aunque tampoco se cuestiona las relaciones inequitativas entre las mismas (Walsh 2008, 140).

Lo intercultural, en el proyecto de los movimientos indígenas, se plantea desde el reconocimiento de la dominación, desigualdad pero también la relacionalidad, entre las culturas, va más allá de la tolerancia y el respeto, implica la construcción de una forma de vida diferente que transforme las estructuras de jerarquización y dominio, es decir que impulse la descolonización a través de lógicas de relaciones más equitativas (Walsh 2008, 141).

La plurinacionalidad se refiere también a un dato de la realidad, describe la existencia de pueblos o naciones diferentes que pre datan al Estado (Walsh 2008, 142). Esta característica de plurinacional supone una proyección de la diferencia institucional y política, enfatiza en la autonomía de los grupos (Grijalva 2009, 399).

La segunda cuestión para el análisis es el derecho a aplicarse en la solución de conflictos: se trata de normas, costumbres y derecho propios, como señala Julio Cesar Trujillo, la aplicación de la justicia indígena no es arbitraria, ni anárquica, existen principios y procedimientos estabilizados a lo largo de mucho tiempo, que si bien no están escritos, son conocidos por quienes luego van a ser juzgados por ellos (Trujillo 2013, 311). Esto no implica que sean estáticos, al contrario, como todo derecho se adapta y cambia, integra elementos que podrían considerarse extraños y hasta contradictorios, como por ejemplo los “latigazos” como forma de castigo entre los indígenas, a pesar de que ellos se utilizaron en las haciendas aplicadas por parte de capataces y hacendados.

Se ha discutido largamente sobre cuáles son los criterios con que juzgan las autoridades indígenas, si no lo hacen con los de la Constitución y la ley. Se ha dicho también que en varias comunidades kichwas de la Sierra ecuatoriana existen ciertos principios éticos de convivencia que son aplicados al momento del juzgamiento; sin ser exhaustivos, pues cada pueblo incluso comunidad puede llegar a tener más principios, se pueden resumir en los siguientes: *Ama llakichina* (no hacer daño, no agredir); *Ama Shua* (no robar); *Ama Llulla* (no mentir); *Ama Muku* (no ser avaro); *Randy Randy* (solidaridad); *Ama yalli charina* (no codiciar)²; *Ama Killa* (no ser ocioso) (Llasag 2009, 205). Sin embargo de que esto puede ser así, resulta muy difícil identificarlos cuando se estudian casos concretos, pues se acude generalmente a relatos y no se presencia directamente el proceso.

De todas formas lo que aquí nos importa es señalar que varios de esos principios o valores están también recogidos en las leyes y en la propia Constitución, es decir en el derecho estatal. Son comunes, sin embargo esto no significa que su aplicación sea semejante, no sólo pasa por la importancia que se pueda dar a uno u otro valor, sino a la forma en que se aplican. Un ejemplo de lo que aquí se afirma son ciertas conductas que pueden considerarse delitos en la legislación estatal y no en las prácticas indígenas o viceversa.

La importancia que se pueda dar a uno u otro principio en el juzgamiento de casos concretos es el tema

más difícil de enfrentar, pues se refiere al contenido que “culturalmente” tiene cada derecho, por lo que no pocas veces existe contradicción.

Nuestra Constitución previendo esta posibilidad ha optado por dejar en manos de la Corte Constitucional la interpretación de cuándo una actuación indígena supondría una violación a los derechos humanos. Pero, la composición de la Corte, principalmente integrada por mestizos, hace que se trate de una institución con poca sensibilidad a la interpretación intercultural de los derechos humanos. Esta cuestión sigue estando pendiente tanto en el análisis y en la práctica de las relaciones entre justicia indígena y justicia ordinaria.

En cuanto a la forma de aplicación de la justicia indígena, varios estudiosos han planteado que en el juzgamiento se puede encontrar no sólo un procedimiento, sino un debido proceso, respetuoso de las garantías constitucionales. Aunque pensamos que intentar buscar semejanzas implica ya tomar una cultura, la mezcla y su derecho, como referencia, repasaremos lo que al respecto se plantea.

Según Raúl Llasag (2009, 198-199) el proceso de juzgamiento de los indígenas tiene las siguientes etapas:

1. Willachina o willana (demanda o aviso) por el cual se hace conocer a las autoridades de la situación que debería ser juzgada. Este aviso se realiza por parte de la propia víctima o por vecinos o familiares.
2. Tapuykuna o tapuna (averiguación o investigación del conflicto) esta investigación se realiza acudiendo sobre todo a conversaciones con personas allegadas al problema y no pocas veces tiene formas religiosas o místicas como los sueños.
3. Chimbapurana o wahuichina o ñawinchi (confrontación entre acusado y acusador) en la justicia indígena un paso inexcusable es la confrontación entre las partes, que se realiza con la presencia de familiares o “padrinos” de cada lado ante las autoridades indígenas o ante la Asamblea de la comunidad, en esta etapa las autoridades descubren la “verdad” de los hechos.

² Raúl Llasag comenta que en la comunidad Consolación, se decidió mediante Asamblea, sancionar a una indígena que abrió una tienda de víveres, porque se consideraba que eso produciría desigualdad económica y que nadie tenía derecho a poseer más que los otros.

4. Killpichirina (resolución) generalmente se toma después de una larga deliberación entre las autoridades e incluye no solo la limpieza espiritual (castigo) sino también la reparación a la víctima que puede incluir trabajos para ella, pagos en efectivo, reposición de bienes, etc.
5. Paktachina (ejecución) es la aplicación de la resolución, se hace a través de las autoridades indígenas y generalmente ante toda la comunidad.
6. Chichi yashca (limpieza espiritual) para los indígenas, según sus versiones, no se trata de un castigo, sino de una purificación que busca eliminar del cuerpo las malas energías o los malos espíritus y eso se hace llamando al cuerpo a despertarse. Incluye varias acciones: “ortigamiento”³, baño, limpieza con hierbas curativas o licor, a veces latigazos, todo esto acompañado de consejos⁴.

Para otros indígenas, el proceso utilizado para el juzgamiento se puede equiparar al del derecho estatal, esa es la posición de Rosa Baltazar Yucailla, quien encuentra que se puede identificar el debido proceso, el respeto a la vida, la no tortura, la integridad física y la participación de las mujeres (Baltazar 2009, 463-466). Pensamos que no es posible utilizar como categorías de análisis las derivadas –de lo que podríamos llamar el derecho estatal u occidental– y directamente aplicarlas sobre las prácticas indígenas, es necesario primero saber si son comparables o al menos conocer que responden a formas diferentes –aunque no totalmente– de mirar la vida, menos aun cuando una de esas culturas se ha declarado como superior.

La tercera cuestión a estudiarse es el ámbito de aplicación, este aspecto ha sido el más debatido en el país, la Constitución de 1998 señala que las autoridades indí-

genas podrán juzgar conflictos “internos”, en cambio la de 2008 indica que se juzgarán asuntos en los respectivos “ámbitos territoriales”. Bajo la vigencia de la Constitución anterior no se logró acuerdo sobre aquello que significaba “internos”, hubo quienes pensaban que se trataba de asuntos ocurridos en una comunidad o relacionados con la comunidad, y, quienes los anclaban al territorio. En la Constitución de 2008 claramente se refiere al territorio, pero surge una cuestión muy importante, sobre todo para las comunidades de la Sierra en las que los indígenas viven en territorios compartidos con mestizos o incluso en ciudades⁵. Se trata de una cuestión todavía sin resolverse.

La cuarta cuestión tiene que ver con las autoridades con capacidad de juzgar, como ya se dijo, se trata de las autoridades legítimas de la comunidad, elegidas con sus propias normas y legitimadas (Trujillo 2013, 312)⁶.

Y, un último asunto a estudiarse es el relacionado con los límites a esa jurisdicción indígena, en la Constitución de 1998, se habla de que ese límite será impuesto por la Constitución y la Ley, en la actual Constitución, en cambio, ese límite está fijado por la Constitución y los derechos humanos. El problema surge cuando ciertas prácticas se consideran violatorias de derechos humanos, como por ejemplo las acciones desarrolladas en la “purificación espiritual” o de ciertas acciones que se realizan como castigo.

Sobre este punto hay que insistir en que los indígenas consideran que aquéllas prácticas relacionadas con la purificación no son atentatorias a los derechos humanos, porque son una forma de curar, de volver a integrar a la comunidad a quién se desviado del “camino correcto”⁷, pero, no dejan de reconocer que existen excesos⁸, la pregunta que persiste es cómo se logra establecer ¿cuándo se trata de un exceso sin caer en el

3 Esta práctica es tan común que inclusive se utiliza en otros contextos que no significan castigo, por ejemplo en los bautizos, si el niño no es muy pequeño se le ortiga los pies, las manos y la cara, con el fin de que vaya por buen camino, no robe y no hable mal de otros.

4 Hay una larga controversia en este punto, sobre todo porque en los últimos años se han evidenciado otras formas de resoluciones, que difícilmente se pueden llamar purificación, por ejemplo, en una comunidad de Otavalo llamada La Compañía, existe un grupo de indígenas –no autoridades– denominados “los justicieros”, que aplican justicia a petición expresa y recurren a acciones que van mucho más allá de la limpieza espiritual, como por ejemplo: encierros, ahogamientos, malos tratos, con el fin de obtener confesiones o firmas de documentos de pago a los supuestas víctimas. Se puede ver fácilmente que no coincide con el proceso que hemos descrito, pues normalmente en un juzgamiento indígena, la determinación de los hechos se hace previamente a la imposición de la resolución, en este caso en cambio se presiona a la persona para que confiese. La confesión es una forma de averiguación de la verdad que no existe en las comunidades indígenas, pues la investigación como se ha dicho se hace a través de consultas y conversaciones con las partes y los allegados. Entrevistas 2 y 3.

5 En Quito, existen varias casas coloniales grandes que han servido de lugar de vivienda a comunidades indígenas enteras y se aplican normas y procedimientos indígenas.

6 Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, 312; en el mismo sentido se manifiesta Raúl Llasag en “La jurisdicción indígena”, 192.

7 Entrevistas 1, 2 y 3.

8 Entrevistas 2 y 3.

desconocimiento de los derechos colectivos de esos pueblos?

Para abordar tal cuestión debemos retomar tanto las nociones de derechos humanos así como la de justicia indígena:

Los derechos humanos son la ley del más débil o la racionalidad de la resistencia, en definitiva límites a todo tipo de poder que oprima o discrimine. En cuanto a la justicia indígena podríamos decir que es el conjunto de normas, procedimientos y autoridades que se utilizan en las comunidades, pueblos y nacionalidades para resolver conflictos que afectan su armonía y estabilidad (Baltazar 2009, 453).

Ahora bien, de las entrevistas realizadas a los dirigentes indígenas, hay dos cosas sumamente relevantes en cuanto a la noción de derechos humanos que parece prevalecer en el lugar, primeramente, los derechos humanos, así como la dignidad de la persona están asociados más a la “lucha” por el acceso a los dere-

chos o por la “resistencia” a la opresión. Los derechos son algo que se “gana”, desde su perspectiva, no se tienen desde siempre y, por tanto se pueden perder. En todo caso, alcanzarlos, mantenerlos o luchar por otros más, es lo que da dignidad a las personas, dicho de otra manera, están directamente asociados a la dignidad⁹.

En segundo lugar, los derechos humanos se plantean generalmente frente al Estado, al gobierno y a la sociedad en general, hay muy poca “conciencia” de que los mismos podrían estar en peligro por las prácticas de la misma comunidad. Es decir, los derechos humanos también se miran de manera colectiva.

En cuanto a la justicia indígena, ella se entiende como un derecho ganado, en ese sentido su reconocimiento en la misma Constitución sumado al hecho de que en la práctica los conflictos de las comunidades se resolvían con sus propias normas, la normativa estatal refuerza la capacidad de acción de las autoridades indígenas en materia de justicia indígena.

ANÁLISIS DE CASO

Para el estudio de caso se ha escogido un juzgamiento de abigeato¹⁰ realizado en una comunidad kichwa de Cotopaxi, denominada Sacha, empezaremos por describir la comunidad y luego revisaremos el caso. Esta comunidad está ubicada en el cantón Salcedo de la provincia de Cotopaxi, en la sierra centro del país, su territorio corresponde en una buena medida a los páramos, su clima es frío y su orografía montañosa. La comunidad está conformada por indígenas, principalmente panzaleos y mestizos¹¹.

En cuanto a su origen, al igual que otras comunidades de la Sierra centro del Ecuador, está en la hacienda,

en este caso la denominada Cumbijín, que con las reformas agrarias de 1964 y 1974 se dividió y entregó a los indígenas, anteriores huasipungueros. Sacha está conformada por alrededor de doscientas cincuenta familias, vive de la ganadería y agricultura. Se habla castellano y Kichwa¹².

En cuanto a su organización política, está dirigida por un Cabildo que se elige por la Asamblea de comuneros de manera anual. Este órgano es el encargado de solucionar los conflictos que se presenten en la comunidad e imponer castigos introduciendo otros no utilizados anteriormente, como los latigazos, encierros, etc.

EL JUZGAMIENTO

El juzgamiento que vamos a analizar se realizó en el mes de mayo del año 2016. El comunero relata que

desde hace cinco años en la comunidad de Sacha se produjeron varios robos de ganado, que incluía vacas,

⁹ Entrevistas 2 y 3.

¹⁰ El abigeato es un tipo penal que consiste en el hurto de ganado.

¹¹ Región montañosa que se ubica entre los 3000 y 5000 metros de altura.

¹² El huasipungo fue una institución económica que permitió la organización de las haciendas y los indios conciertos en ellas. Consistía en la entrega de un pequeño pedazo de tierra para la familia indígena huasipunguera que le permitía un lugar donde vivir y además una pequeña economía de subsistencia.

ovejas y cerdos; prácticamente se habían visto afectadas todas las familias de la comunidad¹³.

