

Antonio Moreira Maués
Breno Baía Magalhães
Organizadores

O Controle de Convencionalidade na América Latina

Experiências Comparadas

O Controle de Convencionalidade na América Latina

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes	Gisele Cittadino	Luis Carlos Alcoforado
Adriano Pilatti	Gustavo Noronha de Ávila	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Manoel Messias Peixinho
Ana Alice De Carli	Jean Carlos Dias	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Fernandes	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	João Marcelo de Lima Assafim	Maria Celeste Simões Marques
Daniele Maghelly Menezes Moreira	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Océlio de Jesús Carneiro de Moraes
Diego Araujo Campos	José Emílio Medauar	Ricardo Lodi Ribeiro
Firly Nascimento Filho	José Ricardo Ferreira Cunha	Salah Hassan Khaled Jr.
Fábio Ahmed	José Rubens Morato Leite	Sérgio André Rocha
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Josiane Rose Petry Veronese	Simone Alvarez Lima
Frederico Price Grechi	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Valter Moura do Carmo
Geraldo L. M. Prado	Lúcio Antônio Chamon Junior	Vicente Paulo Barretto
Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luigi Bonizzato	Vinicius Borges Fortes

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria - n° 81, sala 301 –
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Antonio Moreira Maués
Breno Baía Magalhães
Organizadores

O Controle de Convencionalidade na América Latina

Experiências Comparadas

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2018

Copyright © 2018 by Antonio Moreira Maués
Breno Baía Magalhães
(Organizadores)

Categoria: Direitos Humanos

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

O controle de convencionalidade na América Latina : experiências compara-
das / Antonio Moreira Maués, Breno Baía Magalhães (Organizadores). – Rio
de Janeiro : Lumen Juris, 2018.
320 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia ao final de cada artigo.

ISBN 978-85-519-1069-6

1. Direitos Humanos. 2. Controle de Convencionalidade. 3. Corte Intera-
mericana de Direitos Humanos. 4. Convenção Americana sobre Direitos Hu-
manos. 5. Poder Judiciário. I. Maués, Antonio Moreira. II. Magalhães, Breno
Baía. III. Título.

CDD 341

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Apresentação	VII
La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional.....	1
<i>Laurence Burgogue-Larsen</i>	
O Controle de Convencionalidade na Argentina.....	37
<i>Breno Baía Magalhães</i>	
O Controle de Convencionalidade na Colômbia	83
<i>Paulo André Nassar</i>	
O Controle de Convencionalidade no México	109
<i>Rafaela Teixeira Sena Neves</i>	
Brasil: As Promessas não Cumpridas da Supralegalidade.....	157
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales	171
<i>Julieta Rossi</i>	
La recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH en casos de derechos sociales resueltos por la Corte Suprema de Justicia Argentina	213
<i>Liliana Ronconi</i>	
<i>Lucía Montes</i>	
Hacia una evaluación integral de la aplicabilidad del Control Difuso de Convencionalidad: Estudio de caso sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.....	269
<i>Nicolás Montoya Céspedes</i>	

Apresentação

*Antonio Moreira Maués
Breno Baía Magalhães*

I

Este livro apresenta resultados dos trabalhos da Rede de Pesquisa “A Recepção da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenada pela Universidade Federal do Pará com a participação da Universidade de los Andes (Colômbia), Universidade Iberoamericana (México), Universidade Nacional de Lanús (Argentina) e Universidade Paris 1 (França). A Rede é financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio do Edital MCTI/CNPQ Nº 14/2014 (Chamada Universal).

Em 2017, a Rede publicou uma primeira obra, “O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México” (MAUÉS; MAGALHÃES, 2017), em que buscamos identificar padrões, entraves e sucessos existentes nesses países no que se refere ao cumprimento das medidas de reparação impostas pela Corte IDH por violações de direitos humanos.

No presente volume, nosso objetivo é aprofundar o conhecimento sobre o exercício do controle de convencionalidade nos ordenamentos jurídicos de Brasil, Argentina, Colômbia e México, destacando as interações das cortes superiores desses países com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O livro se inicia com um artigo que apresenta uma visão global do desenvolvimento da jurisprudência da Corte IDH. De autoria de Laurence Burgorgue-Larsen, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal constitucional” analisa de que modo o exercício da jurisdição interamericana se aproxima do papel cumprido pela jurisdição constitucional nos ordenamentos jurídicos internos, especialmente no que se refere ao controle da constitucionalidade dos atos, da repartição de competências e da proteção dos direitos fundamentais.

Em seguida, os trabalhos de Breno Magalhães, Paulo André Nassar, Rafaela Neves e Antonio Maués desenvolvem um estudo comparado do controle de

convencionalidade nos países analisados, de acordo com uma abordagem comum que é exposta na segunda parte desta apresentação.

O estudos dos ordenamentos jurídicos desses países é complementado, no que se refere à Argentina, por dois artigos que analisam o controle de convencionalidade em campos específicos: “La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales”, de autoria de Julieta Rossi, em colaboração com Martina Olivera e Alejandro Fernández, e “La recepción de la jurisprudência de la Corte IDH en casos de derechos sociales resueltos por la Corte Suprema de Justicia Argentina”, de autoria de Liliana Ronconi e Lucía Montes, pesquisadoras da Universidade de Buenos Aires que se somaram ao projeto.

Finaliza a obra o trabalho “Hacia una evaluación integral de la aplicabilidad del Control Difuso de Convencionalidad: Estudio de caso sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia”, de Nicolás Montoya, no qual se amplia o campo da investigação sobre o tema para a jurisdição administrativa daquele país.

II

A introdução do controle de convencionalidade no âmbito das obrigações estatais estipuladas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) alterou, significativamente, os paradigmas acerca da relação entre as normas daquele tratado e as normas internas dos Estados-partes. A partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso *Almonacid Arellano* (2006), o poder judiciário está obrigado a declarar a invalidez (ou inefetividade) dos atos normativos internos que contrariem o texto da CADH ou a jurisprudência da Corte IDH ou atribuir interpretação conforme os mesmos parâmetros a esses atos.

A obrigatoriedade de controlar a convencionalidade da produção normativa interna com base paramétrica direta em um tratado internacional e na jurisprudência do órgão judicial incumbido de monitorá-lo é uma inovação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que serve como categoria de análise do modo pelo qual os Estados cumprem suas obrigações internacionais. Na seção seguinte, apresentaremos os conceitos operativos que foram utilizados como base para o estudo dos ordenamentos jurídicos de Brasil, Argentina, Colômbia e México, quais sejam: controle de convencionalidade, aplicação direta, efeito *erga omnes*, inter-

pretação conforme e comunicação transjudicial. Posteriormente, apresentaremos as conclusões resultantes da análise comparada desses ordenamentos.

1. Conceitos operativos¹

1.1. Controle de convencionalidade

A primeira vez que a Corte IDH, e não apenas um de seus juízes², instituiu o controle de convencionalidade ocorreu em *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), ocasião na qual a Corte Interamericana afirmou que os juízes, enquanto órgãos do Estado, estariam submetidos à CADH e, portanto, obrigados a velar para que suas disposições não fossem obstaculizadas pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade. E, ao realizar tal juízo de compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH, o Poder Judiciário deveria levar em consideração a interpretação desenvolvida pela Corte IDH, intérprete final da CADH³.

Pouco tempo depois de seu pronunciamento inicial, a Corte IDH definiu que o teste da convencionalidade das normas internas deveria ser realizado *ex officio*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que dentro de suas competências e regras processuais respectivas⁴. Em outro caso, acrescentou que todos os órgãos estatais deveriam realizar o controle, e não apenas o Poder Judiciário⁵, na medida em que seu exercício requereria a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência da Corte IDH. Por fim, e muito embora tenha atribuído severo ônus aos Estados, decidiu não haver um modelo procedimental específico a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade⁶.

A obrigação internacional de realizar o controle de convencionalidade não está expresso nas regras da CADH e a Corte de São José elencou os seguintes

1 A redação desta seção contou com a colaboração de Paulo André Nassar e Rafaela Neves.

2 Cf. voto concorrente de Sergio García Ramírez no Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101.

3 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. nº 154, § 124.

4 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, § 128.

5 Caso Gelman Vs. Uruguay, 2011, § 193.

6 Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, 2014, § 124.

fundamentos normativos como justificativas para o instituto: 1) o princípio do *pacta sunt servanda*; 2) o cumprimento estatal de boa-fé das obrigações internacionais; 3) a impossibilidade de alegação de disposições internas para justificar o descumprimento de obrigações internacionais (art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969); 4) obrigação estatal de adequação normativa do direito interno às disposições da CADH (arts. 1º e 2º); e 5) garantia do efeito útil do tratado internacional (BAZÁN, 2013, p. 599-601). Vale ressaltar que tais obrigações genéricas decorrentes da CADH devem ser cumpridas de forma preventiva, ou seja, não são obrigações determinadas posteriormente à condenação do Estado requerido. Poderíamos sintetizar a obrigação de realizar o controle de convencionalidade das normas internas em sua versão difusa⁷, ou seja, exercido pelos órgãos estatais internos e não pela Corte IDH, como a obrigação imposta, especialmente, ao Poder Judiciário de adequar o direito interno à CADH e à jurisprudência da Corte IDH, de ofício ou por provocação, a qual, ademais, independe da estruturação judiciária do país, do status atribuído à CADH pela constituição nacional e da conformação da jurisdição constitucional do Estado⁸.

1.2. Aplicação direta ou efeito direto das normas internacionais

A incorporação de tratados de direitos humanos em um ordenamento jurídico oferece o ponto de partida para sua aplicação concreta pelos tribunais nacionais. Porém, o uso desses tratados como a causa de pedir independente em uma demanda ou como fundamento determinante para uma decisão judicial dependem de características do direito interno para torná-los efetivos, o que confere relevância à análise dos princípios e práticas interpretativas dos tribunais nacionais, para além dos procedimentos de incorporação previstos constitucionalmente⁹. Dentre as técnicas de que dispõem os tribunais nacionais para interpretar o direito internacional, destacam-se a atribuição de efeito direto às suas disposições normativas.

7 Cf. Voto Razonado de Mac-Gregor no Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, § 13-14.

8 Se um país adota um modelo de controle abstrato ou concreto; difuso ou concentrado, se possui corte constitucional ou não, por exemplo.

9 Nollkaemper (2011, p. 15) e Keller; Stone Sweet (2008).

O efeito direto (*direct effect*) ou aplicação direta de um tratado significa que sua aplicação independe da interveniência subsequente do legislador, isto é, suas normas são auto-executáveis (*self-executing*)¹⁰. Como consequência, o direito interno autoriza os tribunais internos a aplicarem as normas do tratado internacional, diretamente, como uma regra decisória em um caso trazido pelas partes como causa de pedir.

Em contraposição, o efeito indireto significa que a aplicação de um tratado internacional é obtida por meio do direito interno, isto é, os tribunais garantem o cumprimento das obrigações internacionais do Estado utilizando normas de seu próprio ordenamento que abrangem ou incorporam de maneira substancial essas obrigações. Tal ocorre, por exemplo, quando os juízes aplicam direitos previstos em suas Constituições que correspondem aos direitos previstos nos tratados, ou quando o tratado é “transformado” em lei nacional, o que pode ocorrer mesmo em países de tradição monista, com o objetivo de tornar as obrigações internacionais mais coerentes com o direito interno, completá-las ou lhes garantir certeza e clareza¹¹.

De acordo com a construção acima, um ordenamento constitucional considerará que a CADH terá aplicabilidade direta pelos tribunais internos quando aquela for utilizada como fundamento jurídico para a realização de um juízo comparativo entre o tratado internacional e as normas internas. Esta utilização poderá ser feita por meio de quaisquer ações judiciais levadas ao Judiciário ou *ex officio*.

1.3. Efeito erga omnes das decisões internacionais

Recente manifestação da Corte IDH incorporou a ideia de coisa julgada internacional *erga omnes* para conferir força vinculante a suas interpretações, as quais devem ser aplicadas no plano interno por meio do controle de convencionalidade¹².

10 Nollkaemper (2011, p. 120) observa que o efeito direto não deve ser confundido com a supremacia do direito internacional sobre o direito interno, embora situações em que se afirme a supremacia do direito interno possam limitar as consequências práticas do efeito direto.

11 Nollkaemper (2011, p. 117-118).

12 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013. Não há desenvolvimentos posteriores sobre a tese da eficácia *erga omnes* das sentenças em sua jurisprudência contenciosa.

A sentença da Corte IDH produz efeitos de coisa julgada para o Estado alvo da condenação, obrigando-o a cumprir com seus ditames (art. 68.1 da CADH). No entanto, a força vinculante da sentença não se limitaria à parte dispositiva, mas alcançaria, também, todos os seus fundamentos, incluindo sua *ratio decidendi*. De acordo com a Corte IDH, o Estado e seus órgãos não poderiam descumprir uma parte da sentença da qual discordem, sob pena de inviabilizarem o exercício do controle de convencionalidade, enquanto instituto que serve de instrumento para a aplicação do direito internacional¹³.

Portanto, indiretamente, a Corte defendeu a força vinculante *erga omnes* da *ratio decidendi* de suas sentenças, cujas interpretações constituem um dos parâmetros do controle de convencionalidade¹⁴. Consequentemente, como força *erga omnes* das decisões da Corte IDH considera-se a interpretação de um direito humano convencional desenvolvida pela Corte IDH a partir de um caso concreto (ou opinião consultiva), em face de um determinado Estado, mas que deverá ser seguida, obrigatoriamente, por todos os demais signatários em razão de caracterizar-se como coisa julgada.