Para evitar los robos la comunidad se organizó en rondas de vigilancia, una noche se pudo descubrir y frustrar un robo, fueron identificados y retenidos quienes estaban llevándose el ganado, se trataba de dos jóvenes de otra comunidad cercana, también indígenas, que fueron entregados a las autoridades de la comunidad. La directiva del cabildo, conformada por una Presidenta, una Vicepresidenta y varios vocales, convocaron a una reunión en la plaza central de la comunidad donde acudió casi toda la población. Se les comunicó lo ocurrido y, se procedió al juzgamiento¹⁴.

Primero, en una libreta de notas se recogió las quejas de todos quienes habían sido afectados por el robo, desde hace cinco años, luego, se tomó la decisión (resolución) de “ortigarlos” y, bañarles en agua fría¹⁵. Después, la directiva, sobre todo la presidenta –quien además es mestiza-, decidió exigirles que identifiquen a toda la red de abigeato, porque suponían que el ganado era llevado a una ciudad cercana para su venta, puesto que no podía venderse en las comunidades cercanas, pues hubieran sido descubiertos. Ante la negativa de los jóvenes se procedió a latigarlos, a golpearlos e inclusive se les aplicó electricidad.

Desafortunadamente, producto de estas acciones, uno de los jóvenes quedó inconsciente, para reanimarlo nuevamente se acudió a la electricidad logrando que se recupere¹⁶.

Las familias de los jóvenes accedieron a pagar \$10.000,00 (diez mil dólares) que fueron repartidos a todos los afectados conforme el número y calidad de cabezas de ganado sustraídas al valor actual¹⁷.

Varios puntos deben analizarse de este caso:

- La constatación de la falta se hizo de primera mano, se descubrió a los abigeos en plena ejecución del delito, pero este hecho no fue casual, era la forma decidida por la comunidad de enfrentar los robos que venían sufriendo.

- La resolución se tomó luego de haber identificado el daño realizado, considerando la afectación desde hace cinco años, sin saber si ella correspondía o no a la responsabilidad de los dos jóvenes que fueron apresados.
- La indemnización se repartió entre todos los afectados proporcionalmente al daño sufrido.
- La ejecución incluyó acciones encaminadas a la limpieza espiritual y otras que no forman parte de tales prácticas. Aunque, los dirigentes indígenas insisten en que la justicia indígena no es un castigo, sino una purificación para quien no respeta las reglas y siembra desarmonía, en este caso concreto, se utilizaron acciones que no estaban encaminadas a la purificación sino a la “confesión”. Esto es muy importante, pues, la constatación de los hechos se realiza directamente o de formas místicas, por lo que resulta extraño el uso de la confesión, ésta es una forma adoptada desde fuera que no corresponde a su derecho propio.
- Al ser consultados sobre este punto dos de los entrevistados de otras comunidades, se manifestaron en contra de estas acciones y además atribuyeron su aparición a la influencia de la televisión¹⁸.

Ahora bien, ¿son estas prácticas violatorias de derechos humanos? La respuesta es difícil, pero de lo dicho hasta ahora se pueden plantear algunas ideas, tomando en cuenta las concepciones que sobre derechos humanos y dignidad tienen estas comunidades. Como decíamos en esta comunidad, la dignidad está relacionada con la lucha y la resistencia –aunque también con la identidad–. Justamente la identidad como indígenas hace que su cosmovisión integre las categorías que se han identificado como “racionalidad andina”, para el caso que nos ocupa la relacionalidad y la responsabilidad.

Algunas de las acciones en este caso fueron violatorias de derechos, así el uso de la electricidad puso en peligro la vida de las personas que fueron juzgadas, y esta afirmación no sólo puede ser hecha desde las premisas que subyacen el derecho estatal o mestizo, sino desde

¹³ Entrevista 4.

¹⁴ Entrevista 4.

¹⁵ Hay que tomar en cuenta que esta comunidad se encuentra en el páramo, normalmente tiene temperaturas que ronda los cuatro grados centígrados.

¹⁶ Entrevista 4.

¹⁷ Entrevista 4.

¹⁸ Entrevista 2 y 3

el propio derecho indígena, en cuanto atentan a la racionalidad y a la responsabilidad por el otro.

Por otro lado, también son atentatorias a las concepciones más contemporáneas de derechos humanos, pues no se repara, en ningún momento, en los derechos humanos como práctica de resistencia o ley del más débil, pues como habíamos dicho estos derechos se entienden frente a la cultura y sociedad mestiza y al Estado.

Así mismo, en cuanto a la cuestión del procedimiento, si bien se encuentran en la descripción algunas de las etapas mencionadas por Raúl Llasag, parecería aven-

turado sostener que existe “debido proceso”, sobre todo porque se llegó a poner en peligro la vida de las personas juzgadas.

En todo caso, la facultad de ejercer justicia, los valores que integra la justicia indígena e incluso la posibilidad de comunicar las culturas jurídicas diferentes está presente, lo que ocurre es que en este caso en particular se dieron ciertas prácticas atentatorias a las nociones propias de los indígenas de derechos humanos, así como a las más occidentalizadas. Sin embargo no puede inferirse de allí que todas las prácticas, ni en este caso y menos en otros, implican violaciones a los derechos humanos.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Para concluir debemos señalar que la noción de derechos humanos como inherentes a todos los seres humanos y como leyes del más débil, ante cualquier forma de opresión o discriminación, no se encuentra de forma tan clara en la comunidad que ha sido analizada, por tanto tampoco aparece en las discusiones del caso.

Como mencionamos en otro acápite de este artículo, la noción de derechos humanos tiene también una forma comunitaria, están pensados no contra el posible poder que pudiera manifestarse y de hecho se manifiesta al interior de la comunidad, sino que se plantean frente al Estado, o, a la sociedad mestiza, tal es así que cuando se habló de derechos humanos inmediatamente los entrevistados rememoran los logros alcanzados a partir de sus luchas y su resistencia frente a la discriminación que venía de los mestizos o del gobierno.

En este marco, para ellos, dentro de la comunidad es imposible que se violen derechos por parte de los miembros de la misma. Entendiendo la comunidad en sentido ampliado como “los indígenas” y no solo como la específica localidad de la que se trata.

En cuanto a la forma del ejercicio de la justicia indígena, tampoco parece existir conciencia de la violación de derechos humanos, pues nuevamente, como ya se dijo, la dignidad es algo que se alcanza a través de la lucha frente a la opresión. Hay que tomar en cuenta que incluso en estos casos es frente a la opresión que pudiera venir del Estado o los mestizos que ella se ac-

tiva. Es decir, nuevamente es el grupo, lo colectivo lo que dota de sentido a tal categoría.

Como se planteó en las páginas iniciales de este trabajo, el problema principal se sitúa en si pueden existir contenidos comunes a los derechos humanos en culturas diferentes. En el caso que nos ocupa podríamos afirmar que, si bien existen ciertos contenidos comunes como “no robar”, “no matar”, esos no son suficientes, pues la interpretación de cómo, cuándo y contra quién deben aplicarse pasa necesariamente por la relación jerarquizada de las culturas.

Este punto tiene serias implicancias, pues, se puede decir que en este juzgamiento no hubo o no se respetó el debido proceso, pero nos parece que eso no es lo medular, sobre todo porque no da pistas sobre la posible manera de concatenar las nociones clásicas de los derechos humanos con otras que vienen de interpretaciones interculturales. El juzgamiento como se recordará se hizo a dos jóvenes de una comunidad distinta, de otra comunidad, aunque también indígena, de todas formas el problema se da entre una comunidad (la afectada por el robo) frente a dos jóvenes que no eran de esa comunidad. Sin embargo, al ser las dos indígenas las posibles violaciones a los derechos humanos pasan desapercibidas, pues en la concepción de esta comunidad ellos solo pueden violarse o bien sea por el Estado, o bien sea por los mestizos.

Con respecto al caso hubo acciones no encaminadas a la “purificación” o restablecimiento de la armonía

perdida en la comunidad, principales objetivos de la sanción en la justicia indígena sí se llegó a vulnerar derechos humanos de los procesados, pues se puso en peligro su vida al utilizar electricidad y hacer que uno de ellos pierda la conciencia. Sin embargo, no puede dejarse de señalar que no toda la justicia indígena es respetuosa de los derechos humanos, así como tampoco siempre se violan los derechos. Pensamos que para contextos pluriculturales es necesario reforzar y ampliar una concepción de derechos humanos basada en la “racionalidad de la resistencia” pues la convivencia de varias culturas bajo un mismo Estado, generalmen-

te supone la imposición de una cultura sobre la otra. Sin embargo, esto no significa, bajo ninguna circunstancia, que el objetivo es cambiar culturas en la jerarquía, sino en palabras de Boaventura de Sousa recuperar el carácter emancipatorio del derecho. Además, parece una tarea ineludible enfatizar en la necesidad de llevar la preocupación por los derechos humanos a las acciones dentro de la propia comunidad, desde la perspectiva de su misma cultura. Creemos que esto es posible a partir de valores como la relacionalidad y la responsabilidad por el otro ya existentes en la “racionalidad andina”.

BIBLIOGRAFÍA

- Baltazar Yucailla, Rosa. 2009. "La Justicia indígena en el Ecuador" en Espinosa, Carlos y Caicedo Danilo (Comp.). *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bobbio, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema.
- Castro Cid De, Benito. 1989. "El fundamento de los derechos humanos. Reflexiones Incidentales", en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate.
- Chisaguano, Silverio. 2006. *La población indígena en el Ecuador*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.
- Ferrajoli, Luigi. 2002. *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza.
- Gimbernat, José. 1989. "Consideraciones histórico-argumentativas para la fundamentación ética de los Derechos Humanos", en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate.
- Grijalva, Agustín. 2009. "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008" en Espinosa, Carlos y Caicedo Danilo (Comp.). *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Guerrero, Andrés. 1994. "Una imagen ventrílocua". El discurso liberal de la <desgraciada raza indígena> a fines del siglo XIX" en Muratorio Blanca (Ed). *Imágenes e imagineros. Representaciones de los Indígenas ecuatorianos, siglos XIX y XX*. Quito: Flacso.
- Guisán, Esperanza. 1989. "Una justificación utilitarista de los Derechos Humanos" en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*. Madrid, Editorial Debate.
- Esterman, Josef. 1998. *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya Yala.
- Llasag, Raúl. 2009. "La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad" en Andrade, Santiago, et. al., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones.*, Quito: ASB.
- Lévinas, Emmanuel. 1993. *El tiempo y el otro*. Barcelona: Paidós-ICE-UAB.
- Lé+vinas, Emmanuel. 2001. *Entre nosotros. Ensayos para pensar e otros*. Valencia: Pre-textos.
- Peces Barba, Gregorio. 1989. "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho", en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*, Madrid: Editorial Debate.
- Piovensan, Flavia. *Direitos Humanos e Justica Internacional*. Sao Paulo: Editora Saraiva
- Porras, Angélica. "La noción de Derechos Humanos en los pueblos indígenas del Ecuador. Una introducción a los problemas interculturales del Derecho" en www.revistapersona.com.ar/Persona90/90Persona1.htm (recuperado 7/09/2017)
- Trujillo, Julio César. 2009. "El Ecuador como Estado plurinacional" en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Comp.): *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Quito: Abya Yala.
- Trujillo, Julio César. 2013. *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: UASB.
- Vega, Nina Pacari. 2009. "Naturaleza y Territorio dese la mirada de los pueblos indígenas" en Acosta, Alberto, et. al. *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Abya Yala.

Villoro, Luis. “Sobre relativismo cultural y universalismo ético. En torno a ideas de Ernesto Garzón Valdez” en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-relativismo-cultural-y-universalismo-etico-en-torno-a-ideas-de-ernesto-garzn->, (visitado 26/12/2016)

Walsh, Catherine. 2009. “Estado plurinacional e interculturalidad” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Comp.): *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Quito: Abya Yala.

Walsh, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad. Las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, No. 9, julio-diciembre 2008, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600909>, (visitado 26/12/2016)

LA LEGITIMACIÓN POLÍTICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL: UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

THE POLITICAL LEGITIMISM AND JUDICIAL ARGUMENTATION IN THE CONSTITUTIONAL JUSTICE: THE OVERVIEW OF THE CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW TO THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR

LEGITIMAÇÃO POLÍTICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL: UM OLHAR SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR

*Jhoel Marlin Escudero Soliz**
Universidad de las Américas

Recibido: 14/12/2016
Aprobado: 04/01/2017

Resumen:

El presente artículo analiza la legitimidad formal y material de la Corte Constitucional de Ecuador, para lo cual explica la importancia de la Constitución, del control de constitucionalidad y de la argumentación jurídica, en contraste con las características de la representación política del parlamento. De esta configuración teórica, se desprende la importancia de la conformación del órgano de control constitucional y del principio *prolegislature* para comprender los límites de los jueces frente a las potestades del legislador. En consecuencia, para entender la legitimidad de origen de la Corte Constitucional de Ecuador, se revisa el proceso de creación y selección de jueces; y, la legitimidad material, se estudia la argumentación jurídica de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad.

Palabras clave: Legitimidad; Prolegislature; Control de constitucionalidad; Argumentación jurídica.

Abstract:

Abstract: This essay analyzes the formal and material legitimacy of the Constitutional Court of Ecuador. For this, the importance of the Constitution, constitutional control and judicial argumentation is explained, in contrast with the characteristics of political representation of parliament. From

this theoretical configuration of the constitutional controlling body, the importance of the *prolegislature* principal is deduced in order to understand the limits that the judges face regarding the competencies of the legislator. In consequence, to understand the legitimacy of the Constitutional Court of Ecuador, regarding origin, reviewing the creation process and the selection of judges is necessary; as well as, materially, analyzing the study of the judicial argumentation of the sentences of abstract constitutional control.