1.4. Interpretação conforme ao direito internacional

A interpretação conforme é uma forma de aplicação do direito internacional no âmbito doméstico. Ocorre quando o judiciário recorre a normas internacionais para interpretar o direito interno, ou seja, o direito internacional é usado como um recurso interpretativo para a solução de problemas de direito interno. Em vez de aplicar diretamente um tratado internacional a uma situação concreta, o juiz interpreta a Constituição (ou uma norma infraconstitucional) em conformidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. O importante é que os resultados da atividade jurisdicional sejam consistentes com essas obrigações internacionais, de modo a evitar sua eventual responsabilização internacional (NOLLKAEMPER, 2011, p.139).

13 *Idem*, § 102.

14 Queralt Jiménez (2008) defende a ideia de coisa julgada interpretada das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como reforço do caráter convencional de sua jurisprudência, ou seja, os Estados deverão considerar a produção jurisprudencial do TEDH como imanente às normas convencionais. No entanto, a autora não defende uma força vinculante uniformizadora dos padrões interpretativos da corte de Estrasburgo, uma vez que seus precedentes exigiriam compatibilizações em busca de harmonia e não uma uniformização visando a identidade interpretativa.

Diante de variadas e possíveis interpretações do direito nacional, o judiciário fará interpretação conforme quando decidir de acordo com as obrigações internacionais do Estado. No entanto, quando o direito interno oferecer um estândar de proteção mais elevado que o internacional, não se exige que o direito interno seja interpretado conforme o direito internacional (NOLLKAEMPER, 2011, p.139).

Em termos práticos, três condições são necessárias para termos um caso de interpretação conforme: à primeira chamaremos de interpretação do direito interno. Exige-se que o judiciário esteja interpretando uma norma doméstica, isto é, que a solução do problema jurídico passe pela atribuição de significado a uma norma de direito nacional. Isso exclui os casos em que se pretende conferir aplicação direta a uma disposição de tratado internacional.

À segunda condição chamaremos de referência ao direito internacional. Para que ela se implemente, é necessário que o judiciário se refira expressamente ao direito internacional e o trate como uma ferramenta interpretativa do direito interno, ou seja, que o direito internacional funcione como um instrumento que auxilie o juiz a conferir maior densidade normativa ao direito doméstico. A segunda condição poderá ser identificada a partir da citação de fontes do direito internacional, tal como as disposições de uma convenção ou decisões de um tribunal internacional.

A terceira condição está relacionada ao sentido da interpretação judicial. Para avalia-la, é preciso verificar o resultado do raciocínio jurídico empregado, que deve estar em consonância com as obrigações internacionais do Estado. A simples citação de fonte de direito internacional não implica necessariamente em interpretação conforme porque o juiz pode citar um dispositivo convencional, por exemplo, para dizer que ele não se aplica ao caso e que prevalece o direito doméstico.

O peso do direito internacional no processo de interpretação conforme poderá variar bastante. Os casos de menor peso são aqueles em que o direito internacional cumpre uma função meramente retórica. Nessas ocasiões, o direito internacional serve apenas para ilustrar a correção do direito interno, sem influenciar substancialmente no resultado da adjudicação. Em muitos casos, o recurso ao direito internacional é apenas um dos fatores que contribuem para determinada conclusão jurídica, mas dificilmente se pode apontá-lo como um fator determinante, sendo provável que o judiciário chegasse àquele resultado mesmo se não levasse o direito internacional em conta. Ainda assim, o direito

internacional importa um pouco mais nessa subcategoria do que na anterior. Em outras situações, o direito internacional adquire maior relevância no raciocínio desenvolvido pelas Cortes nacionais. Esses são os casos em que o direito internacional adquire importância central na argumentação jurídica, em que não se pode explicar a conclusão a que chegou o juiz sem referir-se ao direito internacional (NOLLKAEMPER, 2011, 140).

1.5. Comunicação transjudicial entre cortes nacionais e internacionais

A comunicação transjudicial é um fenômeno de interação entre cortes de diferentes jurisdições. Trata-se de um termo genérico que serve para designar qualquer forma de intercâmbio entre tribunais, sejam eles nacionais, supranacionais ou internacionais, que ultrapassa fronteiras, porquanto referente à troca de referências a decisões judiciais (nacionais ou internacionais). A comunicação transjudicial, como uma categoria ampla, pode variar de acordo com a forma, função e o grau de engajamento recíproco dos tribunais envolvidos (SLAUGHTER, 1994, p. 101).

Este fenômeno também é comumente denominado de diálogo judicial por se referir a uma “conversa” entre juízes a partir do uso dos precedentes, ou seja, uma discussão entre dois ou mais atores (BURGORGUE-LARSEN, 2013, p.114). Dessa forma, compreenderemos o fenômeno da comunicação transjudicial a partir do contexto de interação do judiciário nacional com a Corte IDH. Isto porque será importante definir qual o tipo de comunicação transjudicial desenvolvida entre os tribunais da Argentina, Brasil, Colômbia e México com a Corte IDH, e após isso, identificar qual a atitude que tais tribunais assumem diante desse fenômeno.

A comunicação transjudicial pode exercer uma série de funções inter-relacionadas. Uma delas diz respeito ao aumento de legitimidade e autoridade que o uso de decisões de tribunais internacionais ou supranacionais exerce na da decisão da corte doméstica, o que se dá por meio da função persuasiva da comunicação transjudicial, especialmente quando lembramos a ausência de vinculação hierárquica entre as cortes (SLAUGHTER, 1994, p. 119).

Outra importante função que pode ser identificada é a fertilização cruzada, ou seja, a disseminação de ideias entre diversos tribunais, integrantes de diversos

sistemas jurídicos. De tal forma que os órgãos jurisdicionais buscam em outras experiências os fundamentos necessários para a solução de casos particulares, melhorando, assim, a qualidade de sua decisão, o que se reflete, de maneira consequencial, no grau de cumprimento das decisões internacionais pelos Estados.

Com base na tipologia elaborada por Anne-Marie Slaughter (1994), a comunicação transjudicial a ser desenvolvida nesta pesquisa seria a de tipo vertical, a qual realiza-se entre cortes nacionais e internacionais que estejam ligadas entre si por meio de um tratado internacional, estabelecendo uma jurisdição especializada que concorre com a jurisdição das cortes nacionais (SLAUGHTER, 1994, p. 106).

A comunicação transjudicial também pode ser classificada, igualmente, de acordo com o grau de engajamento recíproco dos diversos órgãos jurisdicionais. De acordo com tal classificação, pode-se estabelecer um diálogo direto, um monólogo ou um diálogo intermediado. O diálogo direto se caracteriza pela interação consciente e voluntária entre as partes da comunicação, enquanto que, no monólogo, os precedentes são utilizados sem a participação consciente do tribunal que os criou, ou até mesmo sem o seu conhecimento, por iniciativa exclusiva de apenas uma das partes da comunicação. As formas de comunicação horizontal normalmente se estabelecem por meio de um monólogo, e não de um diálogo (SLAUGHTER, 1994, p. 112-113).

Após essa identificação, a pesquisa buscará observar o papel que as cortes nacionais assumem na comunicação transjudicial, utilizando as categorias de Vicki Jackson (2010), que apontam três atitudes adotadas pelo judiciário: a) resistência; b) convergência e c) engajamento.

a) resistência: considera que apenas as normas jurídicas que foram adotadas de acordo com as regras procedimentais de cada comunidade jurídica devem ser utilizadas na interpretação do direito. Para essa atitude, o direito internacional ou estrangeiro é irrelevante para a aplicação da Constituição, uma vez que se pretende evitar uma ampliação dos poderes do juiz e defender a especificidade da Constituição e o desenvolvimento de uma cultura constitucional própria. Essa resistência se manifestaria tanto sob a forma de indiferença, caracterizada pela ausência de interesse em manejar as fontes internacionais, quanto sob a forma de resistência ativa, quando há uma recusa em utilizar essas fontes;

b) convergência: considera que o direito constitucional interno é um lugar para a implementação de normas jurídicas internacionais ou um participante de um processo descentralizado de convergência transnacional de normas. Colocando-se no polo oposto da resistência, essa atitude propõe uma identificação entre

as normas jurídicas nacionais e internacionais. Segundo a autora, uma das principais influências sobre essa postura refere-se à utilização dos instrumentos internacionais de direitos humanos como modelos das garantias internas dos direitos. No que nos interessa mais de perto, a atitude de convergência é facilitada quando os textos constitucionais requerem interpretação conforme os tratados de direitos humanos ou quando se incorporam direitos desses instrumentos;

c) engajamento: busca aumentar a capacidade de os juízes fazerem uma deliberação mais informada e imparcial sobre o conteúdo de suas normas constitucionais, reconhecendo a possibilidade tanto de harmonia quanto de dissonância entre sua interpretação e aquela desenvolvida no plano internacional. Nessa atitude, o direito internacional é concebido mais com uma “ferramenta de reflexão”, do que como um conjunto de normas que se impõem hierarquicamente. Embora seja similar, o engajamento não é igual ao diálogo, uma vez que não exige reciprocidade: um tribunal pode se envolver com o trabalho de outros tribunais ou experiências de outras comunidades políticas ou instrumentos internacionais de direitos humanos, sem expectativa de resposta. Isso significa que a autoridade que é atribuída à jurisprudência dos órgãos internacionais é mais persuasiva do que vinculante, porém, pode contribuir para entender melhor o direito interno. A atitude do engajamento pode assumir duas formas: deliberativa, quando não há obrigação de utilizar o direito internacional, mas permite-se sua utilização pelo judiciário; e relacional, quando pode ocorrer uma obrigação de considerar, mas não necessariamente de seguir, as fontes internacionais.

2. Análise comparada

2.1. Mudanças constitucionais e direito internacional dos direitos humanos

Nos quatro países analisados, a abertura ao direito internacional dos direitos humanos foi favorecida por mudanças constitucionais. No Brasil, a Constituição de 1988 incluiu os direitos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo país no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º) e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 possibilitou que tratados de direitos humanos fossem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o mesmo nível das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º). Na Colômbia, a Constituição

de 1991 também contém cláusulas específicas sobre a matéria, as quais incorporam ao direito interno as convenções internacionais do trabalho (art. 53-4); declaram a prevalência dos tratados de direitos humanos na ordem interna e o dever de interpretar a Constituição em conformidade com esses tratados (art. 93); reconhecem direitos e garantias inerentes à pessoa humana que não figuram expressamente na Constituição e nos tratados internacionais (art. 94); e proíbem a suspensão dos direitos humanos nos estados de exceção (art. 214). Na Argentina, uma ampla reforma constitucional ocorrida em 1994 reconheceu hierarquia constitucional a um conjunto de tratados de direitos humanos (art. 75.22), incluindo a CADH, e possibilitou que outros instrumentos viessem a adquirir esse nível hierárquico se aprovados por dois terços do legislativo federal. No México, a reforma constitucional de 2011 igualou os direitos humanos previstos em tratados internacionais àqueles reconhecidos pela Constituição e estabeleceu que os direitos humanos devem ser interpretados em conformidade com a Constituição e os tratados internacionais, com o objetivo de garantir às pessoas sua mais ampla proteção (art. 1º).

Observa-se, ainda, que o impacto dessas mudanças constitucionais independe da maneira como os ordenamentos jurídicos nacionais compreendem sua relação com o direito internacional, uma vez que foram adotadas tanto em países de tradição monista (Colômbia e México), quanto em países de tradição dualista (Brasil e Argentina).

2.2. Nível hierárquico dos tratados de direitos humanos

A importância das mudanças constitucionais no processo de recepção do direito internacional dos direitos humanos não elimina o papel central que, em todos os países, a jurisprudência das cortes superiores exerce sobre a matéria. Assim, embora o poder judiciário não tenha iniciado esse processo¹⁵, coube a ele estabelecer em que posição os tratados de direitos humanos seriam incorporados na ordem interna, em quais condições seria desenvolvido o controle de

15 No caso argentino, a mudança da jurisprudência sobre a matéria inicia-se na Corte Suprema antes da reforma constitucional, com o caso *Ekmekdjian*, de 1992. Apesar disso, um argumento central utilizado pela Corte para rever seus precedentes se baseia em uma decisão de caráter legislativo: a ratificação pela Argentina da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual confere primazia ao direito internacional.

convencionalidade e qual força normativa deveria ser reconhecida à jurisprudência internacional, inclusive aquela formulada pela Corte IDH.

Em um primeiro momento, coube às cortes nacionais se pronunciarem acerca do nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, tendo em vista a ausência de detalhamento das normas constitucionais sobre essa questão. No Brasil, a polêmica se desenvolveu em torno da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que não esclarecia o *status* dos tratados de direitos humanos ali mencionados. Durante as duas primeiras décadas de vigência da Constituição, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese do nível legal dos tratados de direitos humanos, aplicando-lhes o mesmo critério utilizado para as demais normas internacionais, mas modificou sua posição em 2008, quando passou a considerar que esses tratados possuem nível hierárquico supralegal, colocando-se acima das leis e abaixo da Constituição.

Na Colômbia, as várias cláusulas da Constituição de 1991 sobre os tratados de direitos humanos impulsionaram a Corte Constitucional a desenvolver o conceito de “bloco de constitucionalidade”, para sistematizar a posição desses tratados no ordenamento colombiano. De acordo com essa jurisprudência, os tratados de direitos humanos integram normativamente a Constituição, mesmo que não apareçam formalmente no texto constitucional, e operam como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis.

No México, a jurisprudência da Suprema Corte estabelecia que todos os tratados internacionais se localizavam hierarquicamente acima das leis federais e imediatamente abaixo da Constituição. Após a reforma de 2011, a Corte teve que reexaminar o tema em relação aos tratados de direitos humanos e decidiu que seu conteúdo foi incorporado por essa reforma ao catálogo constitucional de direitos humanos, deixando de analisar a questão a partir de critérios de hierarquia. Assim, as normas de direitos humanos oriundas dos tratados internacionais e da Constituição integram um mesmo conjunto e oferecem parâmetros para o “controle de regularidade constitucional”.

Por fim, mesmo na Argentina, em que a reforma de 1994 definiu a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a Corte Suprema dirimiu as dúvidas que surgiram sobre a aplicação dessa disposição, especialmente no que se refere à relação entre os direitos e garantias previstos nesses tratados e as normas constitucionais. Nesse campo, a Corte Suprema entendeu que é necessário compatibilizar e harmonizar os direitos humanos e os direitos fundamentais para resolver os eventuais conflitos entre as disposições constitucionais

e as disposições de um tratado internacional, evitando aplicar o critério da supremacia da Constituição sobre os tratados.

Esse conjunto de elementos nos permite afirmar que, nos países analisados, as cortes superiores adquiriram um protagonismo no que se refere à definição dos marcos da relação entre direito interno e direito internacional dos direitos humanos. Esse protagonismo permitirá ao judiciário ter também poder de decisão sobre o desenvolvimento do controle de convencionalidade em cada país, uma vez que a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos não é o único parâmetro que influencia o exercício desse controle.

2.3. Controle de convencionalidade

Em outro plano, observa-se que as cortes nacionais responderam de maneira distinta à jurisprudência da Corte IDH sobre controle de convencionalidade, o que condicionou seu desenvolvimento pelo poder judiciário.

Em dois países, Colômbia e Argentina, as cortes superiores começaram a exercer o controle de convencionalidade mesmo antes de que a Corte IDH estabelecesse essa obrigação convencional no Caso *Almonacid Arellano* (2006), o que indica que o processo de recepção do direito internacional dos direitos humanos decorreu mais de fatores internos que externos. Na Colômbia, a formulação do conceito de bloco de constitucionalidade a partir de 1995 fez com que, já nessa década, a Corte Constitucional passasse a utilizar a CADH como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis. Na Argentina, a partir dos casos *Ekmekdjian*, de 1992, e *Gioldi*, de 1995, a primazia da CADH sobre o direito interno passa a integrar o repertório da Corte Suprema. Esse exercício do controle de convencionalidade *avant la lettre* ajuda a compreender porque nesses dois tribunais a comunicação judicial com a Corte IDH também se desenvolveu precocemente em relação aos demais tribunais estudados.

No caso do México, ao contrário, observa-se que é uma sentença da Corte IDH que provoca uma mudança de atitude da Suprema Corte. Ao decidir o Caso *Radilla Pacheco*, em 2009, a Corte IDH determinou ao poder judiciário mexicano que exercesse de ofício o controle de convencionalidade, determinação essa que foi confirmada pela Suprema Corte em 2011 por meio da edição de um conjunto de “tesis”. Nessas “tesis”, destacam-se a reafirmação do caráter vinculante das sentenças emitidas pela Corte IDH contra o México e o reco-

nhecimento de que os critérios emitidos pela Corte IDH nas sentenças em que o México não seja parte devem ser utilizadas como orientações pelos juízes mexicanos quando elas forem mais favoráveis à pessoa humana. Desde então, a Suprema Corte do México tem se engajado em um constante diálogo com a Corte IDH, inclusive por meio da realização de atividades conjuntas.

No caso do Brasil, mesmo as sentenças da Corte IDH em casos brasileiros, que se iniciaram em 2006, não tiveram impacto sobre o Supremo Tribunal Federal. Embora a decisão do Caso *Gomes Lund* e outros tenha expressamente determinado a realização do controle de convencionalidade, o STF não alterou sua atitude de resistência perante a Corte IDH, o que, além de contribuir para o descumprimento de obrigações internacionais pelo Brasil, dificulta o desenvolvimento do controle de convencionalidade pelo poder judiciário.

Em todos os quatro países, portanto, as posturas adotadas pelas cortes superiores têm sido determinantes no desenvolvimento do controle de convencionalidade, o que o torna especialmente dependente, na ausência de normas constitucionais ou legais que obriguem à sua realização, da existência de formas de comunicação transjudicial das cortes nacionais com a Corte IDH.

2.4. Aplicação direta

A aplicação direta e a interpretação conforme são as técnicas utilizadas pelos Estados analisados para operacionalizar o controle de convencionalidade, ante a carência de mecanismos institucionais de interação direta entre as cortes¹⁶. Ademais, a partir da prática dos Estados, foi possível constatar que há uma subdivisão no exercício daquelas técnicas quanto ao material ou conteúdo de direito internacional utilizado para concretizá-las.

16 A questão prejudicial no direito europeu, por exemplo, é um mecanismo institucional de caráter incidental, que visa garantir a aplicação eficaz e coerente do direito da União Europeia e evitar interpretações divergentes, permitindo que tribunais nacionais submetam diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia as dúvidas sobre a interpretação do direito europeu (art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Por sua vez, o Protocolo 16 (2013) à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que passou a vigorar em agosto de 2018, regulamentou o pedido de Opinião Consultiva enviado por Cortes Superiores ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Os pedidos devem envolver questões de princípio sobre a interpretação ou aplicação dos direitos e liberdades definidos na Convenção, no contexto de um caso pendente de julgamento na corte nacional (art. 1.1 e 2 do Protocolo 16).

A aplicação direta ou efeito direto é reservado, principalmente, para o texto da CADH, o qual, nessas hipóteses, serve para justificar a concretização de direitos constitucionais ainda não regulamentados por leis ou atos normativos ou para acrescentar direitos não previstos expressamente no catálogo constitucional. Por outro lado, a interpretação conforme pode compreender tanto o texto da CADH, como a jurisprudência da Corte IDH, cada uma desempenhando consequências práticas diferenciadas.

Por meio da aplicação direta, a CADH é utilizada para concretizar direitos não regulamentados ou previstos nos Estados. No caso *Ekmedjian* (1992), a SCJN da Argentina aplicou de forma direta o art. 14 da CADH, sugerindo a desnecessidade de leis internas para regulamentar o direito de resposta previsto convencionalmente. A Corte Constitucional da Colômbia recorreu ao art. 25 da CADH para avaliar a simplicidade, rapidez e efetividade de remédio judicial disponível para enfrentar violações de direitos fundamentais no julgamento da C-543/1992.

2.5. Interpretação conforme, efeito erga omnes e comunicação transjudicial

A utilização da técnica da interpretação conforme se destaca de maneira proeminente no exercício do controle de convencionalidade em, ao menos, três das experiências analisadas (Argentina, Colômbia e México) e sua ausência ou prática errática ajuda a entender o pouco desenvolvimento do controle de convencionalidade no Brasil.

A interpretação conforme nem sempre é utilizada com esta nomenclatura na prática das cortes. Na Argentina, por exemplo, há duas vias de utilização daquela técnica. Inicialmente, quando a Corte Suprema de Justiça da Nação considera a jurisprudência da Corte Interamericana como uma guia interpretativo para a leitura da CADH e, após a reforma constitucional de 94, a interpretação conforme é inserida como a manifestação da exigência de não derrogação estipulada pelo art. 77,25 da Constituição argentina, o qual, segundo a CSJN, impõe uma interpretação harmoniosa entre os textos internacionais e a constituição (*Chocobar*, 1996).

O art. 93-2 da Constituição colombiana estipula que os direitos consagrados na Constituição sejam interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, caracterizando-se como

o recurso empregado pela Corte Constitucional para definir o conteúdo normativo dos direitos fundamentais constitucionais. A entrada da interpretação internacional é reforçada com a formulação do bloco de constitucionalidade pela Corte Constitucional (C-225/95).

Após a reforma constitucional de 2011, o art. 1º da Constituição mexicana passou a demandar que as normas relativas aos direitos humanos fossem interpretadas de acordo com tratados internacionais sobre o assunto, favorecendo sempre as pessoas com a mais ampla proteção. Além da previsão constitucional, a Suprema Corte fixou o entendimento de que os juízes deveriam realizar o que denominou de interpretação conforme em sentido amplo e em sentido estrito (Tesis LXIX/2011).

A Constituição brasileira não prevê uma cláusula expressa que exija a interpretação conforme, mas a necessidade de interpretar-se a Constituição da República e, principalmente, a legislação infraconstitucional com base (ou à luz) em tratados sobre direitos humanos foi explicitada no precedente do RE 466.343. No entanto, não foi possível constatar um maior desenvolvimento desta técnica na jurisprudência do STF. Tampouco é possível extrair uma posição institucional do STF acerca dos efeitos *erga omnes* das decisões da Corte IDH, porém, na Extradução 1.362, identifica-se uma atitude de resistência do tribunal, ao negar sua vinculação à jurisprudência da Corte IDH em casos de crime contra a humanidade.

A partir das análises dos padrões das Cortes que lançam mão da interpretação conforme, excluído o Brasil, portanto, não é possível afirmar com certeza que alguma delas tenha adotado um perfil de total convergência ao conteúdo da jurisprudência internacional, pois todas desenvolveram alguma cláusula de salvaguarda no momento da interpretação das decisões da Corte IDH.

Por cláusulas de salvaguarda, queremos nos referir aos termos qualificadores empregados pelas cortes nacionais para explicar a obrigação de considerar a jurisprudência internacional para fins de cumprimento dos dispositivos constitucionais sobre interpretação conforme, as quais permitem às cortes nacionais controlarem a recepção do conteúdo dos precedentes internacionais, deferindo a eles quando julgar conveniente, mas, ao mesmo tempo, sinalizam a possibilidade de divergências ou distinções quando necessárias.

Tais cláusulas de salvaguarda se apresentaram na jurisprudência das cortes nacionais por meio do emprego de expressões ou declarações que denotam engajamento, ao invés de total convergência à jurisprudência de São José. A CSJN

da Argentina emprega, inicialmente, a expressão *guia* para referir-se à jurisprudência da Corte IDH em *Ekmekdjian* (1992), *incontornável pauta interpretativa* em *Mazzeo* (2007) e volta a utilizar *guia* em *Romero Feris* (2018), após o caso *Fontev ecchia* (2017), o qual impôs restrições à vinculação da CSJN à jurisprudência da Corte IDH; a CC colombiana utiliza *critério hermenêutico relevante* (C-406/96), *pauta hermenêutica importante* (C-010/00) e, por fim, considera a jurisprudência da Corte IDH não integrante do bloco de constitucionalidade (C-355/06), facultando à CC interpretar a CADH, inclusive em sentido diverso daquele a que chegou a Corte IDH; e a SCJN mexicana, a fim concretizar a disposição constitucional sobre interpretação conforme, sustenta que as decisões da Corte IDH das quais o México não tenha sido parte serão consideradas *critérios orientadores*, enquanto as sentenças que condenem o México serão obrigatórias (Amparo en revisión 173/2012) .

Portanto, a interpretação conforme se configura como uma prática interpretativa de dupla face no diálogo entre cortes: em um primeiro momento, corrobora a predisposição da corte interna em recepcionar a jurisprudência internacional e a adaptar suas disposições internas de acordo com as diretrizes da Corte IDH; por outro lado, por meio das cláusulas de salvaguarda, aponta para possíveis restrições, reinterpretações ou inaplicações dos padrões internacionais quando as cortes nacionais julgarem oportuno.

Com efeito, as cláusulas de salvaguarda utilizadas pelas cortes da Argentina, Colômbia e México demonstram a atribuição de alguma sorte de efeitos *erga omnes* às sentenças da Corte IDH das quais aqueles Estados não fizeram parte. Os termos empregados nas cláusulas de salvaguarda podem ser traduzidos como a estipulação de diferentes graus de vinculação ao precedente da Corte IDH. Tal graduação nos parece mais evidente no caso argentino, onde a corte altera ou modula o grau de vinculação por meio dos termos *guia* (mais fraco) e *pauta incontornável* (mais forte).

A interpretação conforme realizada pelas cortes nacionais não indica que a aderência aos comandos internacionais será absoluta ou que possa sobrepor-se, em todas as ocasiões, às interpretações constitucionais. Ou seja, ao referirem-se a *critério*, *guia* ou *pauta*, as cortes nacionais engajam-se com a jurisprudência internacional, mas demonstram que o grau de adesão ao conteúdo do precedente da Corte IDH dependerá de fatores coletados no momento da realização da interpretação conforme (ex.: preexistência de jurisprudência constitucional

consolidada; cumprimento, ou não, do princípio *pro personae*; não violação de princípios de direito público etc.).

Assim, é possível concluir que, a partir da forma pela qual as cortes nacionais adotam uma atitude de engajamento por meio da interpretação conforme, ou seja, utilizando cláusulas de salvaguarda, nenhum dos Estados pratica o controle de convencionalidade nos exatos termos da eficácia *erga omnes* vinculante exigida pela Corte IDH.

Verifica-se, por fim, uma diferença no uso da interpretação conforme pelas cortes nacionais, segundo seu fundamento seja o texto da CADH ou a jurisprudência da Corte IDH. Na primeira hipótese, a justificativa utilizada pelas cortes internas é a noção de harmonização entre o direito internacional e nacional. Uma das consequências práticas da utilização da interpretação conforme com base na harmonização é o risco de sua redundância, porquanto poderá servir de reforço de interpretações constitucionais estabelecidas sobre dispositivos constitucionais ou de compreensões idiossincráticas sobre o texto convencional. A interpretação conforme harmonizadora do texto convencional concede maior controle da corte sobre o resultado da interpretação constitucional.

A interpretação conforme com base na jurisprudência da Corte IDH realizada pelas cortes nacionais acomoda as cláusulas de salvaguarda, as quais podem determinar a aplicação do conteúdo da jurisprudência de São José, em face da cisão entre o texto do tratado e a jurisprudência do órgão de monitoramento, conforme o defendido pela jurisprudência das cortes nacionais.