Key words: Legitimacy; Prolegislature; Constitutional Review; Judicial Argumentation.

Resumo:

O presente artigo analisa a legitimidade formal e material da Corte Constitucional do Equador, para explicar a importância da Constituição, do controle de constitucionalidade e a argumentação jurídica, em contraste com as características da representação política do parlamento. Desta configuração teórica se desprende a importância da formação do órgão de controle constitucional e do princípio *prolegislature* para compreender os limites dos juízes frente as potestades do legislador. Como consequência, para entender a legitimidade de origem da Corte Constitucional do Equador, se revisa

* Doctor en Derecho y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador (UASB-E). Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Mediador, por la Universidad Central del Ecuador. Profesor de Derecho Constitucional y Oratoria Forense de la Universidad de las Américas (UDLA). Profesor invitado de Garantías Constitucionales de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB-E) y de Interpretación Constitucional de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: jescudero@udlanet.ec

o processo de criação e seleção de juízes; e, a legitimidade material, se estuda a argumentação jurídica das sentenças de controle abstrato de constitucionalidade.

Palavras chave: Legitimidade; Prolegislature; Controle de Constitucionalidade; Argumentação Jurídica.

INTRODUCCIÓN

La Constitución es única, suprema y su finalidad es limitar al poder. Es única porque no existe otra norma dentro del Estado que tenga las características de la Constitución; organiza el poder y es fuente de la producción del derecho. Es norma suprema porque funda política y jurídicamente la comunidad, es jerárquicamente superior porque se ubica en la cúspide del sistema de fuentes del derecho y garantiza derechos de las personas (Garrorena 2011, 85). De otro lado, la Constitución es lo que el poder quiere que sea, es indeterminada y no es perfecta;¹ pero sí un buen plan (Hamilton, James y John 2006,373).

Lo mencionado corresponde a algunos argumentos generales a favor y en contra de la Constitución, con los cuales podemos estar o no de acuerdo. Probablemente habrá que dar la razón a las dos explicaciones y así podríamos iniciar una discusión, de lo que es o no la Constitución. El debate nos llevará a concluir que la Constitución es una norma de compleja definición.

En consecuencia, sobre la Constitución existen acuerdos y desacuerdos generales, uno de ellos es la forma cómo se explica la norma desde el poder político y el jurídico. La constante contradicción se sustenta entre lo que la Constitución es y lo que debe ser.

La idea central del presente artículo es analizar la legitimación política y argumentación jurídica de la Corte Constitucional del Ecuador, para lo que se revisará la organización de la institución y realizará un estudio de los problemas centrales de sus sentencias. Posteriormente, cabe explicar la legitimidad democrática del legislador, para lo que se analizará el discurso de la producción de normas y sus diferencias con la argumentación jurídica. Es claro que, tanto el sistema político como el de control de constitucionalidad, son sistemas totalmente diferentes, pero tienen por finalidad explicar los contenidos de la Constitución. Finalmente, se abordará el principio *in dubio pro legislature* como un postulado intermedio (entre los argumentos jurídicos y los debates políticos) que se inserta en la lógica de comprender a la Constitución.

La organización temática del artículo permite explorar los aspectos centrales de la argumentación jurídica, la legitimación política y el principio *pro legislature*. Estos elementos puestos en contacto, expresan desacuerdos irreconciliables, que se expresan desde el derecho y la política, que estudiados en el caso particular de Ecuador, tienen en lo jurídico y político a justificar al poder, poniendo en riesgo la legitimidad de la Corte Constitucional.

LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

La Corte Constitucional de Ecuador es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, conforme lo establece el artículo 436 de la norma suprema. En relación a la legitimidad jurídica de esta institución, debe analizarse su rol en dos dimensiones: material y formal o de origen. La legitimidad material consiste en la permanente defensa de la Constitución, mediante dictámenes y sentencias. De allí que sólo puede explicarse desde la jurisprudencia, como se revisará más adelante.

En cuanto a la legitimidad de origen, comprende la integración y la forma de designación de los jueces del alto tribunal, conforme lo prevén los artículos 429 al 435 de la Constitución de la República del Ecuador. Este proceso, debe sujetarse a los principios de transparencia, género, oposición, méritos y pluralismo. Es así que, en sentido formal de legitimidad del máximo órgano de justicia constitucional, hace referencia tanto al proceso que dio origen de la institución, como a la probidad de sus miembros.

¹ Ferdinand Lasalle, *Qué es la Constitución*, http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf.

Cabe indicar que, en Ecuador, el primer proceso de designación en el cual se aplicó la Constitución fue en 2012, mientras que para el período de 2008-2012 se instauró una Corte Constitucional para el Período de Transición. El mecanismo, por el cual se cambió el Tribunal Constitucional en Corte Constitucional fue muy cuestionado por existir varios vicios de legitimidad considerando que esta institución se creó mediante Resolución S/N aprobada por el Pleno del Organismo el 20 de octubre del 2008, sobre la base del artículo 27 del Régimen de Transición y no conforme lo previsto en los artículos 434 y 435 de la Constitución (TCE 2008).

El periodo de transición de la referida institución duró cuatro años, para el 2012 se creó la primera Corte Constitucional de Ecuador y fue nombrada por la Asamblea Nacional, el método de selección de jueces y juezas se desarrolló en aplicación del artículo 434 de la Constitución y artículos 177 y 185 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); es así que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social creó una Comisión Calificadora integrada por dos representantes por las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. Posteriormente, se enviaron las candidaturas presentadas por las citadas funciones, el número de postulantes fue equivalente a un total de 27 participantes, quienes se sometieron a un proceso de méritos, oposición y conocimientos, que culminó con una lista de 9 juristas, quienes actualmente conforman la Corte Constitucional.

La duración de los cargos de los jueces constitucionales en Ecuador tiene un período general de 9 años, con renovaciones parciales de 3 jueces cada 3 años. El método para definir los relevos es el sorteo, conforme lo prevé el artículo 3 del Reglamento para la Primera Renovación Parcial de las Juezas y Jueces de la Corte Constitucional², previo a la designación de los nuevos jueces por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Es así que el mecanismo de selección y de designación se activa cada tres años, es una forma de implementar la legitimidad basada en el proceso de selección y la idoneidad de sus miembros; el proceso de méritos y oposición, así como las candidaturas que, bajo distintos criterios, suelen ser cuestionadas, en base a falta de probidad, formación

académica y experiencia en temas de protección de derechos constitucionales.

Por otro lado, para analizar la legitimidad material, se deberán revisar los criterios con los cuales jueces juzgan los casos concretos y abstractos de control constitucional. Si con los estándares del noble sueño de los principios, como lo haría el Juez Hércules, de Dworkin (Dworkin 2002, 209); para quien no existe caso difícil y siempre toma decisiones objetivas y justas. O, con los criterios del juez de Herbert Hart, quien considera la aplicación de las reglas frías sin ninguna consideración de justicia, lo cual es una pesadilla (Rodríguez 2012, 66). Lo cierto es que los jueces deben pronunciarse adecuadamente. De otro lado, el realismo jurídico afirma que los criterios aplicados por los jueces para resolver los casos son predominantemente provenientes de las preferencias políticas, económicas, religiosas o personales de los miembros del alto tribunal (Kennedy 2010, 34).

Para lograr que la actuación de los jueces sean técnicamente legítimas, se debe considerar la aplicación de los siguientes criterios: imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, objetividad, adecuada interpretación y aplicación del derecho. Elementos que ciertamente podrían volver ilusorio el derecho, debido a que resulta muy complejo valorar las cosas sin que se involucre al menos las creencias personales del juez.

En ese sentido, John Rawls indica que los jueces deben explicar sus decisiones basados en la comprensión de la Constitución, así como de las leyes, la costumbre y de los precedentes. Este hecho compromete al juez a buscar buenos argumentos porque sus decisiones definen los casos y estas son públicas. En ese sentido, los jueces no pueden basar sus argumentos en su moral personal, ni en los ideales y virtudes que comparten con la sociedad en general, tampoco pueden basarse en valores políticos partidistas. Todo lo contrario a lo que hacen los ciudadanos comunes o los legisladores (Gargarella 2008).

Estos elementos se reflejarán en el estudio de sentencias de control de constitucionalidad que servirán para el desarrollo del presente estudio, los cuales poseen ciertos rasgos críticos como los que se desprenden de

² Pleno de la Comisión Calificadora para la Primera Renovación Parcial de las Juezas y Jueces de la Corte Constitucional [Ecuador]. Reglamento. (Quito: 15 de junio del 2015).

la injerencia política y los inherentes a un sistema desestructurado que carece de herramientas básicas como una adecuada y objetiva interpretación de las normas

vía jurisprudencia, elementos que pueden diluir la legitimidad material de los jueces ecuatorianos, como se verá en el siguiente apartado.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR Y SU ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La Corte Constitucional ejerce su control mediante sus fallos, los que se someten a altas exigencias de racionalidad jurídica constitucional que consisten en justificar y explicar sus decisiones, a fin de que sean aceptadas por los potencialmente afectados y la sociedad en general.

La legitimidad material o de ejercicio es vital para la Corte Constitucional, debido a que su finalidad es la protección de los derechos y garantizar el proceso democrático, tiene su base en los dictámenes y sentencias constitucionales. Esto no solo hace alusión a la cantidad de fallos que expide, sino a sus contenidos. Cabe precisar que la Corte Constitucional de Ecuador, tiene dos criterios para calificar sus fallos: 1) Sentencias constitucionales en general; y, 2) Jurisprudencia constitucional. Las sentencias se expiden en mayor cantidad, mientras que la jurisprudencia es escasa. La jurisprudencia debe estar expresamente señalada, mientras no se indique esta condición a la resolución se la debe comprender como una sentencia no vinculante para los operadores de justicia, sino únicamente para las partes. Este particular, afecta a la condición de alta Corte porque son varios los casos en los cuales la constante ha sido la contradicción de sentencias, como se verá más adelante.

Al respecto, en palabras de Robert Alexy, los jueces constitucionales ejercen una 'representación argumentativa'; es decir, su legitimidad se enmarca en la corrección de argumentos de las demás funciones del Estado, su finalidad es materializar en sus decisiones la Supremacía de la Constitución. De ello depende de la solidez de la argumentación y el discurso jurídico. Este aspecto no suele ser aceptado con facilidad por los parámetros democráticos con los cuales se configura la legitimidad de las autoridades de elección directa y de sus decisiones, porque la regla es que la democracia se soporta en la participación.

Dejando de lado esta discusión, cabe señalar que la argumentación debe visibilizar los límites constitu-

cionales y reafirmar el respeto de la norma suprema frente a los poderes públicos, es una tarea que debe ser asumida por los juzgadores, no para invadir la órbita democrática, sino para evitar la arbitrariedad.

En ese sentido, se exige que el control constitucional sea eficaz y adecuado. La Corte Constitucional debe emitir sentencias razonadas, valorando el caso, nutridas de argumentos objetivos, válidos y suficientes. Las sentencias constitucionales no deben reflejar decisiones cargadas de criterios subjetivos, arbitrarios, inmotivados y hasta viscerales; los cuales son la antítesis de la justicia constitucional.

El control de constitucionalidad se sustenta en los principios de aplicación directa, supremacía y rigidez constitucional. Las constituciones que aseguran estos principios son garantizadas porque autorizan la protección de la Constitución al sistema de justicia e imponen un límite al legislador para que no sea reformada mediante ley ordinaria (Guastini 2001,193). Los mecanismos para garantizar la supremacía de la Constitución, conforme el órgano u órganos jurisdiccionales que tienen la facultad de no aplicar normas o declararlas inconstitucionales, se clasifica en: difuso, concentrado y mixto.

El control difuso, de fuente estadounidense, fue creado en 1803. Se caracteriza por autorizar a todos los jueces del país la inaplicación de normas en un caso concreto, siempre y cuando éstas sean contrarias a la Constitución (CSEEUU).

El control concentrado o puro de constitucionalidad, creado en Austria, tiene como finalidad expulsar normas del ordenamiento jurídico en abstracto cuando sean contrarias a la Constitución. Autoriza el control constitucional a un órgano extra-poder llamado Corte o Tribunal Constitucional.

Como complemento, se creó el control mixto de constitucionalidad, de origen latinoamericano, autoriza a

todos los jueces del país a in-aplicar normas en casos concretos cuando éstas sean inconstitucionales, dejándole la declaratoria de inconstitucionalidad en abstracto a la Corte o Tribunal Constitucional.

En Ecuador, la máxima autoridad de control e interpretación constitucional es la Corte Constitucional (Grijalva 2011, 188). La Corte, mediante su diseño legal y jurisprudencia, ha conseguido un diseño institucional concentrado, lo que riñe con el artículo 11.3 de la Constitución que autoriza la aplicación directa de la carta magna y del cual se debía desprender un control mixto de constitucionalidad, porque el constituyente autorizó la inaplicación de normas cuando afectan a la Constitución. Sin embargo, no se ha querido dar esta competencia de control difuso a todos los jueces del país, es así que a través del artículo 75 de la LOGJCC, solo la Corte Constitucional es competente para conocer acciones de control abstracto; en la misma línea, las sentencias No.-0040-07-TC y 001-13-SCN-CC, de inconstitucionalidad la primera, y de consulta de norma la segunda la Corte (CCE 2015), han desplazado el principio de aplicación directa de la Constitución, teniendo como consecuencia la concentración del control de constitucionalidad.

En el primer caso, sobre la inconstitucionalidad del Código de Ejecución de Penas y su Reglamento se afirmó que negar el derecho de prelibertad, sustentado en el pasado judicial, contradice la norma suprema. En esa ocasión la Corte se pronunció sobre normas anteriores a la Constitución y consideró que el control de normas viejas, mediante la cláusula de derogatoria general, corresponde únicamente a la Corte Constitucional.

El segundo caso, sobre una consulta de norma, la Corte afirmó que los jueces aun cuando estén seguros de la inconstitucionalidad de una norma, siempre deberán consultar a la Corte Constitucional, es decir que quedan vedados de realizar cualquier inaplicación de normas contrarias a la Constitución.

En Ecuador, el único órgano con capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes es la Corte Constitucional. En ese sentido cabe examinar la argumentación constitucional.

La legitimidad material o argumentativa, que no es otra cosa que un proceso de convencimiento basado

en las mejores razones jurídicas; no consiste en dar afirmaciones sin más (Ibáñez y Otero 2010, 3). Para convencer o dar los argumentos que corresponden a cada caso, se usan varios criterios, como la credibilidad, la solidez del argumento y la veracidad. Además, se deben explicar las razones de las posiciones, las cuales deben estar justificadas.

Sobre el tema existen desarrollos doctrinarios que no difieren en mayor medida de los clásicos. Así, Alexy y McCormick consideran que la argumentación jurídica es un discurso práctico sustentado en la veracidad de los hechos y la seguridad de las premisas con las cuales se explican los hechos en relación con las normas (Alexy 1985), (Maccormick 1997).

Por su parte, Perelman se enfoca en los auditorios jurídicos, que se consideran particulares por la forma en la que deben ser convencidos (Perelman 1999). Finalmente, Atienza establece una forma de analizar la argumentación y su solidez mediante las interconexiones fácticas y normativas, a través de un árbol de análisis (Atienza 1993). Debido a la brevedad de este estudio, no se pueden agotar los esquemas argumentativos de las teorías estándar, pero para demostrar nuestra tesis es necesario tener claro cómo deben argumentar los jueces en sus sentencias.

En contraste desde una perspectiva crítica, Habermas, considera que el escenario en el cual se desarrolla la argumentación jurídica afecta a la libre deliberación porque los participantes están obligados por ley a argumentar en un proceso judicial; mientras que en las deliberaciones públicas dicha obligatoriedad no existe (Feteris 2007, 115).

Es central en la decisión judicial y la argumentación jurídica definir cómo se deben resolver los casos y con qué criterios; en particular, en materia constitucional. La argumentación jurídica identifica dos tipos de casos judiciales: fáciles y difíciles. Los casos fáciles se resuelven con la aplicación de una norma a un hecho determinado. En esta tipología, existe una regla jurídica clara y un hecho claro, en consecuencia se resuelve aplicando un silogismo. La justificación es interna porque no ha sido necesario explorar por fuera de la regla su interpretación o problema de aplicación.

Sin embargo, existen los casos difíciles que requieren de justificación externa, por la necesidad de interpre-

tación y solución de problemas de aplicación de las normas. En este tipo de casos, tanto en sus normas jurídicas como en los hechos fácticos, se presentan con una o más complejidades (Nino 2001,260).

Si consideramos que el ordenamiento jurídico está integrado por varios tipos de normas: reglas, principios y valores; podremos determinar que las leyes están predominantemente compuestas por reglas, es decir, normas con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, las cuales podrían resolverse mediante justificación interna, siempre y cuando no existiera ninguna complejidad. Mientras que la Constitución contiene de forma elevada valores y principios, normas téticas o carentes de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, como el derecho a la igualdad (Dworkin 2012). Este tipo de normas que requieren de métodos de interpretación para darles contenido y determinar sus obligaciones, en consecuencia siempre requieren de justificación externa (Zucca et al. 32011, 99). Es la razón por la que los casos que involucran la aplicación de la Constitución resultan difíciles. También presentan antinomias de tipo contingente, esto es que si bien los principios en abstracto no son contradictorios, se vuelven contradictorios a causa de un hecho fáctico o caso concreto (Sanchís 2014,143).

La ponderación es un instrumento útil para el enjuiciamiento de casos concretos y normas que resulten ser contrarias a la Constitución. El test de proporcionalidad incluye los sub-principios de idoneidad (adecuación de los medios al fin constitucional), necesidad (la decisión menos grave para los derechos) y el último paso que es la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Alexy y Carbonell 2008,14).

En líneas generales, se puede afirmar que el derecho requiere de argumentación establecida por criterios y principios jurídicos que limitan la actuación del juez. Por su parte, la necesidad de interpretación del derecho requiere de métodos que permitan dotar de significados adecuados a las normas. Por adecuados me refiero a que los significados que se den a los principios o a las reglas deben estar dentro del ordenamiento jurídico, no por fuera de este porque resultarían arbitrarios (Escudero 2009,76). Este principio es aplicado para evaluar la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, Claudia Escobar realizó un estudio acerca de argumentación jurídica de las sentencias constitu-

cionales de Ecuador, con énfasis en la aplicación de los nuevos métodos de interpretación constitucional (Escobar 2011). Para lograr comprender técnicamente los parámetros con los cuales la Corte Constitucional resuelve sus casos, se revisaron los fallos constitucionales considerando dos periodos 2002-2008 y 2008-2011, con la finalidad de determinar el diálogo entre Tribunales y Cortes Constitucionales de la región. A partir de ese análisis y de la revisión que se realizó para este artículo, constan los resultados de las sentencias y jurisprudencia comprendidos en el periodo de 2012-2014. A ese efecto se resaltan algunos problemas argumentativos que afectarían a la calidad de las sentencias, en líneas generales se pueden identificar los siguientes problemas:

- a) Mínimo desarrollo de la jurisprudencia constitucional obligatoria en materias de medidas cautelares constitucionales, acción de protección, hábeas corpus, habeas data y acceso a la información pública. Es así que las sentencias en estas materias, vía procesos de selección y revisión se pueden contar con los dedos de la mano, caso Induac resuelto en sentencia No.- 001-10-JPO-CC que trata sobre fallos contradictorios en materia constitucional (CCE 2010) y, el hábeas data para personas jurídicas contenido en sentencia No.- 001-14-JPO-CC. Entre las dos sentencias existe un lapso de tiempo de cuatro años.
- b) Recepción acrítica y usualmente descontextualizada de las fuentes foráneas, por ejemplo, la réplica del modelo de selección de causas aplicado por la Corte Constitucional de Colombia, que por su fala de implementación en Ecuador afecta a la transparencia, objetividad y razonabilidad del proceso (Escobar 2011,250).
- c) En la primera fase se evidenció una alta citación de sentencias de órganos foráneos, denotan una falta de desarrollo jurídico propio, predominantemente se citan: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitucional de Colombia, Tribunal Constitucional Español y Tribunal Constitucional de Perú.
- d) Amplia determinación de problemas jurídicos que no corresponden a la solución del caso concreto, preguntas como la naturaleza jurídica de los principios constitucionales y de las garantías.

- e) Inadecuada aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, en control abstracto de constitucionalidad, que lleva a que se expliquen los métodos pero que no se apliquen a los casos concretos.
- f) Predominantemente se usa la deducción literal de términos para definir la solución de los casos concretos, lo que afecta a la calidad de la argumentación.
- g) Existen sentencias contradictorias expedidas por el Pleno de la Corte Constitucional, un ejemplo son las sentencias que tratan sobre la inconstitucionalidad del juzgamiento en ausencia en materia de tránsito: La sentencia No.- 024-10-SCN, consideró que el núcleo esencial del derecho a la defensa material es estar presente en el juicio, en consecuencia consideró inconstitucional el artículo 178 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y Seguridad

Vial (en adelante LTTTSV). La norma sería temporalmente retirada, posteriormente mediante reforma S/N a la LTTTSV, publicada en Suplemento de Registro Oficial No.- 415 de 29 de marzo del 2011, la Asamblea Nacional volvió a poner la regla que permitía el juzgamiento en ausencia. La Corte Constitucional en sentencia No.- 008-13-SCN-CC consideró que no es posible conocer el tema por no existir incompatibilidad y no reunir los requisitos de la consulta de norma (CCE 2015).

Con estos elementos se puede verificar que la legitimidad material o argumentativa, se pone en grave riesgo y con ello puede afectarse al desarrollo del derecho constitucional en Ecuador. Otro elemento que agrava la situación es la ausencia de jurisprudencia, porque afecta al modelo constitucional en su conjunto. Finalmente, las sentencias contradictorias debilitan al propio control constitucional.

LA ASAMBLEA NACIONAL Y LA ARGUMENTACIÓN POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN

La legitimación política, como se indicó, se basa en la deliberación y es concebida como el discurso del futuro (Aristóteles 2007, 35). A diferencia del discurso jurídico, que se encarga de casos individuales, el político presenta soluciones para casos en general. La Asamblea Nacional del Ecuador cumple con importantes funciones como la fiscalización del poder ejecutivo, así como posesionar, destituir, enjuiciar políticamente al Presidente de la República, nombrar ternas para concurso de jueces y magistrados, ratificar tratados internacionales, crear leyes, enmendar la Constitución, entre otras.

El general la asamblea o congreso nacional, por esencia, es un órgano de desacuerdos, lo cual supone altos niveles de argumentación. Verdaderamente, el debate político se entiende como la necesidad de realizar los valores democráticos medulares de una sociedad (Uprimmy et al. 2008, 18).

Ahora bien, si la Corte Constitucional está revestida de un estatus que la presenta como protectora de la Constitución, cabe preguntarse ¿cuál es el rol del parlamento en este escenario? En realidad para el constitucionalismo el parlamento, puede convertirse en una mayoría que atente constantemente contra la Consti-

tución, generando preocupaciones respecto a los derechos; porque existe la tentación de traspasar los límites establecidos por la Constitución Waldron 2005,19).

De otro lado, el parlamento es una garantía política que fortalece el sistema democrático representativo mediante la pluralidad de opiniones que representan en su conjunto (Storini ed. 2009).

Otro elemento que distingue a los parlamentos de las cortes es su tamaño, sus desacuerdos y su estructura. Los primeros están compuestos por organizaciones de movimiento y partidos políticos, por una estructura deliberativa (debate) y toma decisiones mediante procedimientos de votación. Asimismo, su función es la de crear derecho.

En cuanto a su tamaño, se afirma que mientras más grandes sean, habrá más deliberaciones, pero con algunas consecuencias.

Primero, cuanto más numerosa es la Asamblea, prevalecerá la pasión sobre la razón. Segundo, la variedad en la instrucción y el origen de sus miembros (en términos democráticos el pueblo debe estar reflejado en la Asamblea). Tercero, la elocuencia y habilidad de

debatir será captada por un pequeño número de personas que llevará la voz de los más débiles (Hamilton 2006,249).

Para lograr una adecuada deliberación racional de temas, la Asamblea cuenta con una estructura organizacional basada en comisiones, es decir grupos más pequeños. Finalmente, los votos motivados, imponen una condición moral de explicar y justificar las razones por las cuales un asambleísta considera justa o no una decisión. Estos elementos proyectan una manera de argumentar totalmente distinta a la de las cortes, en donde se priorizan los métodos jurídicos.

Por un lado, tenemos las garantías normativas que exigen el pronunciamiento de la Asamblea Nacional mediante debate, desacuerdos y toma de decisiones. Lo cual es adecuado en una democracia; sin embargo, es importante también el rol de las cortes, como entes de control de las arbitrariedades, considerando que existe una constante tentación a afectar los derechos e interponer los intereses de las mayorías.

Para finalizar, los distintos enfoques estructurales y de métodos entre la asamblea y las cortes, en cuanto a los argumentos, se pueden resumir en el siguiente cuadro:

Parlamentos	Tribunales o Cortes Constitucionales
a) Los parlamentos son susceptibles a interpretar la Constitución desde los intereses de grupos, las creencias políticas e incluso preferencias personales.	a) Las cortes constitucionales deben interpretar la Constitución como una norma jurídica y moral.
b) Los parlamentos deliberan sobre los derechos y necesidades de la población.	b) Las cortes usan argumentos técnicos basados en principios y métodos de interpretación del derecho.
c) Los parlamentos basan sus decisiones en votos que son producto del debate político.	c) Los desacuerdos deben ser expresados formalmente mediante votos salvados.
d) Los parlamentos están expuestos al voto popular.	d) Las cortes, usualmente, no están expuestas al voto popular.

Esta contextualización de las distintas formas de argumentar se concreta mediante diferentes estrategias y métodos; no se trata de afirmar cuál es la mejor, sino que las dos funcionen y cumplan sus roles. Podemos sostener que los dos enfoques de explicación de la Constitución conviven en un Estado y podrían causar contradicciones entre lo que se dice que debe ser la Constitución a través de la Corte Constitucional y lo que el parlamento dice que es la

Constitución. La primera explica la norma suprema desde la técnica moral deóntica del derecho, el deber ser; mientras que el segundo crea el derecho desde la realidad, los intereses de grupos y la visión política de la Constitución. Para poder identificar con claridad esta relación es importante revisar las sentencias de la Corte Constitucional desde el principio *in dubio pro legislatore* donde se proyecta una conexión de esta relación.

EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO LEGISLATORE* EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

En base al principio democrático del Estado Constitucional, existe la presunción de constitucionalidad de las leyes, mientras no se declare lo contrario. El principio *in dubio pro legislatore* impone una carga argumentativa a quien presume que una norma es contraria a la Constitución y exige que se justifique porque la norma cuestionada no puede ser interpre-

tada conforme a la Constitución. De encontrar que la explicación y justificación generan dudas sobre la incompatibilidad de la ley con la Constitución, ésta se mantendrá en el ordenamiento jurídico.

Víctor Ferreres, sostiene que un juez debe suponer que la ley está conforme a la Constitución, no lo contra-

rio (Ferrerres 2012). Sobre la base de la tesis de James Thayer, sostiene que los jueces deben tener claro que no pueden invalidar todas las leyes que consideren inconstitucionales, sino solo aquellas que se presentan de forma manifiesta, que no dejen espacio a la duda razonable. El acto de declarar la inconstitucionalidad de una ley es sumamente grave para la organización de la República. Asimismo, se debe considerar que las leyes, para ser declaradas inconstitucionales, deben pasar por un estricto control de interpretación, como el test de proporcionalidad (Pulido 2011).