A distinção entre a obrigatoriedade de harmonização com o texto da CADH, muitas das vezes determinado por norma constitucional, e o menos vinculante dever de consideração da jurisprudência da Corte IDH possibilita às cortes nacionais, como consequência prática, controlarem o conteúdo da interpretação do texto convencional contrário à princípios constitucionais estruturantes (cf. Argentina, no caso *Fontevicchia/2017*), contrário a preceitos constitucionais integrantes do bloco de constitucionalidade, geralmente textos de tratados (Cf. Colômbia no caso C-355/06) ou à jurisprudência consolidada da Suprema Corte (Cf. México na *Contradicción de tesis 299/2013*).

Não obstante a construção dessa jurisprudência pelas cortes objeto de estudo, não foi possível identificar, em sua prática, casos mais evidentes sobre a aplicação das consequências dessa jurisprudência, especialmente no que se refere às hipóteses de distinção ou de afastamento do precedente internacional.

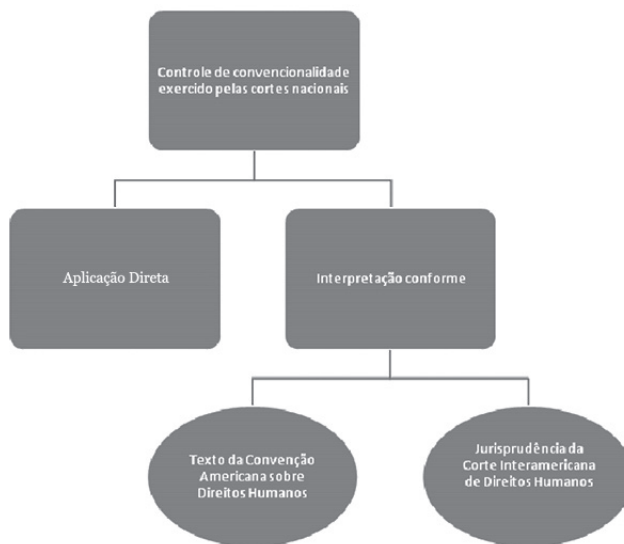


Figura 1 . Modalidades de controle de convencionalidade exercido pelas cortes nacionais e suas subdivisões.

Referências

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração Jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial: máximo desafío de los tempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone. Assessing the impact of the ECHR on national legal systems. In: _____ (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 677-712.

NOLLKAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (Orgs.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional¹

Laurence Burgorgue-Larsen²

I. Introducción

El tema al cual debo referirme supone un ejercicio (complejo) de analogía conceptual. Por ende, surge de inmediato la interrogación acerca del método epistemológico para abordar la cuestión de saber si es posible pensar la Corte interamericana (en adelante, la Corte interamericana, la Corte IDH o la Corte de San José) como una Corte constitucional. En realidad, el «referente analítico» no puede ser muy variado: tiene que ser el derecho constitucional y, de manera aún más precisa, la justicia constitucional característica del neo-constitucionalismo que ha otorgado a los derechos fundamentales una preeminencia funcional.

Aún más, el referente analítico impone, de manera indirecta pero muy clara, asimilar el «sistema interamericano de los derechos humanos» a un sistema constitucional, es decir, a un sistema en el cual el «guardián de la constitución» tiene (en principio) la última palabra para asegurar la coherencia de dicho sistema. Así que, en filigrana, se cuestiona la capacidad de la Corte interamericana para asegurar la coherencia de lo que se podría llamar un «sistema constitucional» interamericano formado tanto por la Convención americana como por todos los tratados en los cuales la competencia de la Corte de San José ha sido reconocida: el famoso «*corpus iuris* interamericano».

1 Este artículo ya ha sido publicado en 2014 en los *Working Papers on European Law and Regional Integration / Papeles de Derecho europeo e Integración Regional*, n°22, 2014, pp. 1-28.

2 Catedrática de derecho público de la Escuela de Derecho de la Sorbona (Paris I). Jueza del Tribunal constitucional de Andorra

Dicho esto, son muy variados los caminos epistemológicos para poner en marcha este ejercicio de analogía conceptual. Se podría utilizar una vía «moderna» para pensar el tema, integrándolo en el gran debate que ha ocupado la doctrina estos últimos años y que se refiere, de manera general, a la «constitucionalización del derecho internacional»³. Se podría también hacer uso de los criterios de los autores que han trabajado sobre el tema en lo tocante al Tribunal europeo – como el politólogo norteamericano Alec Stone Sweet⁴ por ejemplo o el jurista francés Jean-François Flauss⁵ – transponiendo sus análisis al sistema interamericano. Al elegir uno de estos «ejes», la plusvalía de mi aporte personal a la problemática sería nula o casi nula. Por lo tanto, he decidido tomar otro camino; un camino mucho más «estrecho» u «ortodoxo». Para intentar dar una respuesta más cercana de la realidad (de *la lex lata*), absteniéndome de presentar lecturas personales que podrían asimilarse a reflexiones de *lege ferenda*, habría que empezar por preguntarse: «*¿Cuáles son, a pesar de la variedad de la justicia constitucional a través del mundo, las competencias principales de una corte constitucional ?*»

Desde mi punto de vista, este enfoque enmarcado en los rasgos principales del «office» – en francés – de los jueces constitucionales es quizás el más clásico o estrecho, pero el más idóneo para abordar la problemática mostrando a los que no están de acuerdo con el hecho mismo de la comparación, que se puede avanzar sobre su terreno de manera «técnica» y no exclusivamente «simbólica» o «pragmática», utilizando conceptos que pertenecen más a la ciencia del derecho como tal que a la ciencia política.

Como sabemos, una corte constitucional asegura varios tipos de control: 1) el control de constitucionalidad de los «actos» (*en general* las leyes); 2) el control

3 H. Ruiz Fabri, M. Rosenfeld (dir.), *Redéfinir le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation*, Paris, Collection de l'UMR de droit comparé, Ed. SLC, 2011, 452 p. Los estudios de A. Peters en la materia son de gran interés, ver entre muchos, «Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, pp.579-610.

4 Según Alec Stone Sweet, («Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne conçue comme une Cour constitutionnelle», *RTDH*, 2009, n°80, p. 923 et s.) ninguna Corte constitucional puede aumentar su autoridad sobre su entorno político y jurídico sin la presencia de 3 condiciones: la competencia para interpretar la ley ; un número de casos suficientes; y, una concepción fuerte del «precedente».

5 J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, p. 711-728.

del reparto de las competencias, tanto orgánicas (entre los poderes constituidos), como territoriales (entre el centro y las periferias en los Estados llamados compuestos) y *last but not least*, 3) una corte constitucional (por diversos mecanismos en función de las culturas jurídicas propias de cada país), controla el respeto por parte de los poderes legislativo, ejecutivo, y judicial, de los derechos fundamentales tal y como se hallan consagrados en las constituciones, en general en la primera parte de ellas. Vemos aquí que el tema de la protección de los derechos fundamentales puede, aún más, tiene que abordarse desde dos perspectivas. La *perspectiva procesal* (la manera de acudir a la Corte y las competencias de la Corte relativas a los demás poderes) y la *perspectiva material* (la protección sustancial de cada uno de los derechos expresamente protegidos por el texto convencional y la manera en que esta protección se lleva a cabo).

Estos tres puntos – que *grosso modo* corresponden al esquema clásico de las competencias más comunes de las Cortes constitucionales – van a servir como marco analítico para descubrir si la afirmación que consiste en equiparar la Corte interamericana a una corte constitucional es un mero deseo o, por el contrario, algo que se puede sostener de manera viable en el ámbito jurídico.

I. El control de constitucionalidad de los actos

La función esencial de toda corte constitucional consiste en examinar la conformidad con la Constitución – es decir, con el texto supremo del orden jurídico – de todo tipo de acto, *actos infra-legislativos como legislativos*. La misión de la Corte interamericana consiste en examinar la conformidad con el texto de la Convención americana – como con los demás tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano en los cuales la competencia de la Corte ha sido establecida – de toda normativa procedente de los Estados Partes que configuran el escalón inferior del «sistema constitucional» interamericano. Así, según este esquema, las normas con rango constitucional, además de las normas con rango legislativo o infra-legislativo, tendrían que ser controladas.

¿Que demuestra la práctica? Nos demuestra que tanto a través de la función consultiva (A) como, sobre todo, a través de su función contenciosa (B), la Corte IDH está en capacidad de examinar y controlar la conformidad con el «*corpus iuris*» interamericano (esto es, con el «sistema constitucional interamericano»), de todo tipo de actos que provienen de los ámbitos internos.

A. La función consultiva

Si el mecanismo consultivo previsto al artículo 64§2 de la Convención americana se puede equiparar a un mecanismo de control *in abstracto*, veremos en el mismo tiempo que la analogía tiene unos límites.

1. Los elementos claves de la analogía

El artículo 64§2 es el fundamento jurídico que permite, en efecto, únicamente a los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos (OEA) y a algunos de sus órganos (en práctica, exclusivamente la Comisión interamericana) pedir – *fuera de toda contestación contenciosa, es decir, fuera de todo tipo de proceso* – una opinión a la Corte acerca de las leyes internas para saber si son conformes, tanto a la Convención americana como a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Sobre la base de una interpretación extensiva de esta base jurídica, la Corte interamericana se reconoció competente para examinar tanto las leyes *en vigor* como las que están *en gestación*. Son tres las opiniones consultivas que han permitido a la Corte IDH pronunciarse en la materia (OC n°4, 5 et 12). Según la Corte interamericana, las *leyes en vigor* son tanto las normas con rango constitucional (OC n°4, §14) como las demás de rango inferior o sea «*la normas de cualquier índole, de cualquier naturaleza*». Por lo tanto, el elenco es muy amplio.

Sabemos que hay mecanismos constitucionales internos que *grosso modo* permiten discutir la constitucionalidad de las leyes *ya en vigor*. Aquí, hay un parentesco evidente entre el procedimiento del artículo 64§2 de la Convención americana y los procesos de control *a posteriori* de las leyes activados por las autoridades políticas.

Existen los que son activados por *autoridades políticas*, se trata del control *a posteriori in abstracto*. A título de ejemplos, se puede citar el artículo 98 a) de la Constitución andorrana⁶, el artículo 140 a) de la Constitución austriaca, el recurso de constitucionalidad del artículo 161§1-a) de la Constitución española⁷,

6 Se lee así : «Le Tribunal Constitucional connaît: a) des recours en inconstitutionnalité contre les lois, les décrets pris en vertu d'une délégation législative et le Règlement du Conseil General;»

7 Se lee así : «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

la acción directa de constitucionalidad prevista al artículo 102-§1-a) de la Constitución federal de Brasil o el artículo 61 2º al. de la Constitución francesa⁸.

Otro mecanismo procesal para cuestionar la constitucionalidad de las leyes radica en la posibilidad, por parte del llamado juez «ordinario», de discutir la constitucionalidad de las leyes mediante el control *a posteriori in concreto*. Se trata del sistema procesal genéricamente llamado la cuestión de constitucionalidad. Así como la consulta prejudicial de constitucionalidad del artículo 428 de la Constitución ecuatoriana de 2008⁹, de la cuestión del artículo 163 de la Constitución española¹⁰ o del artículo 61-1 de la Constitución francesa que ha permitido a este país acceder, por fin, al derecho común del neo-constitucionalismo. Aquí, el parentesco es menos evidente ya que existe un litigio, un proceso a partir del cual la cuestión está activada...

Pronunciarse acerca de las leyes *en gestación* (OC n°4, §26), es también un elemento que permite hacer funcionar la analogía conceptual entre la Corte interamericana y una Corte constitucional. Sabemos, por ejemplo, que en Francia el control *a priori* de las leyes se pone en marcha después de la firma y antes de la promulgación de la ley. Se puede inducir de esta regla procesal que las leyes están todavía en gestación sin la promulgación oficial. De manera más significativa, se puede mencionar la Constitución colombiana que prevé un control

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.»

- 8 Se lee así «Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.»
- 9 Se lee así: «Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.»
- 10 Se lee así: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.»

previo de los proyectos de leyes estatutarias (artículos 153, 241-8 de la Constitución de 1991 y artículo 39 y ss del Decreto 2067 de 1991)¹¹.

Se puede ver, claramente, que la analogía no está totalmente fuera de propósito : funciona bastante bien. No obstante, se tiene que reconocer, al mismo tiempo, que tiene unos cuantos límites.

2. Los límites de la analogía

La analogía tiene unos límites iniciales si se advierte que el papel de la Corte IDH en el ámbito consultivo consiste en dar su punto de vista acerca de una norma interna (en gestación o no), sin tener ningún tipo de poder para proceder a la abrogación o anulación de esa norma si se revela contraria a la Convención. El poder de anulación o derogatorio sigue estando en las manos de los poderes constituidos de los Estados miembros. Sabemos que esto no coincide con la práctica procesal común en el ámbito constitucional. Las declaraciones de inconstitucionalidad están puestas fuera del ordenamiento jurídico : o con efectos limitados al caso (efectos *inter partes*), es la hipótesis de las consecuencias de la cuestión de constitucionalidad ; o con efectos generales (efectos *erga omnes*), en el contexto de las declaraciones de inconstitucionalidad.

El segundo límite es mas bien político en un sentido amplio. Lo que demuestra la jurisprudencia interamericana es que la Corte IDH no quiere ser instrumentalizada por los Estados a través de su facultad consultiva ; en este contexto, se ha negado a contestar a una opinión (OC n°12) acerca de un proyecto de ley, en el marco del cual Costa Rica quería, de manera obvia, utilizar el mecanismo consultivo en una «pugna» constitucional interna. Esta capacidad de denegar permite claramente la objetivación del mecanismo consultivo. No se le puede encontrar en el ámbito interno ya que los mecanismos de control de constitucionalidad – aún los *a priori* e *in abstracto* como en Francia – son una manifestación de las oposiciones políticas, binarias, entre los partidos más influyentes.