El beneficio de la presunción de constitucionalidad cumple con tres condiciones:

- a) Argumento epistémico: el juez debe presumir la validez de la ley porque la solución del conflicto de intereses presentada por el legislador tiene más valor que la solución judicial, este criterio tiene una base que se justifica en la legitimidad democrática del legislador y en la función de crear la ley para atender temas generales.
- b) Argumento de la igual dignidad política: el juez debe presumir la validez de una norma porque lo contrario afecta al principio de igual consideración de la dignidad de las personas, la razón es de fondo porque un juez desautoriza el argumento de una mayoría; y,
- c) Argumento de corregibilidad de errores: en caso de duda el juez debe presumir la validez y futura corrección del error, por parte del parlamento, en lugar de invalidar la ley (Ferrerres 2012, 151).

De otro lado existen argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad de las normas. El activismo judicial y el neo constitucionalismo, en sus versiones más profundas buscan empoderar a los jueces para preservar los criterios morales de la Constitución desplazando normas cuya inconstitucionalidad es dudosa e impulsan que los jueces desarrollen políticas públicas. En cualquiera de los dos escenarios, no pueden tolerarse violaciones claras y expresas a la Constitución, debe haber una forma de protegerla, sin que se llegue a generar un gobierno judicial (Tushnet 2013,85).

La Corte Constitucional del Ecuador, para mantener las normas en el ordenamiento jurídico, ha recurri-

do constantemente al principio *pro legislatore*. Sin embargo, usando el mismo argumento mas no el de interpretación conforme de la Constitución, ha elaborado sentencias modulativas, cuya finalidad es realizar correcciones a la legislación e incluso ha invadido las competencias legislativas. Lo cual resulta contradictorio porque el principio en favor del legislador protege que las decisiones sean tomadas únicamente por el órgano democrático y no por los jueces.

Mientras que el activismo judicial y el garantismo, son un control positivo de constitucionalidad que justifica la intervención del juez en los espacios legislativos. Esta contradicción está latente en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador. El principio *pro legislatore* está reconocido en el artículo 76.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional, mediante sentencia de acción extraordinaria de protección No.- 110-14-SEP-CC, aplicó el principio *pro legislatore* sosteniendo que los jueces están obligados a aplicar las normas que están revestidas de constitucionalidad, mientras la Corte no haya declarado lo contrario, reafirmando el control concentrado, los jueces no pueden in-aplicar normas por considerarlas contrarias a la Constitución. La sentencia No.- 005-10-SIO-CC, por omisión constitucional, también se refiere al mismo principio para afirmar que la declaratoria de omisión constitucional a cargo del legislador es de última *ratio* (Valle, 2010). En este particular caso aplica el principio frente a la inexistencia de norma.

La sentencia que hace referencia a este principio de conservación del derecho es la No. 001-10-SIN-CC, sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, en donde la protección al legislador permitió que la Corte fungiera como legislador positivo, elaborando reglas jurídicas con efectos generales. Esta forma de actuar desvirtúa el principio *pro legislatore* que no necesariamente autoriza a que la Corte elabore reglas a modo de normas generales que replacen la labor del legislador.

Finalmente, este principio logra que los argumentos del parlamento sean comprendidos dentro del contexto de la forma en que estos funcionan, como es la deliberación y los desacuerdos. Sin embargo, no es una carta abierta para que el órgano jurisdiccional tome decisiones propias de la política.

CONCLUSIONES

La legitimidad de origen y de ejercicio, son base para fortalecer el control de constitucionalidad. La falta de legitimidad tenderá a fortalecer al órgano legislativo y la dependencia de la ley será más fuerte debido a un débil desarrollo jurisprudencial constitucional.

La Corte Constitucional de Ecuador puede tener legitimidad formal debido al proceso que siguieron sus miembros para ser nombrados como jueces; pero cuando se revisa la legitimidad material existen varias dudas sobre la representación argumentativa que debe cumplir para aplicar la Constitución.

En el estudio se revisan dos enfoques, considerando la construcción de argumentos desde la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional, dejando claro que

el papel de los dos órganos será siempre respetar la Constitución. La objetividad del método jurídico, los criterios de interpretación y aplicación del derecho, se pueden contraponer a la libre deliberación de los parlamentarios, a su tamaño y criterios; pero las dos formas de entender la Constitución son igualmente válidas y deberían contribuir a la construcción de un diálogo desde la moral, la contradicción y los desacuerdos.

En el presente trabajo se trata de analizar y ubicar la forma como se crea y explica el derecho desde distintas perspectivas institucionales política-constitucional en Ecuador. En ese sentido debe ser comprendido desde una visión general sobre las diferentes maneras de argumentar desde lo jurídico y político un mismo texto, la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 1985. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. En *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas: Alfa.
- Alexy, Robert. 2008. La fórmula del peso. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Aristóteles. 2007. *La Retórica*. Buenos Aires: Gradifco.
- Atienza, Manuel. 1993. *Teorías de la argumentación jurídica: las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, Ronald. 2002. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- _____. 2012. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Escobar, Claudia. 2011. *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional de Ecuador.
- Escudero, Jhoel. 2009. El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional. En *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: INREDH.
- Ferreres, Víctor. 2012. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feteris, Eveline. 2007. *Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gargarella, Roberto. 2008. "John Rawls: la razón pública y el papel del poder judicial". Revista Praxis filosófica [online], 2008, (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 03 de mayo del 2015] Universidad de Caldas de Colombia, ISSN: 0120-4688 2008. Disponible en: <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=209014645015>
- Garrorena, Ángel. 2011. *Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grijalva, Agustín. 2011. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.
- Guastini, Ricardo. 2001. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. 2006. *El Federalista* 2da ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Ibáñez, Roberto, y Milagros Otero. 2010. *Los argumentos de la argumentación jurídica*. México: Porrúa.
- Kennedy, Duncan. 2010. *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Lasalle, Ferdinand. *Qué es la Constitución*. Bogotá: Elpha, 1999. http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf
- Maccormick, Neil. 1997. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Nino, Carlos. 2001. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Perelman, Chaïm. 1999. *Retóricas*. 2ª ed. Trad. San Paulo. De María Ermantina de Almeida Prado Galvão.
- Pulido, Bernal. 2011. *El derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, César. 2012. *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin* 2ª ed. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Sanchís, Luis. 2014. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Storini, Claudia. 2009. Garantía constitucional de los en la constitución ecuatoriana de 2008. En *La nueva Constitución del Ecuador, Estado e Instituciones*. Quito: Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar.

Tushnet, Mark. 2013. *Constitutionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra.

Uprimmy Rodrigo, John Farejohn, Karina Ansolabehere, y Dallas Ángel. 2008. *Los jueces: entre el derecho y la política*. Bogotá: ILSA.

Valle, Alex. "Inconstitucionalidad por omisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No.- 001-11-OI.SCN-CC." En *Foro Revista de Derecho Foro No. 13* (2010). ISSN: 1390-2466. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. [online] (Fecha de consulta: 06 de enero de 2015). Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2898/1/10-Jurisprudencia.pdf>

Waldron, Jeremy. 2005. *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Zucca, Lorenzo, Guillermo Lariguet, David Martínez, y Álvarez Silvana. 2011. *Dilemas constitucionales*. Madrid: Filosofía y Derecho, Marcial Pons

Jurisprudencia

CSEEUU ver Corte Suprema [U.S]

Corte Suprema [U.S]. *Marbury vs. Madison*. Documento [online], [Fecha de consulta, 10 de julio del 2015], disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30558.pdf>

CCE ver Corte Constitucional Ecuador

Corte Constitucional [Ecuador]. *Gaceta Constitucional No.- 001*, publicada en Suplemento de Registro Oficial No.- 351 de 29 de Diciembre del 2010.

_____ *Gaceta Constitucional No. 2*, publicada en Suplemento de Registro Oficial S/N de 19 de marzo del 2015.

_____ Sentencia No.- 001-10-SIN-CC.

_____ Sentencia No.- 005-10-SIO-CC.

_____ Sentencia No.- 110-14-SEP-CC.

_____ Sentencia No.- 0040-07-TC.

_____ Sentencia No.- 001-13-SCN-CC.

_____ Sentencia No.- 001-09-SCN-CC, 002-10-SEP-CC, 004-09-SAN-CC, 0029-06-TC, 002-10-SIC-CC, 024-10-SCN-CC, 005-09-SEP-CC, 006-09-SEP-CC y 008-09-SEP-CC.

PLENO DE LA COMISIÓN CALIFICADORA PARA LA PRIMERA RENOVACIÓN PARCIAL DE LAS JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL [Ecuador]. Reglamento. (Quito: 15 de junio del 2015).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [Ecuador]. Resolución S/N. Quito: Registro Oficial No. 451 de 22 de Octubre del 2008.

ENTREVISTA

no/da.

**SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS
ENTREVISTA CON DANIELA SALAZAR***

**INTERVIEW WITH DANIELA SALAZAR ON THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE
PROTECTION OF HUMAN RIGHTS**

**ENTREVISTA COM DANIELA SALAZAR SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

*María Helena Carbonell***

**Entrevista realizada el 15 de julio de 2017
Quito, Ecuador**

* Daniela Salazar es profesora y Vice Decana del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Se desempeña como Co-Directora de la Clínica Jurídica de la USFQ. Además, es docente de maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador) y de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe que ofrece el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín (Buenos Aires). Recibió el título de abogada de la Universidad San Francisco de Quito y el título de maestría (LL.M) de Columbia University en Nueva York. Obtuvo una beca Fulbright y una beca Rómulo Gallegos. Trabajó como especialista en derechos humanos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ha sido consultora para la Oficina del Alto Comisionado De Derechos Humanos de Naciones Unidas, la UNESCO, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Cruz Roja Internacional, Human Rights Watch, el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, entre otros.

** Abogada, graduada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diplomada en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad del Rosario (Colombia); Máster en International Humanitarian Law and Human Rights por la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (Suiza); candidata a PhD por la Universidad Andina Simón Bolívar. Es docente contratada de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Desde hace ya algunos años se escucha que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH) está en crisis. Esta palabra abraza diferentes aspectos del quehacer diario del Sistema. En esta entrevista se plantea una serie de preguntas que buscan abordar el estado actual del Sistema, desde una mirada teórica y práctica.

MARÍA HELENA CARBONELL: Cuando se menciona el estado de crisis en el que se encuentra el SIPDH, la primera idea que nos viene a la mente es la falta de financiamiento como una de sus causas fundamentales. Para entender esto, es necesario preguntarnos ¿Cómo está previsto el financiamiento de la CIDH en el marco de la OEA? Y ¿Cómo este mecanismo de financiamiento influye en la crisis de recursos en la que encuentra inmersa en la CIDH?

DANIELA SALAZAR: La CIDH obtiene aproximadamente la mitad de sus fondos del presupuesto regular de la OEA, y la otra mitad de recursos provenientes de la cooperación internacional, es decir, proyectos y donaciones.

Respecto del presupuesto regular de la OEA, son los Estados los que, en el marco de la Asamblea General, deciden cada año qué porcentaje del presupuesto total de la OEA lo dedican a derechos humanos. Históricamente, a lo largo de las últimas décadas, los Estados decidieron que de todo el presupuesto de la OEA un 6% aproximadamente se destinaría a la CIDH. Se trata entonces de un sistema perverso que permite a los Estados, a través de la asignación presupuestaria, controlar a los organismos creados con la misión de supervisar a esos mismos Estados respecto del cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Es claro que no es un problema de falta de presupuesto sino de falta de voluntad política de los Estados para asignar ese presupuesto a los organismos creados para proteger derechos humanos.

Esta situación forzó a la CIDH a buscar financiar sus labores a través de donaciones y la cooperación internacionales. El problema de estos recursos es que por su naturaleza, son variables e impredecibles, y además suelen estar ligadas a temas específicos, lo que disminuye la capacidad de la CIDH de decidir qué temas son los que requieren más atención en materia de derechos humanos. Finalmente el financiamiento empieza a determinar las prioridades de la CIDH, algo muy lejano

del ideal de un organismo de protección. A pesar de estos desafíos, dejar a la Comisión sin este financiamiento –como pretendió el gobierno ecuatoriano en su cruzada contra la CIDH- implicaría dejarla sin la mitad de su presupuesto. Es decir, dejarla doblemente inoperativa.

Ahora, en este año 2017, la Asamblea General de la OEA aprobó un incremento gradual de 33% anual del presupuesto cada año, lo que se traduce en duplicar el presupuesto ordinario otorgado por la OEA al término de los próximos tres años. Esta decisión, si bien insuficiente, es un paso histórico hacia el financiamiento adecuado de la CIDH. Ahora está pendiente que esos recursos sean manejados y gestionados adecuadamente y con plena independencia de los Estados.

MHC: En esa misma línea (propuestas de reforma al Sistema), el Ecuador ha adoptado un rol más activo en la palestra regional. Concretamente, ¿cuál ha sido el rol del Estado ecuatoriano? Y ¿a través de qué instituciones nacionales se impulsó el apuntalamiento del Ecuador como actor en materia de reforma del Sistema?

DS: Si bien la crisis financiera de la CIDH no es nueva, durante los últimos años esa crisis se agravó sobre todo a raíz de la disminución de recursos de la cooperación internacional (algunos fueron redireccionados a las crisis de refugiados en Europa, entre otros), así como también a la mala administración del Secretario Ejecutivo anterior (Emilio Álvarez Icaza). Mientras la CIDH agonizaba, el Estado ecuatoriano inició una agresiva campaña de descalificación y deslegitimación del organismo de protección de derechos humanos. Entre otros, el Estado ecuatoriano buscó minar las facultades de la CIDH, particularmente aquella de otorgar medidas cautelares, es decir, la de recomendar a los Estados que adopten medidas para prevenir que ocurran daños graves e irreparables contra las personas. También buscó impedir que la CIDH pueda buscar financiamiento externo, sin que esto vaya acompañado de un aumento en los fondos provenientes del presupuesto regular. La campaña fue agresiva e incluyó una gira del Canciller Patiño por más de 13 países para conseguir aliados. Afortunadamente, la campaña de Cancillería no tuvo éxito y no se reformó el sistema en el sentido de debilitar las facultades de la CIDH para velar por los derechos humanos en la región. Es previsible que ahora que ya no están en el poder, ex funcionarios

del gobierno del Presidente Correa que tanto esfuerzo dedicaron a debilitar a la CIDH, que llegaron incluso a proponer que desapareciera, acudan a este organismo en búsqueda de protección. Es una constante histórica.