11 En este caso, el Presidente del Congreso debe enviar una copia auténtica del proyecto de ley a la Corte Constitucional después de la aprobación del segundo debate y solo después de la revisión favorable el proyecto puede ser enviado al Presidente de la República para sanción presidencial, de lo contrario, el proyecto será reenviado a la Cámara para primer debate. Este control es obligatorio, *a priori*, integral y definitivo.

B. La función contenciosa

La analogía sigue siendo, sin embargo, interesante cuando se analiza la función contenciosa de la Corte interamericana, en aspectos particulares como el alcance del control (1) y, sobre todo, los efectos del control implementado (2). Veremos que son numerosos los elementos que hacen pensar a un control a posteriori de constitucionalidad.

1. El alcance del control

Si continuamos con la analogía que consiste en asimilar el *corpus iuris interamericano* a una constitución (o sea a una Carta constitucional), nos damos cuenta que todas las normas “inferiores” (es decir, las de los Estados Partes) pueden y han sido controladas, tanto las normas con rango constitucional como las normas con rango de ley.

a. El control de las normas con rango constitucional

El caso de *La Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos c/ Chile)*¹², famoso en el Hemisferio Sur, fue el primer caso juzgado por la Corte Interamericana en materia de censura previa. La prohibición de la película *La Última tentación de Cristo* fue declarada contraria al artículo 13 relativo a la libertad de expresión, señalando en esa ocasión que la existencia misma de una disposición constitucional (artículo 19.12 de la Constitución chilena) autorizando la censura previa era incompatible con la Convención americana. Efectivamente, el párrafo 72 de la sentencia contra Chile es excepcional y demuestra que no hay ningún espacio normativo exento del control de la Corte interamericana. Merece la pena presentarlo en su integralidad :

«Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en

12 Corte IDH, 5 de febrero de 2001, Fondo y reparaciones, *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, Serie C n°73, §§97-98.

violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.»

Ahora bien, la Corte interamericana después de constatar que el Estado violó el artículo 13 (libertad de expresión) y que de este modo no respetó los artículos 1§1 y 2 de la Convención americana, se dirigió al Estado en la fase de determinación de las reparaciones y le instó a proceder en dos etapas. Así, bajo el ángulo del artículo 63§1, la Corte afirmó lo siguiente :

« Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención».

El punto 4 del dispositivo impone a Chile modificar su derecho interno o sea ni más ni menos del artículo 19.12 de la Constitución chilena que consagraba el principio de la censura previa...

Las fórmulas son muy claras y no generan la menor duda en torno a su contenido y alcance. Es menester aquí recordar que esta sentencia no generó la menor resistencia en cuanto a su ejecución. Fue uno de los primeros casos considerados por la Corte interamericana como definitivamente «cerrados». En efecto, la Constitución chilena fue modificada para adaptarse al estándar convencional en materia de libertad de expresión...

b. El control de las normas con rango de ley

Las normas con rango de ley son las que, de manera rutinaria, caen bajo el escrutinio convencional. Más precisamente, podemos observar que este control de “derecho común” se asimila a un *control in concreto* de las normas con rango de ley. El sistema interamericano exige la presencia de víctimas que han padecido la aplicación de una norma que, al final del proceso interamericano, será objeto de examen. Sabemos también que la Corte interamericana – merced a su potencia pretoriana – ha desarrollado una jurisprudencia muy audaz que le permitió poner en marcha un *control in abstracto* de las leyes, sin que se halle condicionada por la aplicación concreta de la ley dentro del proceso. Aquí, surge la problemática de la *inconvenionalidad per se* de las leyes de amnistía que tienen como meta absolver «graves violaciones» de derecho internacional de los derechos humanos¹³. Su sola existencia vulnera la Convención americana, en particular, su artículo 2 que obliga a los Estados adaptar su derecho interno al estándar convencional. Entre la opinión consultiva n° 14¹⁴ y el caso *Suárez Rosero*¹⁵ confirmado magistralmente en el famoso caso *Barrios Altos*¹⁶ – y precisado en los importantes casos juzgados en el otoño del 2006 contra Chile y Perú en los famosísimos casos *Almonacid Arellano* y *La Cantuta*¹⁷ y cuatro años después (en 2010 y 2011) contra Brasil y Uruguay en los casos tan célebres como los demás – *Araguaia* y *Gelman*¹⁸ – la evolución de la jurisprudencia interamericana sobre la cuestión de la *inconvenionalidad per se* de algunas leyes – las que organizan la amnistía de los autores de violaciones masivas de los derechos humanos – es magistral. La Corte interamericana ha fijado una jurisprudencia

13 Para un estudio que desarrolla una perspectiva desde el derecho internacional penal, véase, R. Estupiñán Silva, «Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 133-173.

14 Corte IDH, 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Serie A n° 14, OC 14/94.

15 Corte IDH, 12 de noviembre de 1997, Fondo, *Suárez Rosero c. Ecuador*, Serie C n° 35.

16 Corte IDH, 14 de marzo de 2001, Fondo, *Barrios Altos c. Perú*, Serie C n° 75.

17 Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Almonacid Arellano c. Chile*, Serie C n° 154 y Corte IDH, 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *La Cantuta c. Perú*, Serie C n° 162.

18 Corte IDH, 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, *Gomes Lund y otros (« Guerrilha do Araguaia ») c. Brasil*, Serie C n° 219 ; Corte IDH, 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, *Gelman c. Uruguay*, Serie C n° 221.

realmente extraordinaria, tanto desde el punto de vista de la lucha contra la impunidad como desde el punto de vista de las modalidades del control. Dicha jurisprudencia tiene como consecuencia erradicar del ordenamiento jurídico interno toda ley que directamente o indirectamente – que haya sido aprobada o no por el pueblo – decide valorizar el olvido en detrimento de la justicia¹⁹. En este punto, es obvio que la Corte IDH actúa más como una Corte constitucional que confronta una ley interna a los valores supremos del ordenamiento constitucional que no admiten ser derogados. En consecuencia, el vigor de la Corte interamericana al declarar la *inconvenionalidad per se* de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos *se asemeja* a la capacidad de las Cortes constitucionales para *invalidar* (anulándolas en general) todo tipo de normas contrarias a la Constitución.

No obstante, observamos con obvia preocupación que una declaración de inconvenionalidad no se puede equiparar a una invalidación como tal. En este aspecto, la diferencia en materia de poder de acción sigue siendo evidente. La Corte de San José no tiene el poder de invalidación, sin embargo, me gustaría ahora intentar demostrar que, en realidad, si observamos la práctica de ambos sistemas – la de los ordenamientos constitucionales al igual que la del ordenamiento convencional – hay un punto de inflexión que permite, de manera bastante evidente, hacer funcionar la asimilación en cuanto a los efectos del control.

2. Los efectos del control

Los sistemas jurídicos constitucionales, en su heterogeneidad, no tienen una visión única acerca de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, por regla general una declaración de inconstitucionalidad tiene que desembocar sobre la anulación de la ley (o todo tipo de acto) inconstitucional²⁰. La práctica demuestra, por lo tanto, que ante las graves consecuencias

19 L. Burgorgue-Larsen, « Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012/89, janvier 2012, pp.3-42 ; publicado en español in *El derecho en movimiento. En Homenaje a Elena Highton*, A. Dreyzin de Klor (dir.), C. Harrington (coord.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p17-56.

20 No desarrollaremos aquí la temática de los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales, en particular a la atención del legislador. Sin embargo, es interesante tomar conocimiento del punto de vista minoritario, a lo menos en la doctrina española, de C. Viver Pi-Sunyer, según el cual el legislador

de la anulación – sobre todo cuando tiene un efecto retroactivo en los casos de control *a posteriori* de inconstitucionalidad – muchos jueces constitucionales ponen en marcha *la teoría de la interpretación conforme* : no se anula la ley, pero se impone a los jueces nacionales interpretar la ley de manera conforme a la interpretación constitucional (e.g., esta práctica es muy común en Alemania, v. *Beguin* 1982, p. 207).

Esta tendencia incontestable está presente en muchos países que disponen de un sistema concentrado de justicia constitucional. Se permite así mantener la vigencia la ley y modificar los errores de la producción normativa, obligando al llamado juez “ordinario” a optar por una lectura *pro-constitutionae*. Vamos a ver que el sistema interamericano ofrece mecanismos muy semejantes.

La saga judicial que ha permitido crear una obligación a cargo de los jueces nacionales se asemeja a un vals a tres tiempos. El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006 en la sentencia *Almonacid Arellano*²¹ ; el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso*²² de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias *Heliodoro Portugal*²³, *Radilla Pacheco*²⁴, entre otras²⁵). El tercer tiempo consistió ni más ni menos en «teorizarla» en el

puede apartarse de la jurisprudencia constitucional, v. «Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal constitucional sobre el legislador : ¿ Puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales ?», *Revista Española de Derecho constitucional*, n°97, Enero-abril 2013, pp. 13-44. Para un punto de vista comparado, a lo menos en los países europeos, hay que consultar los informes presentados durante el XV Congreso de la Conferencia de las Cortes constitucionales europeas, *La Justice constitutionnelle. Fonctions et relations avec les autres autorités publiques*, Ed. R.A. Monitorul Oficial, 2011.

- 21 Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Almonacid Arellano c. Chile*, Serie C n° 154.
- 22 Corte IDH, 30 de noviembre de 2007, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones , *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, Serie C n° 174.
- 23 Corte IDH, 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo y reparaciones, *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Serie C n° 186.
- 24 Corte IDH, 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo y reparaciones, *Radilla Pacheco c. México* Serie C n° 209.
- 25 Se encuentran también referencias al control de convencionalidad en las siguientes sentencias: Corte IDH, 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *La Cantuta c. Perú*, Serie C n° 162, §173; Corte IDH, 20 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo y reparaciones, *Boyce y al. c. Barbados*, Serie C n° 169, §78.

marco del caso *Carrera García y Montiel Flores*²⁶ de 2010. Esta doctrina ha sido objeto de una teorización excepcional por el juez *ad hoc* mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor – constitucionalista reconocido – que fue designado por su gobierno para desempeñarse como juez en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* del 26 de noviembre de 2010²⁷. El juez *ad hoc* (en aquel entonces)²⁸ presenta con destreza y precisión un estado de las cosas de las diferentes facetas del control de convencionalidad en América latina, un tema que nutre hoy en día la literatura jurídica latinoamericana²⁹. Tomando conocimiento del texto, el lector comprende que estamos en presencia ni más ni que menos de una teorización del control de convencionalidad que pretende servir de guía a cualquier juez nacional del continente³⁰. Y además

26 Corte IDH, 26 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo y reparaciones, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, Serie C n° 209.

27 CIDH, 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, Serie C n°220.

28 Hoy en día, sabemos que ha integrado la Corte IDH desde el 1er de enero de 2013.

29 E. Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; S. García Ramírez, *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, 2009, p. 344; G. García Morelos, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010. Señalaremos igualmente los artículos del jurista argentino Néstor Pedro Sagúes, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8 No. 1, 2010, p. 117 y ss; «Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano», *La Ley*, Buenos Aires, 11/8/2010, pp. 1-3; «El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales», en *La Ley*, Buenos Aires 2009-B p. 761; «El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo», *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un ius constitucional común*, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac Gregor, (coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, IJ-Max Planck, IIDC, UNAM, México, 2011, pp.381-417. Para un análisis que pone en perspectiva las dificultades de tal tipo de control desde el punto de vista de la especificidad de un sistema constitucional preciso voy. K. Castilla, «El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco», *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

30 Es revelador constatar que esta opinión dividida ya estaba reproducida literalmente como un verdadero artículo de doctrina en varias revistas, *ad exemplum*, el *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2011, n°131, pp. 917-967. Conviene señalar que el profesor Ferrer Mac-Greggor es un constitucionalista mexicano de renombre, dirige la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que publica, desde hace ya varios años, análisis constitucionales sobre la temática de control de convencionalidad. Sus trabajos personales demuestran, por otra parte, que ya se abordaba sobre el tema, *ad exemplum*, E. Ferrer Mac Greggor, «El control difuso de convencionalidad en

establecer una distinción entre el denominado control « concentrado » de convencionalidad – que se encuentra en manos de la Corte Interamericana, interprete natural de la Convención americana – y aquel que él denomina el control « difuso » que, por su parte, se encuentra en manos de todos los jueces nacionales que deben actuar como « jueces convencionales de derecho común » desde el momento en que ellos deben resolver asuntos en los cuales el derecho internacional es aplicable. Consciente de las dificultades de aplicación de tal obligación respecto de la diversidad constitucional del continente y de la variedad de competencias de los jueces nacionales, él desarrolla las opciones posibles y las sintetiza en el párrafo 41 su opinión separada. Se trata de diferentes niveles de « intensidad » de este control. El primer grado de intensidad se caracteriza por la obligación de interpretación conforme al derecho nacional bajo la luz del conjunto del *corpus juris* interamericano tal como es interpretado por la Corte de San José. Acá, la idea es la de interpretar el derecho nacional tomando en consideración especialmente el principio *pro homine* el cual sabemos que es mencionado en el artículo 29 de la Convención. Si tal operación interpretativa no es posible, entonces el control de convencionalidad presenta una intensidad más imponente que será aplicada en función de las posibilidades ofrecidas a los jueces en cada sistema. Dos opciones son consideradas: la primera consiste en dejar inaplicada la norma nacional contraria en el caso en cuestión. La segunda, más radical, corresponde a declarar su invalidez en el orden jurídico, esta declaración de invalidez tendría un efecto *erga omnes*. Tal demostración de los contornos del oficio del juez nacional respecto del derecho convencional americano no tiene su equivalente, como tal, en el sistema de la Convención europea³¹. En ningún momento, la Corte de Estrasburgo ha elaborado de manera tan estructurada una teoría de este tipo que tiene por consecuencia enmarcar de manera explícita las competencias

el Estado constitucional», H. Fix-Zamudio, D. Valades (Coord.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México DF, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

31 Para una excelente síntesis del tema, remitimos a J-L. Jimena Quesada, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad», *Hacia la formación de un derecho constitucional europeo*, (Congreso de la Asociación española de derecho constitucional), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 285-317. Igualmente, para un acercamiento al «interior» de la Corte, ver el artículo del juez polones de la Corte europea, L. Garlichki, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 271-280.

de las jurisdicciones nacionales³². En cambio, es sintomático constatar que tal limitación procesal ha venido del juez de la Unión- *i.e.* de la Corte de Luxemburgo – en el marco de un proceso que, aunque haya deseado dejar un margen de maniobra a las autoridades nacionales (sobre la base del famoso principio de la autonomía institucional y procesal)³³ – y en el cual ciertos autores han podido ver una manifestación clásica del nuevo concepto « a la moda », aquel de la « identidad constitucional » para no nombrarlo³⁴ –ha participado a consolidar la influencia procesal de la CJUE sobre el oficio de los jueces nacionales especialmente para que los principios de primacía y de efecto directo sean en mayor medida respetados.

¿Qué tipo de conclusiones (provisionales) podemos hacer en este tema de la función contenciosa de la Corte interamericana al equipararla con los sistemas de justicia constitucional ? La primera es la omnipresencia y la importancia del *principio de interpretación conforme*. Este principio constituye la práctica constitucional más relevante: cuando es posible, los jueces constitucionales no declaran de manera severa la inconstitucionalidad, más bien formulan una “interpretación correcta” de la ley que tendrá que ser seguida por los jueces ordinarios. La misma aplicación prevalece en el ordenamiento convencional interamericano : se exige de los jueces nacionales una interpretación de la ley interna que sea conforme a la Convención.

La segunda se refiere a la transformación de un *límite* en una *obligación positiva*. En efecto, la Corte IDH transforma su imposibilidad de obtener la inaplicación de una norma nacional inconventional o la declaración de invalidez de ésta, en una obligación convencional puesta, firmemente, a cargo de los jueces nacionales. En consecuencia, podemos afirmar que, en alguna medida, los

32 Lo que si se nota en la jurisprudencia reciente del TEDH es la voluntad de inscribir, en su jurisprudencia, la importancia de ir mas allá del contenido del artículo 46 del Convenio europeo (efecto declaratorio de sus sentencias y efecto *inter partes*). El caso *Fabris c/ Francia* es sintomático en la materia (TEDH, Gran Sala, 7 de febrero de 2013, *Fabris c/ Francia*). Sobre la cuestión en general de la competencia del TEDH para vigilar la correcta ejecución de sus sentencias, G. Malinverni, «La compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts», *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant/The European Convention on Human Rights a living instrument, Mélanges en l'honneur de/Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, Bruylant, 2011, pp.361-375.

33 CJCE, 7 de julio de 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, 158/80, Rec. 1981 p. 1805.

34 Véase *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), París, Pedone, 2011.

efectos de una declaración de inconvencionalidad son, aunque indirectamente, asimilables a los efectos de una decisión de inconstitucionalidad.

II. El control del reparto de las competencias

En este aspecto la doctrina suele decir que las Cortes constitucionales aseguran un papel de árbitro de los poderes transformándose en «garante» de los equilibrios democráticos al interior de los Estados Partes. Este rol de árbitro, la Corte interamericana lo asegura tanto en el reparto orgánico transformándose el protector del Estado de derecho (A) como en el llamado reparto territorial aunque aquí, dada la especificidad del contencioso interamericano, la Corte mantiene el “pluralismo jurídico” propio de ciertos Estados que han consagrado un lugar fuera de lo común al “hecho indígena” (B).

A. El reparto orgánico

Asegurar la separación de los poderes supone la promoción del Estado de derecho. La promoción del Estado de derecho por parte de la Corte así como por la Comisión interamericana es indiscutible³⁵. Los dos órganos han utilizado para ello la Carta democrática interamericana adoptada el 11 de septiembre de 2001 y, en particular, el artículo 4.2, dada su importancia en la materia: “*La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia*”. Construir un verdadero Estado democrático de derecho exige el respeto del principio de separación de los poderes y, en este aspecto, la jurisprudencia interamericana es ejemplar. Sabemos que la acumulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos constituye la definición de la tiranía (Madison, *Le Fédéraliste*, n°84).

Es muy interesante, en este contexto, constatar que a pesar de la ausencia del principio de la separación de los poderes, tanto en la Declaración como en la Convención americana, tal principio fue afirmado de manera tajante por la

35 Ver al respecto la tesis de A. Úbeda de Torres, *Las relaciones entre democracia y derechos humanos en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007, 749p.

Corte IDH que le ha dado una fuerza vinculante clave, capaz de concederle la jurisdicción para controlar los actos del poder ejecutivo y por ende de mantener el equilibrio entre los tres poderes.

Se puede afirmar que los principios elementales de tal jurisprudencia empezaron a estructurarse con fuerza en la famosísima sentencia *Tribunal Constitucional c. Perú* del 31 de enero de 2001, a través de la cual la Corte interamericana ha dado un alcance excepcional al artículo 8 de la Convención, sometiendo a todas las instancias estatales a un control estricto y afirmando, por ende, un escrutinio muy riguroso acerca de los sistemas judiciales nacionales. Así, tanto en unos cuantos casos venezolanos (independencia del poder judicial)³⁶, mejicanos (problemática de la jurisdicción militar)³⁷ o aún Brasileño (papel del Supremo Tribunal Federal en la puesta en marcha del control de convencionalidad)³⁸, se constató la fuerza del control convencional acerca del poder judicial de los Estados, lo que es, al fin al cabo, una manera de hacer viva y efectiva el estado de derecho.

B. El reparto territorial

Asegurar las peculiaridades constitucionales que otorgan a las comunidades indígenas una autonomía política, es la manera que la Corte interamericana ha adoptado para consagrar “el pluralismo jurídico” en sociedades multiculturales³⁹. Así, se podría equiparar el multiculturalismo al federalismo y, por ende, a la función de reparto territorial que tienen muchas Cortes constitucionales de Estados federales, regionales o – usando de una expresión doctrinal, de todo

36 *Ad. Ex.* Corte IDH, 1er de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C No. 227.

37 *Ad ex.*, Corte IDH, 30 août 2010, Excepciones preliminares, Fondo y reparaciones, *Fernández Ortega y otros c. Mexico* Serie C No. 215, §234; CIDH, 31 de agosto de 2010, Exceptions préliminaires, fond et réparations, *Rosendo Cantú et autres c. Mexique*, Serie C No. 216, §219 ; CIDH, 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo y reparaciones, *Cabrera García y Montiel Flores c. Mexico* §225.

38 Corte IDH, 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo y reparaciones, *Gomes Lund y otros (« Guerrilha do Araguaia ») c. Brazil*, Série C n°219.

39 Para un debate reciente a cerca de la multiculturalismo en las sociedades latino-americanas, ver, «Pluralismo jurídico y derechos humanos», Alexei Julio-Estrada, José Antonio Rivera, Neus Torbisco, Aresio Valiente, Raquel Z. Irigoyen, *Anuario de derechos humanos*, n°9, 2013, pp. 62-85. También, M. Berraondo (dir.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Bilbao, 2006.

tipo de Estado «compuesto», ya que los equilibrios que se tienen que encontrar funcionan con los mismos principios : asegurar la diversidad sin olvidar la coherencia y la unidad.

1. El hecho diferencial indígena “constitucionalizado”

El particularismo indígena ha terminado por ser «constitucionalizado» a pesar de que la tradición constitucional en el Hemisferio Sur ha sido más bien Estado-céntrica y ha girado en torno al principio – por largo tiempo erigido en dogma- – de la «unidad nacional», hermética a todo tipo de diferenciación. Numerosas reformas constitucionales iniciadas en lo corrido de los años 1980 y más allá, empezaron a tomar en consideración la especificidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas existentes sobre los territorios de los Estados concernidos, al mismo tiempo que algunas de ellas llegaban incluso a reconocerles derechos específicos⁴⁰.

La Constitución política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es emblemática en la materia: además de reconocer los derechos « originarios » de los pueblos indígenas sobre sus tierras (artículo 119), ella crea una «jurisdicción especial indígena» como modo alternativo de justicia (artículo 260)⁴¹. Otros ejemplos interesantes, en este sentido pueden encontrarse en la Constitución política de la República de Colombia de 1991, que otorgó a los miembros de los pueblos indígenas una circunscripción especial en lo legislativo conforme a sus modos de participación tradicional (artículo 171), estableció una jurisdicción especial indígena a cargo de las autoridades tradicionales y conforme a la justicia consuetudinaria indígena (artículo 246), reconoció los territorios indígenas como entidades territoriales autónomas (artículo 286, 329), institucionalizó el gobierno indígena sobre sus territorios conforme a su propio derecho (artículo 330) y reconoció los derechos especiales de otros pueblos tribales como las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia (artículo

40 D. A. Iturralde, «Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América latina : logros, límites y perspectivas», *Revista IIDH*, n° 41, 2005, pp. 17-47

41 R. Colmeras Olivár, «El derecho consuetudinario indígena en Venezuela : balance y perspectivas», *Revista IIDH*, n°41, pp. 83-118.

310) y las comunidades negras tradicionales (artículo 55 transitorio)⁴². En el mismo sentido en Ecuador, por mandato del artículo 171 de la Constitución de 2008, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, en un marco de garantía de participación y decisión de las mujeres y siempre que sus normas o procedimientos no sean contrarios a la Constitución.

El «pluralismo jurídico» – que para la doctrina latinoamericana hace referencia a la coexistencia de varios sistemas normativos en el marco de un mismo campo social – se tomó el campo constitucional latinoamericano. Dicho esto, conviene sin embargo mencionar que todos los países latinoamericanos que tienen en su territorio comunidades indígenas no han constitucionalizado el «hecho indígena» y, aquellos que lo han hecho, están lejos de ser ejemplares en el respecto de sus propias reglas. En este contexto, la protección de los *pueblos indígenas* ha sido un caballo de batalla de la Corte interamericana y, de forma más amplia de la OEA, que creó en 1997 una Relatoría para su protección en el seno de la Comisión interamericana⁴³.

2. La jurisprudencia «indigenista» de la Corte

De hecho, la Corte Interamericana ha debido pronunciarse en casos que conciernen no solo los límites territoriales de las tierras indígenas⁴⁴, sino también sobre el reconocimiento en sí de sus títulos de propiedad, dando lugar a políticas de desplazamiento forzado⁴⁵ o incluso de persecución y ma-

42 Agradezco Rosmerlin Estupiñán Silva por haberme sensibilizado al «hecho indígena» en el sistema constitucional colombiano.

43 El reconocimiento de su riqueza cultural y lingüística, la concienciación progresiva en cuanto a la necesidad de la protección de sus necesidades básicas propias, el derecho de acceso a las reparaciones son, entre otros, los elementos que han ido despertando poco a poco de su letargo jurídico, pero que están aún lejos de conllevar un respeto generalizado.

44 E. Salmón, *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*, GTZ, Lima, 2010.

45 Corte IDH, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo y reparaciones), Comunidad *Yakye Axa c. Paraguay*, Serie C, nº 125.

sacre de las comunidades indígenas en el marco de una política genocida⁴⁶. En el asunto de la *Comunidad Mayagna Awas Tigni*⁴⁷, la Corte interamericana hizo historia, trayendo por primera vez a la luz del universo de la jurisprudencia internacional un tema engorroso, si bien quizás la situación planteada ante la Corte reviste un menor carácter trágico que otras. No nos llamemos a equívocos. Nicaragua, uno de los Estados de Centroamérica con mayor diversidad de comunidades indígenas, posee una Constitución en la que los pueblos indígenas no sólo son reconocidos por el Estado, sino que además, en su artículo 5, establece que estos “gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución”. A pesar de ello, las autoridades nacionales otorgaron una concesión a una compañía forestal en las tierras ancestrales de la comunidad *Mayagna*, compuesta por, aproximadamente, 130 personas.

Los atentados contra los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras han protagonizado uno de los elementos más audaces de la protección puesta en práctica en el sistema interamericano. La Corte, pionera, ha sido acompañada por los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, que ha protegido también el “derecho a las tierras ancestrales” de los pueblos indígenas gracias a la combinación de los artículos 1. 2 (principio de libre determinación de los pueblos) y 27 (derecho de las minorías) del citado Pacto⁴⁸. Descartando que el derecho de propiedad se corresponda únicamente con las concepciones más tradicionales de la noción, la Corte toma en cuenta su “significado colectivo” para interpretar los derechos de uso y

46 Corte IDH, sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo), *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, Serie C, nº 105; Corte IDH, sentencia de 15 de junio de 2005 (Fondo y reparaciones), *Comunidad Moiwana c. Surinam*, Serie C, nº 124.

47 Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo y reparaciones), *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, Serie C, nº 79.

48 Sobre todo en lo que concierne a los derechos en Chile de los Mapuches, Huilliches, Rapas, Aymaras y Atacameños (Comité DH, 15 de marzo de 2007, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5/CRP1).

disfrute de los bienes de la forma más acorde con la especificidad cultural de cada pueblo⁴⁹. La relación entre los indígenas y sus tierras se inscribe en una dimensión *inter-temporal*⁵⁰, ya que su título proviene de un pasado muy lejano y está destinado a las generaciones futuras.