MHC: La relación entre los Estados y los órganos del Sistema ha sido álgida en algunos momentos históricos. ¿Cómo evaluarías esta relación actualmente? ¿Es posible hablar de una relación diferenciada entre los Estados y la CIDH, por un lado, y, entre los Estados y la Corte IDH, por otro? De ser el caso, ¿a qué crees que se debe este tratamiento diferenciado?

DS: La relación siempre va a ser de tensión puesto que los propios Estados crean estos organismos para que supervisen el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, no obstante, a esos Estados no les conviene que estos organismos actúen de manera eficiente. La relación es distinta entre los Estados con la Comisión y los Estados con la Corte. La diferencia se debe sobre todo a las distintas facultades de estos organismos. Mientras que la Corte es un organismo jurisdiccional con dos funciones muy limitadas en función de la ratificación de su competencia por parte de cada Estado, la Comisión es un organismo cuasi-jurisdiccional con un mandato amplio: el de proteger y promover los derechos humanos en el hemisferio. El ejercicio de ese mandato, implica que la CIDH no sólo procese casos sino que realice recomendaciones a los Estados para prevenir violaciones de derechos humanos, así como advertencias cuando la situación de derechos humanos en el Estado se agrava por cualquier factor. Así, mientras que la Corte se pronuncia sobre casos que –para el momento en el que llegan a la Corte han ocurrido décadas atrás– la Comisión con frecuencia se pronuncia sobre decisiones de los gobiernos de turno, lo que hace que su relación sea mucho más delicada.

MHC: En el marco de estas relaciones (Estados-Sistema), un diálogo con las cortes nacionales es cada vez más común y se presenta, para algunos autores/as, como una herramienta fundamental para fortalecer una relación que puede ser problemática a veces. ¿En qué sentido se da este diálogo? (de ser posible, enfócate en el caso ecuatoriano)

DS: No calificaría la relación entre la Corte IDH y las Cortes Nacionales como un diálogo. La Corte IDH ha insistido en la última década en que todo operador ju-

dicial, e incluso todo funcionario gubernamental, está obligado a realizar un control de convencionalidad, es decir, a controlar que sus actos se ajusten a la Convención Americana y a la interpretación autorizada que la Corte ha realizado respecto de los derechos y las obligaciones contenidas en la Convención. Lejos de dialogar, la Corte IDH ha pretendido imponer muchas de sus decisiones a las cortes internas. En sus decisiones, la Corte utiliza la jurisprudencia de las cortes nacionales, bajo el concepto de “consenso regional” sólo cuando le conviene. Cuando su decisión va en contra de la interpretación de las Cortes de la región, la Corte IDH simplemente las ignora. Las cortes nacionales han sido más o menos receptivas respecto de la jurisprudencia interamericana, también utilizándola cuando les resulta conveniente para fundamentar su decisión, e ignorándola cuando no conduce a la decisión que quieren adoptar. Esos jueces que ignoran los mandatos de la Corte IDH podrían comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Pero la Corte IDH también podría beneficiarse de un diálogo más robusto y menos interesado con las cortes nacionales.

MHC: Ese diálogo requiere una discusión sobre la subsidiariedad de la justicia internacional en el marco de las democracias latinoamericanas. ¿Es posible hablar de confianza en los órganos nacionales (base del principio de subsidiariedad) cuando se ha demostrado la existencia de patrones estructurales de discriminación en sociedades con debilidades institucionales? ¿Cómo se articula el rol de promoción y protección de los derechos humanos del Sistema en este escenario?

DS: Una comparación entre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite concluir que mientras el primero presume que trata con Estados democráticos, la Corte IDH parte de una relación de desconfianza con los Estados, presume la debilidad institucional de sus organismos así como la impunidad frente a las graves violaciones de derechos humanos. Si bien las democracias latinoamericanas no están fortalecidas, sería importante que la Comisión pueda fortalecer su rol de prevención y promoción de derechos humanos, para fortalecer las capacidades nacionales de respuesta frente a violaciones de derechos humanos, y permitir que la Corte progresivamente actúe como un órgano subsidiario basado en una relación de confianza con los Estados.

MHC: Finalmente, frente a estas cuestiones, ¿cuáles serían los principales retos que abordará el sistema en los años que vienen? Y ¿Qué rol crees que tendrá el Ecuador?

DS: Los retos no han cambiado respecto de los que el sistema sufría hace una o dos décadas: 1) la falta de financiamiento adecuado de sus órganos, que influye en la demora procesal y los convierte en inoperativos; 2) la ausencia de herramientas que permitan a los órganos del sistema hacer cumplir sus decisiones y recomendaciones; 3) la falta de ratificación universal de todos los tratados adoptados dentro del sistema, por parte de todos los Estados de la OEA y, 4) la creciente falta de legitimidad de las decisiones de la Comisión y la Corte debido a la ausencia de un diálogo franco y robusto con

los sistemas nacionales de protección de derechos humanos (incluidas las Cortes) así como también debido a que progresivamente los Estados nombran como candidatos para ocupar los cargos de Comisionado o Juez de la Corte a personas con escasa legitimidad moral o versación en materia de derechos humanos.

Ecuador continuará su cruzada en contra del sistema interamericano de derechos humanos. A pesar de que tenemos un nuevo gobierno, que aparentemente es más tolerante frente a la crítica, el personal de Cancillería sigue siendo el mismo y sigue cumpliendo las instrucciones de debilitar a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, al igual que se continúa debilitando a las organizaciones de derechos humanos a nivel interno.

RESUMEN COMENTADO DE OBRA

Udela

DIÁLOGO IUSFILOSÓFICO SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DESDE WEBER Y HABERMAS. SU ESPACIO DENTRO DEL SABER JURÍDICO MODERNO

JUSPHILOSOPHICAL DIALOGUE ON SOME ASPECTS OF THE RATIONALIZATION OF LAW FROM WEBER AND HABERMAS. THEIR PLACE IN THE MODERN LEGAL KNOWLEDGE

DIÁLOGO IUSFILOSÓFICO SOBRE ALGUNS ASPECTOS DA RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE WEBER E HABERMAS. SEU ESPAÇO NO CONHECIMENTO JURÍDICO MODERNO

*Elena Fernández Torres**

Recibido: 01/09/2016
Aprobado: 07/10/2017

Resumen:

En este comentario se pretende analizar el concepto de racionalidad del derecho en la obra de Weber para luego exponer la crítica que realiza de la misma Habermas. Esta aproximación permite elucidar el aporte de ambos autores a la construcción teórica del derecho moderno.

Palabras clave: Racionalidad; Weber; Habermas; Derecho moderno.

Abstract:

In this commentary, we intend to analyze the concept of rationality of law in Weber's work and then expose the criticism made by Habermas. This approach allows elucidating the contribution of both authors to the theoretical construction of modern law.

Key words: Rationality; Weber, Habermas, Modern law.

Resumo:

Neste comentário, pretendemos analisar o conceito de racionalidade do direito no trabalho de Weber e depois expor as críticas feitas por Habermas. Esta abordagem permite elucidar a contribuição de ambos autores para a construção teórica do direito moderno.

Palavras chave: Racionalidade; Weber, Habermas; direito moderno.

* Abogada, Máster en sociología por la Facultad latinoamericana de ciencias sociales, FLACSO Ecuador

La obra de Weber no sólo ha sido importante para la Sociología, sino que diríamos, para la formación de la disciplina de la Sociología del Derecho. Weber ha sido uno de los científicos sociales que más ha aportado a la configuración de la ciencia social del Derecho como saber académico. Su obra en relación a la racionalidad del Derecho devela “*una comprensión supuestamente sistémica e histórica de la evolución del derecho (...)*” (Bulté 2005, 252), cuya visión ha sido puesta en diálogo por Habermas, quien ha intentado mostrar un diagnóstico moderno del Derecho a partir de estos postulados, en su texto “Teoría de la Acción Comunicativa” (Habermas 1989).

Para analizar la racionalidad del Derecho en palabras de Weber, se hace necesario primero definir al Estado, pues uno configura al otro, pero al Derecho no le es posible sobrevivir sin el primero. Para Weber el Estado surge con la modernidad, y éste guarda estrecha relación con el progreso mismo hacia la burocratización y el desarrollo del capitalismo. (Weber 1991, 126). Se trata de un ente que se sitúa en una relación de dominación de unos hombres sobre otros a través de la llamada “violencia legítima”, ejercida por los dominadores sobre los dominados (Weber 2000, 1057). Estos estados-nación para Weber también surgen a partir de la conflictividad de clases como lo explican las teorías marxistas (Weber 2000, 1047). Desde aquí la racionalidad para Weber está determinada por los componentes de ese aparato burocrático, complejo y racional y que se estructura a partir de normas codificadas que dan orden al desarrollo de la sociedad (Weber 1991, 127). El Derecho pues, analizado desde esta visión, sirve y surge para regular la actividad burocrática del Estado, para establecer de forma racional el control sobre las funciones estatales y las relaciones sociales que se configuran en la sociedad. Por tanto, es un mecanismo puesto en función de este Estado para lograr sus fines.

En este contexto moderno y burocrático, se hace necesario profundizar en la idea de la racionalidad jurídica o la racionalidad del Derecho que plantea Weber, pero para ello, Weber primero nos introduce su definición de lo que entiende por “las leyes”, como:

(...) determinadas probabilidades típicas, confirmadas por la observación, de que, dadas determinadas situaciones de hecho, transcurran en la forma esperada ciertas acciones sociales

que son comprensibles por sus motivos típicos y por el sentido típico mentado por los sujetos de la acción, y que por tanto, es puramente racional con arreglo a fines, y por tanto, la relación de en medio a fin, según enseña la experiencia, es inequívoca (Weber 1994, 16).

Así mismo, nos habla de la acción social, pues la ley surge con la finalidad de imponer determinado comportamiento humano a un grupo social, esta acción puede ser en cualquier caso: “*racional con arreglo a fines (...) o racional con arreglo a valores (...) afectiva, especialmente emotiva (...) o por último, tradicional, determinada por una costumbre arraigada*” (Weber 1994, 20).

Weber diferencia lo que se entiende por convenciones, costumbres y derecho, lo cual es trascendente para los análisis modernos de lo que se entiende por norma jurídica y su formación, siendo el elemento distintivo para Weber la posibilidad de validación. Sin embargo, admite que hay un tránsito entre la convención y el derecho, como pauta social que luego se protege a partir de la ley (Weber 1994, 24). A su vez, la acción social obedece a un orden legítimo, que igualmente debe estar validado, lo que significa en este caso, el cumplimiento de un sentido ético, moral, axiológico. Sin embargo, nos explica que cuando existe transgresión, este orden se convierte en regla (Weber 1994, 26). Estos órdenes se pueden contener en lo que llama “convención” cuando su validez está garantizada por un determinado grupo de hombres, y correspondería al “derecho” cuando es garantizada a través de la coacción, ya sea física o psíquica (Weber 1994, 27).

Ahora, para Weber existe derecho cuando éste está amparado en la norma jurídica, como cuando se trata de reglas sociales de comportamiento y para ello pone el ejemplo de las “reglas de un Koment”, es decir, un código de los usos estudiantiles. Lo interesante es cómo plantea que los que actúan socialmente pueden atribuir validez legítima a determinados órdenes a través de la tradición, de las creencias afectivas y racionales con arreglo a valores. Para el autor, la obediencia a la ley es más que un deber per se o una obligación de cada ciudadano, se trata de una forma de legitimidad, de creencia en la legalidad. (Weber 1994, 28-31).

Finalmente define la acción racional como: “*(...) con arreglo a valores: en méritos de la creencia en la propia*

vinculación; con arreglo a fines: por la expectativa de la lealtad de la otra parte” (Weber 1994 33).

Así mismo, analiza el orden desde el derecho propiamente dicho, visto desde la “actitud judicial” y “administrativa”, dentro del orden público y privado, a partir de la configuración estructural de las asociaciones (Weber 1994, 38-40). Por orden “administrativo” entiende el que regula la acción de la asociación, es decir, el funcionamiento interno y burocrático de las mismas.

En un inicio hablamos de la estructura del Estado que se configura como una relación de dominación, cabe preguntarse ¿vendrá el derecho para Weber a legitimar estas relaciones? Weber refiere que: “*no toda pretensión convencional o jurídicamente garantizada debe llamarse “relación de dominación” (...)*”. Entiende la dominación como una relación consensuada, pactada previamente, sea formal o no. Para el autor, la carencia absoluta de libertad sólo se da en esclavos que se encuentran privados de capacidad jurídica de obrar o de derecho porque no son considerados personas naturales o ciudadanos, en principio (Weber 1994, 172). En este sentido señala tres tipos puros de dominación legítima: “*de carácter racional, tradicional y carismática*”. La primera la relaciona con la autoridad legal, dada por el orden que imponen las ordenaciones estatuidas, sea reglamentos o normas jurídicas. La dominación legal, partiendo desde esta idea, debe ser validada por un derecho pactado, (de ahí su esencia racional, con arreglo a valores o fines), que debe ser respetada por todos sus destinatarios.