En este contexto – en el cual la Corte ha tomado las riendas para supervisar la buena puesta en marcha de numerosas disposiciones constitucionales en materia de «pluralismo jurídico» – era natural que se pronuncie al fin y al cabo a cerca de los derechos políticos (artículo 23) de las comunidades indígenas, más peculiarmente el derecho a la participación política en procesos de elección de autoridades. Así el Tribunal ha señalado que los miembros de pueblos indígenas y tribales deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización que no les es propia. Ello supone que puedan participar “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”⁵¹. Por otro lado, la Corte ha declarado la responsabilidad del Estado por violación a los derechos políticos al verificar que una comunidad indígena quedó privada de la representación de uno de sus líderes⁵², impidiendo así el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de éste en las estructuras del Estado, donde “la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”⁵³.

49 Corte IDH, sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo y reparaciones), *Comunidad indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, Serie C, n°146, párrafo 120.

50 Según la expresión utilizada por los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en Corte IDH, *Mayagna Tingni c. Nicaragua*, Serie C, n° 79, voto concordante, párrafos 8 y 9.

51 Corte IDH, 23 de junio de 2005, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Yatama c. Nicaragua*, §§ 194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

52 Corte IDH, 25 de mayo de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, § 108.

53 *Ibid.*, § 113

III. El control de la protección efectiva de los derechos fundamentales

Quizás, el elemento más pertinente en la materia para considerar que la Corte interamericana actúa como una Corte constitucional es que su tarea principal, cuando no exclusiva, consiste en interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la Convención americana y los demás tratados bajo su competencia. Se trata de un “*bloque de convencionalidad*” que se tiene que interpretar de modo similar al famoso “bloque de constitucionalidad” que muchos ordenamientos constitucionales conocen, aunque con diferencias históricas y, por ende, de contenido y manejo. Los estudios que se pueden encontrar en la literatura científica y que han comparando el TEDH a una Corte constitucional insisten todos, sin excepción, sobre este aspecto, el más obvio. Los catálogos de derechos son relativamente similares y la función en este contexto de las Cortes es equivalente : salvaguardar los derechos de los seres humanos.

Sin embargo, debemos advertir inmediatamente que hay un *elemento técnico* que no se puede evacuar y que otorga a esta afirmación una dimensión ligeramente atenuada. Hoy en día, sabemos todos que la jurisdicción de la Corte IDH sigue siendo facultativa y que no es obligatoria, a tal punto que dos Estados (Trinidad y Tobago en 1998 y Venezuela en 2012) han denunciado la competencia de la Corte IDH como consecuencia de la denuncia de la Convención americana. El hecho de que la jurisdicción de la Corte interamericana no sea (todavía) obligatoria es un elemento negativo que demuestra las dificultades de una comparación «técnica» – cada uno de los elementos procesales estando analizados uno después de otro⁵⁴...

Con esta salvedad, si tomamos en consideración lo que está haciendo la Corte interamericana con los Estados Partes, es evidente que su tarea en materia de interpretación de los Derechos protegidos en el “bloque de convencionalidad” es ni más ni menos, una función constitucional y que pone en marcha merced a *técnicas interpretativas equivalentes*. En ese sentido, pondré en evidencia dos elementos : el recurso una técnicas de interpretación «abiertas» de les derechos protegidos (A) y el uso del principio de proporcionalidad (B).

54 No podemos ignorar este elemento. En efecto, un elemento clave puesto en evidencia por Alec Stone Sweet para la equiparación del TEDH con una Corte constitucional es justamente la jurisdicción obligatoria de la Corte.

A. El recurso a la «interpretación abierta»

Tanto la Corte interamericana como muchas Cortes constitucionales – esencialmente latino-americanas – están «abiertas» al derecho «ajeno», o más peculiarmente al derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) para interpretar su texto de referencia (la Convención americana para la primera y sus Constituciones para las segundas). Las últimas lo son merced a una multiplicidad de “cláusulas de interpretación” que les permiten referirse al DIDH como instrumentos de interpretación de los textos constitucionales cuando éstos otorgan una protección menos favorable que los instrumentos internacionales (1). En cuanto a la Corte interamericana, sabemos que el artículo 29 b) – al postular la importancia del principio *pro homine*⁵⁵ – induce el recurso a múltiples fuentes ajenas para interpretar la Convención americana que considera como un «instrumento vivo»⁵⁶ (2). El resultado de este proceso interpretativo es semejante : tanto la Convención como las Constituciones nacionales se quedan «in», jamás fuera de la realidad socio-políticas de las sociedades contemporáneas.

1. La «interpretación abierta» constitucional

Si algunas constituciones europeas toman en cuenta, *expressis verbis*, el derecho internacional de los derechos humanos como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales – basta con mencionar las importantes “cláusulas de interpretación” española (10§2 de la Constitución

55 M. Pinto., « El principio *pro homine*. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos », *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171. Mónica Pinto lo define de esta manera : « El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. »

56 Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, Fond, *Villagrán Morales y otros c. Guatemala*, Série C n°63, §193 ; CIDH, 8 juillet 2004, *Hermanos Paquiyaui c. Peru*, Série C, n°110, §165.

de 1978)⁵⁷, rumana (artículo 20§1 de la Constitución de 1991)⁵⁸ y portuguesa (artículo 16§2 de la Constitución de 1976)⁵⁹; así como la sección 2 (1) y 3 del *Human Rights Act*⁶⁰. No se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas⁶¹, con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia

57 El artículo 10§2 se lee así: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

58 El artículo 20§1 que se titula “Les traités internationaux portant sur les droits de l’homme” dice: «Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l’homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie.»

59 El artículo 16 que se titula “la détermination des droits fondamentaux et sa signification” expresa: «1. Les droits fondamentaux consacrés dans la Constitution n’excluent pas les autres droits résultant des lois et des règles applicables du droit international. 2. Les normes constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux sont interprétées et appliquées en harmonie avec la Déclaration universelle des droits de l’homme.»

60 Sobre el *Human Rights Act* y el sistema británico de protección de las libertades, reenvía aquí a la remarkable tesis de Aurelie Duffy que llena una laguna de la doctrina francesa todavía muy alejada del análisis de los sistemas de *common law*, v. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, Prefacio de G. Scoffoni et ‘Avant-propos’ de J. Jowell, París, LGDJ, La Fondation Varenne, 2007. El HRA no otorga (ciertos juristas continentales podrían incluso agregar “todavía no”), la posibilidad a las Cortes británicas, incluso a la *House of Lords*, el poder de invalidar leyes. Este elemento constituye todavía, y sin duda por largo tiempo, una diferencia radical entre el sistema constitucional británico – que entiende aún acoger la soberanía parlamentaria – y los sistemas constitucionales continentales. Sin embargo, los procedimientos instituidos por esta importante legislación, erigida al rango de “ley constitucional” en el importante caso *Thoburn (High Court Thoburn v. Sutherland City Council [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247)*, se acercan en ciertos aspectos a los sistemas constitucionales de interpretación de los derechos fundamentales español, portugués o incluso rumano aplicando una obligación de interpretación, semejante a una «toma en cuenta» privilegiada. Si las cláusulas británicas de interpretación conforme (sección 3) y de «toma en consideración» del corpus convencional (sección 2(1)) – no mencionan los tratados internacionales de derechos humanos en su conjunto – ya que están centradas en la sola convención europea y sus protocolos, mientras que los otros países (España, Rumania, Portugal) han llegado incluso a mencionar textos de *soft law*, no es menos cierto que la lógica de la obligación es la misma. El juez debe hacer todo lo posible por interpretar el catálogo constitucional de derechos de acuerdo con el catálogo convencional *de la misma manera como es interpretado* por el juez de Estrasburgo.

61 Es incluso lo contrario si juzgamos por las reformas recientes en los Países Bajos, en Luxemburgo y *last but not least*, en Francia en el marco de la implementación de la QPC. La intención de los constituyentes de estos tres países está grosso modo presidida por la misma obsesión: reubicar la Constitución (y por lo tanto los derechos constitucionales) al centro de la vida política y jurisdiccional. Estos procesos, a la hora de la internacionalización del derecho, son sorprendentes y marcan una desconfianza clara respecto de los derechos fundamentales tales como son reconocidos

Herzegovina⁶². Se sabe que en dicho Estado “la internacionalización ha parecido constituir el instrumento más eficaz para restablecer la paz y reconstruir el Estado”⁶³. En este contexto, “el artículo II.2 de la Constitución hace la Convención directamente aplicable, incluso antes que la ratificación de la Convención europea de derechos humanos por Bosnia-Herzegovina (.../...). La Constitución Bosniaherzegovina concibe esta aplicabilidad directa precisando que la Convención y sus Protocolos “priman sobre toda otra ley” (*priority over all other law*)”⁶⁴. Lo que constituye una excepción para el continente europeo⁶⁵ simplemente es la regla en América Latina. Así, cuando se menciona el fenómeno de la internacionalización de las constituciones nacionales, se hace referencia por regla general al lugar que toma el derecho internacional de los derechos humanos en su seno y no esencialmente, como en Europa, a la comprensión del fenómeno integrador. Este proceso en América Latina es extendido y se explica muy fácilmente. Una vez recuperada la democracia a principios de los años ochenta, era imperativo dar vuelta la página de los regímenes autoritarios de los años 60/70 que habían ubicado el continente a la cabeza de la ingeniería de lo macabro (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terrorismo de Estado transfronterizo encarnado por el funesto “Plan Cóndor” etc...). En tal contexto, el derecho internacional de

por los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, v. W. Thomassen «La Constitution néerlandaise et les droits de l'homme», *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 627-634.

- 62 C. Grewe, «Le contrôle de constitutionnalité des lois en Bosnie-Herzégovine», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27, 2009, p. 33: «On sait que «sa Constitution forme l'annexe 4 des Accords de Dayton, signés à Paris le 14 décembre 1995, pour mettre un terme à la guerre en ex-Yougoslavie. Ce texte très court, assorti cependant de onze annexes, se présente à la fois comme un armistice, un traité de paix ainsi qu'un règlement durable tant des institutions internes que des relations internationales».
- 63 C. Grewe, *op.cit.*, p. 35 : « D'où la présence de juges internationaux dans une Cour constitutionnelle, la création d'une Chambre des droits de l'homme, la surveillance des institutions par le Haut Représentant et les références multiples, dans les Accords de Dayton ainsi que dans l'annexe 4, aux instruments internationaux, surtout ceux en matière de droits de l'homme».
- 64 *Ibid.*, p. 35.
- 65 Podríamos matizar esta aseveración tratándose de ciertas constituciones de las nuevas democracias al Este del continente. Sin embargo, si algunas son bastante abiertas a la “cosa internacional” (*ad exemplum* los artículos 9 y 87 de la Constitución polaca de 1997), otras, a la inversa, han magnificado la soberanía largo tiempo reprimida. Las Constituciones de los países bálticos son significativas a este respecto.

los derechos humanos surgió como la encarnación jurídica de los valores democráticos basados sobre el respeto irreductible de la dignidad de la persona humana. Así, adoptar las constituciones modernas consistió – además de establecer jurisdicciones constitucionales y/o supremas a cargo de la protección de los derechos fundamentales⁶⁶ – en situar el derecho internacional de los derechos humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas⁶⁷, pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar, bajo ciertas circunstancias, sobre el derecho interno, incluso el derecho constitucional (mediante cláusulas llamadas de “prevalencia”)⁶⁸ y, por supuesto, en erigirlo referente interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales mediante “cláusulas de interpretación” como por ejemplo en Colombia⁶⁹, en Perú⁷⁰, de Haití⁷¹ o incluso, más recientemente, en la República dominicana⁷² y en

66 Recordemos que América latina fue vanguardista ya que el recurso de *amparo* fue inventado en el siglo 19 en México. Sin duda, hoy en día, hay sobre el continente cortes constitucionales líderes, una de ellas es la Corte constitucional de Colombia conocida por su ingeniería jurídica y la calidad de sus decisiones.

67 En Argentina, mientras que los tratados internacionales “clásicos” tienen un simple valor supra legal e infra constitucional, se le atribuye *expressis verbis* un valor constitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos (artículo 75 §22 de la Constitución de 1994).

68 Las cláusulas de «prevalencia» (*primacy clause*) establecen que los tratados internacionales ratificados por los Estados forman parte del orden jurídico interno y que en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, estos últimos priman. La expresión y la definición es de M. E. Gongora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011, p. 91.

69 El artículo 93 de la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991 dice: «Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.»

70 La 4ª disposición transitoria de la Constitución peruana del 29 de diciembre de 1993 agrega la Declaración Universal: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.»

71 Es sólo la Declaración Universal que hace referencia el artículo 19 de la Constitución haitiana del 10 de marzo de 1987: «L'État a l'impérieuse obligation de garantir le Droit à la Vie, à la Santé, au Respect de la Personne Humaine, à tous les Citoyens sans distinction, conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.»

72 El artículo 74§4 de la nueva Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010 se lee así: «Los poderes públicos interpretan y aplican las normas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.»

México⁷³. Si ciertos ordenamientos jurídicos han optado por estas soluciones de manera alternativa, otros en cambio las han acumulado. Por ello, allí donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supra-constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante. Es el caso hoy en día de Bolivia y Ecuador⁷⁴.

Esta “especificidad” totalmente ejemplar del derecho internacional de los derechos humanos es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano⁷⁵, sólo algunos países permanecen en el margen de este

73 Luego de la reforma constitucional de junio de 2011, el nuevo tenor del artículo primero se lee así: *«En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.»*

Las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.»