Este sentido racional incluye también la aplicación del derecho por el funcionario responsable y su obediencia al derecho, y por supuesto, el conjunto de deberes, derechos, funciones y atribuciones que vienen determinados por la regla formal, hecha ley (Weber 1994, 173-174). Desde aquí retoma la idea de la racionalidad del Estado burocrático como esa capacidad de reglar el funcionamiento interno de la administración, pautando las bases del Derecho Administrativo moderno (Weber 1994, 175-178). Para Weber la administración burocrática se traduce a partir de la dominación y ésta es su esencia racional, “*la especialización*” o “*profesionalización*” (Weber 1994, 179).

La dominación tradicional, en cambio, estará dada por la legitimidad que han alcanzado preceptos morales

heredados o transmitidos de una generación a otra y según el autor, se cree en ella “*en méritos de santidad*” (Weber 1994, 181). Señala que sus formas típicas se encuentran en la “*gerontocracia*” y el “*patriarcalismo originario*”. Se trata pues de la autoridad ejercida por los más ancianos de una comunidad, que se supone han adquirido mayor sabiduría a través de los años y de las experiencias vividas. En el segundo caso, se refiere al patriarca, el *pater familiae*, como se entendía en el Derecho romano, y que se ejerce dentro de una asociación familiar, o pudiera ser la que se ejerce dentro de una asociación económica. Por último, se refiere a la dominación estamental. En cualquiera de estos casos nos está aproximando a la forma en la que ese Estado selecciona a sus miembros, los que aplicarán el derecho y ejercerán los medios coercitivos necesarios para asegurar o garantizar su cumplimiento (Weber 1994, 180-186). Finalmente menciona otros tipos de dominación, como la carismática para pautar el comportamiento debido de los cuadros administrativos (Weber 1994, 189-203).

Weber considera que la tarea de la ciencia jurídica consiste en investigar las normas o preceptos que rigen un grupo de hombres y su funcionamiento, para luego ordenarlos y compilarlos en un sistema jurídico. El respeto a norma jurídica debe existir aún y cuando ésta se desconozca, aunque al mismo tiempo aclara que este deber ser no debe nacer por una obligación jurídica impuesta, sino el derecho perdería su carácter subjetivo y se convertiría en costumbre. Es decir que el derecho es un orden que tiene garantías específicas que lo validan y que se contienen en un “aparato coercitivo” cuyos medios pueden ser psíquicos o físicos, pero que son órdenes jurídicos en la medida en que están regulados y cumplen un fin determinado (Weber 1994, 251-252).

El autor establece diferencias entre lo que llama “costumbre” y “convención”, distinción importante si tomamos en cuenta que los sistemas de derecho modernos, para decidir qué se aplica y sobre qué base, determinan fuentes formales, siendo el caso que algunos sistemas incluyen la “costumbre” como una fuente y otros no, así mismo ocurre con las “convenciones” que terminan por cristalizar en “principios generales”. Por “costumbre” entiende una práctica usual, tradicional por una comunidad; por “convención” se trata de una conducta determinada que influye o coacta de forma física o psíquica y que según el autor, se distingue del Derecho

consuetudinario, que se compone precisamente por la “costumbre” (Weber 1994, 258). En cualquier caso, su tránsito no es algo abrupto, sino continuo y gradual.

Aclara que el derecho no sólo viene a garantizar los intereses económicos de clases, sino también situaciones de autoridad política, eclesiástica, familiar y otras, que en definitiva se comprenden dentro de un orden jurídico con un aparato coactivo (Weber 1994, 269).

Para Weber el derecho se compone de su aspecto privado y del público, como un conjunto de normas integradoras de un ordenamiento jurídico que rigen la actividad relativa al instituto estatal, a diferencia del privado que se integraría básicamente por derechos subjetivos de los ciudadanos, y que en la concepción moderna del derecho incluye los de índole personal, familiar y patrimonial (Weber 1994, 499).

Por otro lado, Habermas en su libro “Teoría de la acción comunicativa”, cuestiona la teoría de la racionalización del Derecho de Weber. En su opinión, Weber peca de ambiguo en su desarrollo teórico, pues crea la idea de que se generan al mismo tiempo procesos de institucionalización de la acción económica y administrativa racionales con arreglo a fines, y pone como ejemplo la separación de los subsistemas de acción con arreglo a fines de sus fundamentos práctico-morales (Habermas 1989, 316). Considera que Weber extiende por analogía la ética de la profesión inserta en un contexto religioso al Derecho moderno de forma desafortunada, refiriendo que: “reinterpreta el derecho moderno en términos tales que éste puede quedar desconectado de la esfera de valor evaluativa y aparecer desde el principio como una materialización institucional de la racionalidad cognitiva-instrumental” (Habermas 1989, 317).

Es decir, Weber considera al Derecho moderno como una cristalización de estructuras de conciencia con base en la tradición cuando analiza la costumbre, y las convenciones, y lo asimila a la ética protestante. Por otra parte, reduce la racionalidad del derecho sólo con arreglo a fines y la equipara a la económica y administrativa, limitando y restringiendo ciertamente el alcance del Derecho como sistema y como ciencia social que cumple fines. Según Habermas, el problema viene de la reinterpretación errónea de la legitimación en un ámbito práctico-moral y en la configuración del poder (Habermas 1989, 330).

Habermas analiza el carácter pos tradicional del derecho burgués, desde su crítica a Weber. Para Habermas, las acciones sociales se institucionalizan en los órdenes legítimos, cuando hay consenso. Por tanto, el problema que advierte Habermas ha dejado Weber es cómo la acción con orígenes convencionales se sustituye por otra de orden racional con arreglo a fines, y cómo diferenciar o distinguir los ámbitos de acción entre sí, desde la norma jurídica. Pues lo cierto es que este acuerdo tiene que mutar, como refiere Habermas: “un acuerdo resultante de un convenio” ya que este último considera que el individuo debe tener la posibilidad de orientar racionalmente su acción, es decir, entre más “diferenciación social racional” haya habrá más “organización social racional” (Habermas 1989, 331).

En relación a la categorización de la racionalización del Derecho moderno, Weber parte de la sistemática jurídica y lo circunscribe a un saber académico erudito y exclusivo sólo de los juristas. Es decir, aparecen nuevos sujetos de ese aparato burocrático judicial además de los jueces, están también las secretarías, los jueces legos y otros funcionarios que no menciona Habermas pero que pueden incluirse dentro de lo que él llama “funcionarios especializados” y que vienen a garantizar la aplicación de la norma jurídica. Además de estos funcionarios que actúan dentro de los Tribunales como especialistas propios, en la propia iniciativa privada están los abogados, que representan a las partes que se someten al arbitrio judicial y los Fiscales que representan los intereses del Estado mismo y que son parte, todos, de una misma dinámica de impartición y administración de justicia como profesionales del derecho, como llama Weber, como “juristas”. De modo que Weber intenta sistematizar desde aquí preceptos jurídicos en la dimensión procesal del Derecho desde donde se interpreta la ley, donde nace el proceso. Para Habermas este enfoque weberiano de intentar racionalizar el derecho según estos criterios no sólo externos en relación a la ley, sino internos, en relación al funcionamiento de los Tribunales, es interesante y meritorio: “nos pone en guardia contra la propuesta de buscar el aumento de racionalidad del derecho moderno primariamente en sus sistematización interna” (Habermas 1989, 332-333).

Por otra parte, Habermas considera que no es posible crear normas de derecho garantizadas por una “coacción jurídica” de forma intencional, pues ello conduciría a equiparar los fallos judiciales al carácter

de normas jurídicas (Habermas 1989, 333). Además, cuestiona el apego de Weber al formalismo de lo mágico que para tratar de explicar el carácter ritual del derecho, rigidiza y restringe su contenido, hasta convertirlo en lo que llama un “formalismo lógico” del derecho moderno (Habermas 1989, 333). Para Weber el derecho evoluciona desde su faceta más tradicional a partir de la costumbre y las convenciones hasta el derecho moderno, reglado y ordenado en base a determinados ámbitos de aplicación jurídica y por tanto, conceptualiza estos marcos o campos de validación. Habermas advierte cómo Weber lo equipara a las teorías evolucionistas de la psicología sobre la conciencia moral y pone de ejemplo “*el procedimiento legal primitivo*” pero, y su limitación radica en ello, no se constituyen aún como principios generales del derecho, pues estos son los que vienen a legitimarlo, y desde su virtualidad se determina si deben mantenerse o transformarse. Habermas refiere que: “*ciertamente que el derecho natural se sigue ateniendo todavía a la idea de que los principios jurídicos son principios dados. Sólo cuando esa idea se ve sacudida, sólo cuando esos principios se tornan reflexivos, puede el derecho hacerse positivo en sentido estricto*” (Habermas 1989, 335). Para Habermas es aquí, en esta etapa que pueden materializarse las estructuras de conciencia modernas de un sistema jurídico burgués que se caracteriza por su: “*positivismo, legalismo y formalismo*”. Estos tres aspectos son importantes en el proceso de creación del derecho (en sentido amplio, concibiéndolo como usos, costumbres, principios, todo lo que nutre y hace que una relación social tenga trascendencia suficiente para el derecho como para elevarla a norma jurídica, y en sentido estricto refiriéndonos al derecho como “*norma y sólo norma*” según la concepción de Hans Kelsen), y que según Habermas, vienen a validar y crear Derecho (Habermas 1989, 336).

Para Habermas es desde esta funcionalidad sistémica que incluye “positivismo, legalismo y formalismo” que la acción con arreglo a fines se puede realizar, es decir que Weber no observa una dinámica estructural en virtud de la cual el derecho viene a cumplir determinadas funciones.

En éste sentido, Weber debería entender el sistema jurídico moderno como un orden de la vida que hay que asignar a la esfera de valor práctico-moral y que, igual que el modo metódico de vida de los empresarios pioneros del capita-

lismo, puede ser racionalizado bajo el criterio abstracto de valor que es la rectitud normativa (Weber 1989, 337).

Por tanto, lo que Habermas nos quiere decir es que ya no le basta al derecho nutrirse de las tradiciones como propone Weber, sino que requiere una “fundamentación autónoma”, estructuras y principios, pues resulta insuficiente su racionalidad atendiendo exclusivamente con arreglo a fines, por lo menos desde el ámbito del derecho moderno (Habermas 1989, 337). Este planteamiento es válido para la ciencia del derecho y para su dimensión no sólo académica, sino práctica, en su dimensión procesal, pues abre la posibilidad de cuestionar la norma jurídica y su validez, de ahí que los debates más modernos sobre la eficacia o no del Derecho tienen su origen en este enfoque de Habermas.

Es decir, Habermas nos habla de una diferencia esencial entre el sujeto moral y el sujeto de derecho, y la obediencia a la ley y a principios (Habermas 1989, 338), cuyas consecuencias son notables y su actuar también. En el caso del primero sus efectos pueden ser permanentes si se han agotado todas las instancias judiciales y el fallo adquiere fuerza de “cosa juzgada”, lo cual significa que no podrá someterse el mismo asunto, ni los mismos sujetos al arbitrio judicial pues ya ha sido previamente fallado, y esto ocurre con un fin de preservar situaciones jurídicas y en especial la llamada “seguridad jurídica”. Pero, si se observa el problema del Derecho moderno desde la vis Weberiana, en el sentido de la estructura postradicional que nos plantea Weber de la conciencia jurídica, como bien dice Habermas, la cuestión problemática va a ser atendida según principios y por tanto, va a subsistir.

Un ejemplo de ello para Habermas son las constituciones escritas y los derechos fundamentales ahí consignados, cuya protección permite que esa justificación ahora sea necesaria.

Sin embargo, Habermas advierte que Weber sí se percató de esta situación cuando afirma que: “*nuestras asociaciones actuales, sobre todo las políticas, tienen el tipo de dominación que hemos llamado “legal” (...)*” (Weber 1963, 267).

Otra de las críticas de Habermas a la racionalización del derecho de Weber, es la forma en la que éste último asimila el Derecho moderno y su dominación legal al

“principio de justificación”, quedando sólo el de “positivación”. Y es cuando Weber insiste en la necesaria profesionalización y especialización de los funcionarios que aplican el derecho, así como la regulación de las normas jurídicas, pasa por alto la necesaria fundamentación del Derecho, que ciertamente es tan importante en la dimensión práctica, pues ese es el contenido de las sentencias, el razonamiento de los jueces de por qué deciden en determinadas circunstancias, y por qué lo hacen en base a determinadas normas y no otras. Habermas, en relación a esto plantea que:

(...) Weber asimila el derecho a un medio de organización, que, como tal medio, ha de manejarse de forma racional con arreglo a fines, y desconecta la racionalización del derecho del complejo de racionalidad práctico-moral reduciéndola a una simple racionalización de relaciones medio-fin” (Habermas 1989, 341).

Por último, es interesante la crítica que le hace a Weber en relación a lo que llama la “Fe en la legalidad”, cuando dice que: “*su concepción positivista pone a Weber en un aprieto cuando afronta la cuestión de cómo puede legitimarse la dominación legal*” (Habermas 1989, 342).

Es decir, según Habermas, para Weber las únicas fuentes de legitimación del Derecho son la vía religiosa y la autoridad tradicional con un enfoque hasta cierto punto que recuerda a los iusnaturalistas contractualistas como Rousseau, por tanto, Habermas se pregunta si para Weber la legitimación es requisito *sine qua non* para que se establezca cierto tipo de dominación. Aquí lo primero sería entonces establecer qué entiende Weber por legitimación, que según Habermas, no tiene que ver con la justificación práctico-moral de la ley, sino con los procedimientos establecidos para su aplicación; por tanto, para Weber, esta Fe se deposita en la estructura burocrática que aplica la ley, en los funcionarios que integran los aparatos judiciales, en su funcionamiento interno, en el *deber ser* ontológico.

Por tanto, Habermas considera que Weber asimila la Fe en la Legalidad a tono con el carácter tradicional con que en general comprende Weber el Derecho. Así mismo aclara que Weber confunde la necesidad de justificar la dominación y su legitimación, con determinado contenido axiológico, por tanto, concluye que para Weber la racionalización del Derecho se consti-

tuye en un proceso de destrucción de su racionalidad inherente (Habermas 1989, 344-346).

En cualquier caso, el debate entre estos autores es interesante una vez que sitúan y fundan las bases del Derecho moderno.

Ciertamente la racionalidad del Derecho desde Habermas permite comprender e integrar la dimensión práctica del derecho, que se conforma en los Tribunales de Justicia donde éste se interpreta, se aplica y se hace o no eficaz. Por su lado, aunque el pensamiento weberiano carece de estructuralismo en cuanto al funcionamiento del Derecho como un sistema más complejo que su contenido axiológico, éste comprende una dimensión normativa que nos remite lógicamente a la ley, en su proceso de creación, promulgación, su función y finalidad en la relación jurídica, y desde su aplicación a partir de la utilización de los métodos de interpretación e integración del Derecho. “*En general el estudio general de esta dimensión corresponde a la Teoría del Derecho y sus normativas específicas integran las distintas ramas del ordenamiento jurídico, con sus instituciones y sus normas específicas*” (Bulté 1995, 2).

Existe otra dimensión que es la axiológica, en base a principios generales del Derecho que lo definen y lo alimentan, a la que consideramos que Weber refiere sus reflexiones sobre la racionalización del Derecho y que si bien no constituyen fuentes directas, sí impregnan la actividad judicial, establecen una guía general en base a la ética jurídica y los elementos formadores del Derecho, como son el ideal de “Justicia”, la “Seguridad Jurídica”, la “Autonomía de la Voluntad”, la “Legalidad”, la presunción de “Buena Fe”, entre otros.

“Estudiar el Derecho desde esta perspectiva o plano supondrá investigar su fundamento, aquellos valores que parece deberían guiarlo y, en concreto, el estudio de la justicia, y de las diversas teorías que sobre ella se han sucedido históricamente. De ello se ocupa, fundamentalmente, la Filosofía del Derecho” (Apari 1992, 37).

Por último, desde su dimensión social es la construcción de una sociedad determinada conforme sus valores culturales, sus relaciones socio-económicas, sus tendencias políticas, sus características demográficas y

etnográficas, como ha sido referido con anterioridad por el profesor Bulté (1995, 2)¹. Es decir, se trata de aquellas relaciones sociales que, por su trascendencia para la colectividad, adquieren connotación de relaciones jurídicas y por tanto, son protegidas a través del Derecho, dadas a cumplir determinados fines sociales. De alguna manera podríamos concebir que Weber también dedica desde ahí algunas reflexiones cuando trata sobre la acción social y diferencia entre comunidad y sociedad, subrayando las diferencias entre “costumbres”, “convenciones” y “leyes”. Por tanto, entender el fenómeno jurídico sólo desde esta u otra dimensión sin articulación entre ambas, podría conducirnos a interpretaciones erróneas y limitadas que circunscriben el estudio de esta ciencia social al resultado de todo un proceso complejo que inicia en la sociedad y se legitima desde ésta.

Este es quizás el esfuerzo de Habermas en su crítica, engrandeciendo la obra de Weber, pero advirtiendo sus limitaciones teóricas que nos conducen a un Derecho moderno desestructurado y con cierto formalis-

mo lógico que se distancia del tradicionalismo místico weberiano.

No obstante, aún y cuando el pensamiento weberiano no nos haya permitido profundizar en estas otras dimensiones del derecho, que hoy constituyen su fundamento desde la ciencia social constituida como “saber jurídico”, sí sienta las bases de su desarrollo teórico. Esto se da en particular, en el Derecho Administrativo, entendiendo sus relaciones desde la dominación, que hoy se interpreta como la relación entre los administrados y los administradores, pero que en definitiva, encuentran su tronco epistemológicamente en Weber. Y precisamente valorando su aporte a la ciencia del Derecho, y enfatizando en esa dimensión axiológica a la que alude, se refieren las atinadas palabras de Bulté cuando dice que: “*La conciencia jurídica deriva de la ideología, de la conciencia política y de la naturaleza misma del Derecho y, por supuesto, varía en la evolución histórica, en la misma medida en que se produce el proceso civilizatorio y evoluciona la cultura humana y el mismo derecho en particular*” (Bulté 1995, 5).

¹ Fernández, Bulté 1995:2, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, quien dedicó la mayor parte de su vida a la enseñanza del Derecho, y quien contribuyó a fortalecer el estudio de asignaturas jurídicas básicas en la formación académica de los juristas cubanos a través de textos como el que se cita, “Teoría General del Derecho” y otros, de fuerte raigambre marxista.

BIBLIOGRAFÍA

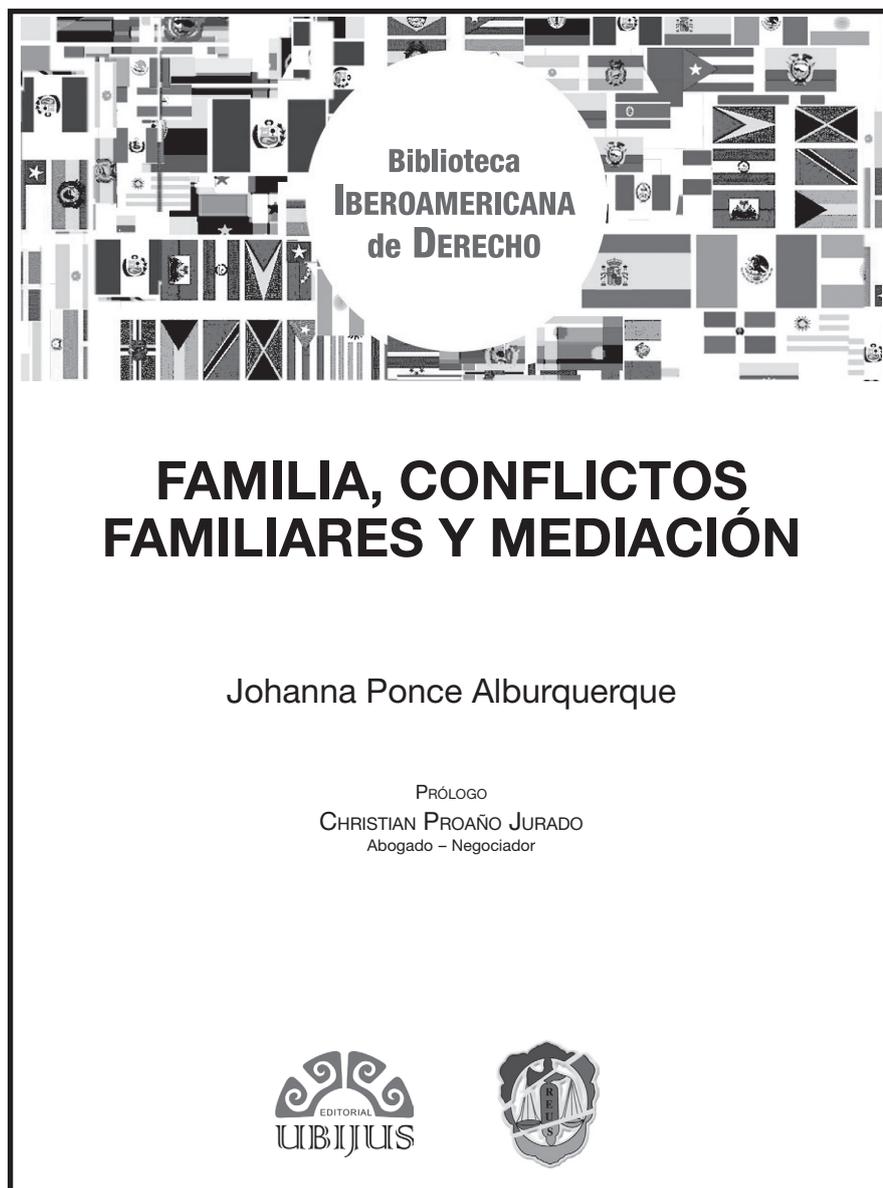
- Aparisi, Angela et. al. 1992. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández, Julio. 2008. *Siete milenios de Estado y de Derecho*. La Habana: Instituto Cubano del Libro.
- _____ 1997. *Filosofía del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- _____ 1995. *Teoría General del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Habermas, Jürgen. 1989. *Teoría de la acción comunicativa*. Buenos Aires: Taurus.
- Weber, Max. 2000. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de cultura Económica.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text.

FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN

Johanna Ponce Albuquerque, 2017



*Rosana Granja**

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magister en Derecho Ambiental Internacional por la Universidad Central del Ecuador.

Dice un cuento popular que se colocaron seis ciegos en cada parte de un elefante para determinar quién era más sabio, así: uno se colocó en la parte de la pata trasera, otro en la cola, por allí uno en la oreja, otro en el lomo, aquel en la trompa y otro en el costado. Al definir al elefante, todos dijeron que tenía la forma de aquella parte que habían tocado, por ello para uno era como una barrera infranqueable y para otros un tronco grueso y elevado, nadie tomó en cuenta que el elefante era un conjunto de todas sus experiencias. El muestra que la realidad se construye con la unificación de muchas ideas que pueden ser disímiles entre sí pero que terminan siendo parte del todo.

El derecho de familia, se ha construido con una parte de cada visión y experiencia; hay quienes ven a la familia en cuanto a sus integrantes como padre, madre e hijos, y existen otros que las vemos como los nexos de hermandad, amistad y cariño cual caso de las Hermanas Lafayette. Todas estas visiones integran el Derecho de Familia, todos, lo construimos desde nuestra propia visión, pero es necesario saber que esa perspectiva es sólo una parte pues la familia no puede ser una única.

La obra “Familia, Conflictos Familiares y Mediación” de la Dra. Johanna Ponce Albuquerque contiene ocho capítulos donde desglosa la situación exclusiva de las familias nucleares en los procesos de matrimonio, separación y divorcio, anunciando de antemano que esta no es la única familia posible ni pretende serlo.

La autora inicia su primer capítulo con el relato legal histórico de la familia, en este sentido, se aprecia el detalle cronológico de la constitucionalización del derecho de familia y los cambios legislativos que ha enfrentado desde inicios de siglo. Esta descripción resulta de vital importancia para analizar la situación legal actual de la familia nuclear en el Ecuador, que como se observa y bien lo señala el texto, está disociada; pues, por un lado, la Constitución es abierta a la existencia de familias diversas y por otro, la legislación resuelve solamente los conflictos legales que pudieran enfrentar las familias nucleares.

El segundo presenta en detalle los requisitos y las formas de matrimonio, así como sus posibles efectos. Es de destacar que en este bloque de la obra, se encuentran los datos estadísticos sobre los matrimonios y los divorcios en el Ecuador, concluyendo que el país es conservador y prefiere el origen de la familia en la unión matrimonial por sobre cualquier otro tipo de uniones como las de hecho.

El texto quiebra de lo legal y acude a la esfera psicológica y ética en los capítulos: tres, cinco, seis y siete. Efectivamente, el tercer y el séptimo capítulo, establecen cuáles son los posibles conflictos dentro del matrimonio y las aproximadas emociones que llevan inexorablemente a la separación, al aprieto y la rotura tanto en la vida matrimonial como en el divorcio. La autora pretende dar luces respecto a la forma en que han de llevarse y resolverse los conflictos, para ello, cita casos prácticos donde parejas han logrado acordar sobre alimentos, tenencia de formas originales y con miras al bienestar de la prole y la paz individual utilizando para ello la mediación.

La falta de valores y principios éticos constituye para la autora el eje fundamental del conflicto en pareja y la base del divorcio, cuyo proceso es descrito en el capítulo 4. Esta descripción resulta sencilla y de fácil entendimiento para quienes sin ser abogados se interesan en el procedimiento.

Finalmente, el capítulo seis define a la pareja luego del divorcio como personas que están en la posibilidad de comunicarse. Johanna Ponce incluso aconseja las formas en que las decisiones individuales de quienes fueron parejas se han de comunicar a sus hijos.

El aporte fundamental de esta obra se encuentra en el detalle histórico y los datos estadísticos que muestran la realidad de las familias nucleares en el país y forman una base fundamental para las futuras investigaciones sobre esta temática. Además, el lenguaje coloquial en que se desarrolla el texto permite que personas ajenas al derecho puedan familiarizarse y entender los procesos, dogmas y conflictos que posiblemente se presenten en las situaciones de familia.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten al conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Artículos de investigación: En esta sección se presentan artículos que reflejen los resultados de una investigación sobre un tema específico de manera clara, concisa, coherente y fidedigna. Debe dejar claro que representa un aporte personal del investigador y que no es producto de una recolección de ideas de otros autores. Es una sección que recibe únicamente trabajos investigativos de profesores de la Facultad de Derecho de la UDLA.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se recibirán entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Serán privilegiadas aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del *Dossier*.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Resumen comentado de Obras: Es una evaluación crítica o análisis reflexivo de un texto o del conjunto de la obra de un autor reconocido. No se requiere respetar un criterio de actualidad de dichas obras. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los resúmenes deberán ser originales, inéditos y no estar postulados para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier, Ensayos y Resúmenes comentados de obras

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.
- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos para *Dossier y Ensayo*, será de 30 a 45.000 *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros). Los *resúmenes de obras* tendrán una extensión de 25 a 30.000 mil *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Departamento de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como “recibidos” y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus autores.

Requisitos para las secciones de Artículos de investigación

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier el artículo de investigación deberá:

- Contar con una introducción que incluya antecedentes, novedad, actualidad y posible impacto social, problema, objetivos, marco teórico, métodos y técnicas utilizadas.
- Describir los resultados obtenidos, la discusión y la valoración de los mismos.

Requisitos para las secciones de Reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. Portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.

- Por último deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión entre 3 y 5.000 mil caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros.

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentran vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o email). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



P.V.P. US \$10,00

udla.