74 Se destacará aquí el caso de la reciente Constitución bolivariana del 25 de enero de 2009 que reconoce un valor supra constitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos – que han sido firmados, ratificados por Bolivia o a los cuales el Estado ha adherido – y que acuerdan una protección más favorable que las normas internas particularmente constitucionales (artículo 256.I). Igualmente, la Constitución prevé también una “cláusula de interpretación” de los derechos constitucionales a la luz de los derechos reconocidos por los tratados internacionales cuando ellos “prevén normas más favorables” (artículo 256.II). Los textos originales son reproducidos a continuación ; artículo 256.I : *«Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos mas favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre ésta.»*. Artículo 256.II: *«Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas mas favorables.»* Igualmente, el caso ecuatoriano es interesante ya que la Constitución del 20 de octubre de 2008 concede a los tratados internacionales de protección de los derechos un valor supra-constitucional (artículo 424, 2a frase) y prevé una «cláusula de apertura » (artículo 417), *«Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a los establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.»*

75 A. Brewer-Carias, *Judicial Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, Cambridge University Press.

vasto movimiento, como es el caso de la más grande potencia económica y política del continente – por no decir del nuevo mundo emergente – Brasil, celoso de su poder soberano⁷⁶.

La Corte interamericana, desde los principios de su actividad, ha desarrollado el mismo tipo de interpretación abierta merced al famosísimo artículo 29 b) de la Convención americana.

2. La «interpretación abierta» convencional⁷⁷

La Corte interamericana ubica sistemáticamente la convención no solamente en el “corpus juris” interamericano sino igualmente en lo que llama “corpus iuris internacional”⁷⁸. En otras palabras, allí donde la Corte europea habla de

76 Brasil es celoso de su soberanía política, jurídica y económica. Eso repercute a nivel de la Constitución y de la interpretación de la misma por parte de la Corte Suprema; de tendencia muy conservadora. Para un trabajo remarcable sobre esta importante jurisdicción constitucional, reenviamos a la tesis de Thomas Passos Martins, *La Cour Suprême du Brésil et l'Etat démocratique de droit*, Universidad de Montpellier, 2012, p. 544. (Director de tesis, Dominique Rousseau).

77 Desarrollo los rasgos claves de este método utilizado por la Corte IDH en un artículo en vía de prensa y mucho más detallado, «Los métodos de interpretación de la Corte IDH : contexto, técnicas y consecuencias».

78 Este fenómeno concierne hoy en día todos los tipos de jurisdicciones que «usan» fuentes ajenas para rendir justicia «*en connaissance de cause*». En el ámbito interno, las Cortes supremas – que pueden ser al mismo tiempo Cortes constitucionales – conocen esta temática a través el fenómeno del «diálogo de los jueces». Sobre este muy importante tema, ver el muy completo análisis de J. García Roca, «El diálogo entre el Tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y realidad constitucional*, n°30, 2012, pp. 183-224. En la misma línea de estudio, ver R. Bustos Gisbert, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n°95, mayo-agosto 2012, pp.13-63 ; L. Burgorgue-Larsen, «Hacia la formación de un derecho constitucional europeo mediante el dialogo de los jueces», La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial », *Derecho constitucional europeo* (Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010), J.I. Ugartemendia Ezeizabarrena, G. Jáuregui Bereciartu (coord.), Madrid Dykinson, 2011, pp.41-76). Para tener una visión del tema de los países de common law, ver S. Sanders « Judicial dialogue in Common law countries », *Renouveau du droit constitutionnel. Hommage à Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 413-428. Para una visión «continental», D. Maus «Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des Cours constitutionnelles», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, n° 80, pp. 675-696). Ciertos autores critican este uso de un concepto que consideran «flojo» y que en realidad no es mas, para ellos, que la conceptualización contemporánea de un sencillo uso del derecho comparado, en este sentido ver G. Vergottini, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 310 p.

“consensus europeo” o – en algunas ocasiones – de “consensus internacional,” la Corte Interamericana prefiere expresiones de «*corpus juris*», bien sea latino-americana o internacional”⁷⁹.

A pesar de que la terminología difiere, la técnica es idéntica: esta interpretación «diáfana» de la Convención americana se encuentra conforme con la aproximación “cosmopolita” dada por la Corte Europea de derechos humanos⁸⁰. La Corte de San José utiliza al tiempo el derecho internacional exigible⁸¹ como el *soft law*⁸²; la jurisprudencia internacional (universal, penal⁸³, regional)

En este panorama – dónde todo tipo de jurisdicciones «dialogan» – hay que mencionar dos sumamente famosas excepciones: la del Tribunal internacional de justicia (TIJ) – que no cita a la jurisprudencia que no es suya, ver el artículo de M. Forteau quien legitima tal actitud, «La Cour internationale de justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné», *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, E. Dubout, S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2010, pp. 39-64 – y la de la Corte Suprema de Estados Unidos; para una presentación en castellano del debate en los Estados Unidos, ver S. Legarre, C. Orrego, «Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos», *Revista española de Derecho constitucional*, enero-abril 2010, pp. 11-37.

- 79 Esto no quiere decir que la expresión de «consensus» sea totalmente inexistente (ver por ejemplo, CIDH, 19 septiembre 2009, Fondo y reparaciones *Claude Reyes c. Chile*, §78), pero su uso es extraño.
- 80 Véase sobre este punto a L. Burgorgue-Larsen, «Interpreting the European Convention: What can the African Human Rights System learn from the case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?», *Int. Am. & Eur. Hum. Rts. J. / Rev. Int. Am. & Eur. D.H.*, Vol.5, 2012, pp.90-123.
- 81 Los tratados internacionales citados son frecuentemente tratados en vigor (*ad ex.* Convention OIT n°169, los Pactos internacionales de 1966, la Convención de Nueva York sobre los niños de 1989 etc...); esta situación no le impide a la Corte su utilización, incluso cuando el Estado defensor no los ha ratificado. En todo caso, los últimos fallos demuestran que la Corte se ha empeñado en demostrar la ratificación por el Estado defensor de los tratados internacionales utilizados.
- 82 En el caso *Humberto Sanchez*, la Corte utiliza el protocolo de Minnesota » (Doc. NUE/ST/CSDHA/12, 1991) con el fin de determinar el alcance de la obligación estatal de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva en materia de ejecuciones extra-judiciales (Corte IDH, 7 junio 2003, Fondo, *Humberto Sánchez c. Honduras*, Série C n°99, §127. En el mismo sentido, se pronuncia sobre la obligación estatal en cuanto a los enfermos mentales. Por ello, utiliza una resolución de la Asamblea general de Naciones Unidas proclamando los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental (Doc NU A/46/49 [1991], Corte IDH, 4 julio 2006, Fondo y reparaciones, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Série C n°149, §128.
- 83 La jurisprudencia del TPIY a cerca de la prohibición de la tortura como norma de *jus cogens* (TPIY, 10 de diciembre de 1998, *Procureur c. Furundzija*) ha sido utilizada por la Corte IDH a partir del caso *Maritzia Urrutia* (Cour IDH, 27 de noviembre de 2003, Fondo y Reparaciones, *Maritzia Urrutia c. Guatemala*, Serie C n° 103, §92), confirmado varias veces y mezclado con otras referencias internacionales, tal como la propia jurisprudencia del TEDH en la materia (Cour EDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*), en los asuntos *Caesar* (Cour IDH, 11 de marzo de 2005, Fondo

como la jurisprudencia de las jurisdicciones internas (emanadas del continente americano⁸⁴ o de fuera del mismo) ; la doctrina de los comités convencionales (interamericano como universales)⁸⁵ ; las reglas de buena conducta en los campos particulares (como por ejemplo en materia de medicina legal). Es cierto que estamos lejos de los límites fijados por el artículo 31§3 de la Convención sobre el derecho de los tratados que se refiere a todo “acuerdo” o “práctica” ulterior o a toda “regla pertinente acordada entre las partes”⁸⁶...

y reparaciones, *Caesar c. Trinidad y Tobago*, Serie C n°123, §70), *Bueno Alves* (Cour IDH, 11 mai 2007, Fondo y reparación, *Bueno Alves c. Argentina*, Série C n°164, §§76-77), *Bayarri* (Cour IDH, 30 de octubre de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Bayarri c. Argentina*, Serie C n°187, §81, nota 70)

- 84 Es necesario subrayar que desde hace algunos años la puesta en funcionamiento de una verdadera «teoría del control de convencionalidad», véase *infra* – ha permitido a la Corte valorar especialmente el derecho constitucional de los Estados partes de la OEA y más específicamente la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales. Estas referencias recurrentes a decisiones nacionales- *que son todo el tiempo combinadas con referencias a los tratados internacionales* – tienen a mi juicio, dos tipos de objetivos, además de ser una manera de legitimar la aproximación. El primero consiste en valorizar la existencia de un patrimonio común latinoamericano, mientras que, el segundo, consiste en desarrollar un diálogo fructífero con los jueces nacionales.
- 85 CIDH, 24 de febrero de 2012, Fondo y reparación, *Atala Riffo y las niñas c. Chili*, Serie C, n°239, §81.
- 86 En cuanto a una virulenta crítica de la superación de las reglas fijadas por la Convención de Viena, véase G. L. Neuman «Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol.19, 2008, pp.101-123 *contra* L. Lixinski, «Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights : Expansionism at the Service of the Unity of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, pp. 585-604. El mismo tipo de divisiones doctrinales existen en lo que refiere al uso de fuentes «externas» por el TEDH. Los autores críticos son, entre otros y en la literatura francófona, J-F Flauss, «Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre 2008-février 2009)», *AJDA*, 2009, p. 872 ; P. Wachsmann, «Réflexions sur l’interprétation «globalisante» de la Convention européenne des droits de l’homme», *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 667-676. Para una crítica que va más allá del ámbito europeo, C. Rozenkrantz, «Against borrowings and nonauthoritative of foreign law», *IJ Const.L.*, vol.1, 2003, pp. 269-295 ; D. Law, W. Chang, «The limits of global judicial dialogue», *Washington Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 523-577. Entre los autores partidarios de tal apertura al derecho «externo», véase F. Tulkens, S. Van Drooghenbroek, «Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526 ; L. Burgorgue-Larsen, «Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 145-173 ; «La internacionalización del diálogo de los jueces», *El control difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, E. Ferrer Mac-Gregor (dir.), México, Funda, 2012, pp. 33-62 ; *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Mexico, Porrúa, 2013, 315 p. (Col. Instituto Mexicano de Derecho procesal constitucional).

Esta amplitud a múltiples referentes exteriores tienen como objetivo principal interpretar tanto el *contenido* como el *alcance* de los derechos garantizados por la Convención. La Corte lo afirmó claramente en tratándose del artículo 19 relativo a los derechos del niño : « Tanto la convención Americana como la Convención de los derecho del niño son parte de un amplio corpus iuris internacional para la protección de los niños que coadyuva a la Corte en el establecimiento del contenido y alcance del artículo 19 de la Convención Americana⁸⁷.» A pesar que un tel *dictum* no se encuentra sistemáticamente en la jurisprudencia, la interpretación dada por la Corte tiene los mismos efectos jurídicos.

Delimitar el contenido de un derecho pasa tanto por la definición de nociones indefinidas⁸⁸ como por el descubrimiento de una o varias dimensiones o categorías en el ámbito del derecho analizado. *Identificar el alcance de un derecho* es la otra faceta de la interpretación evolutiva que se caracteriza por tomar en consideración ciertos contextos específicos en el continente americano. La idea importante en este aspecto sobre la cual debe insistirse es la de la efectividad. La Corte trata de realizar lo que está a su alcance para que los derechos consagrados en el texto convencional tengan una realización concreta y efectiva en el contexto complejo y violento de la realidad latino-americana. En una palabra, el uso en demasía de la teoría del efecto útil. Así, el alcance del derecho a la propiedad (artículo 21), del derecho de circular (artículo 22) o del derecho a la vida (artículo 4) ha sido establecida en el contexto de los «conflicto armados internos» merced a la utilización, como instrumentos interpretativos, de los principios del derecho internacional humanitario⁸⁹. La especificidad latino-americana no está sistemáticamente en el origen de la determinación del alcance de un derecho. El derecho a la intimidad o vida privada (artículo 11, derecho a la intimidad) es significativo en ese sentido. Se asiste en el jurisprudencia de la Corte de San José a una ampliación consecencial del contenido del derecho y, por ende, el referente exterior utiliza ni más ni menos aquel emanado de la jurisprudencia de la Corte Europea que gracias a la dilución » del concepto

87 CIDH, 19 de noviembre de1999, Fondo, *Villagrán Morales y otros c. Guatemala (« asunto de los niños de la calle »)*, Série C n°63, §166.

88 Asi las de «niño» (artículo 19), de tortura (artículo 5), de propiedad (article 21), de discriminación (artículo 1§1).

89 L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, «War in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», *Human Rights Quaterly*, February 2011, vol.33, pp.148-174.

de vida privada, ha sido llevada a integrar numerosos elementos. El §143 de la sentencia emitida en el caso *Fertilization in Vitro*⁹⁰ es significativo en ese sentido: demuestra no solamente la extensión del alcance del derecho sino al mismo tiempo importa nociones como autonomía y desarrollo personal⁹¹.

B. El recurso al principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una de las estrellas conceptuales de la dogmática alemana. La jurisprudencia del importante Tribunal constitucional de Karlsruhe lo ha definitivamente atado a la protección de los derechos fundamentales para prohibir todo tipo de acción pública «excesiva»⁹². No existe un solo juez que no lo usa, inclusive en países en principio ajenos a la cultura de los «derechos fundamentales» como Francia⁹³. «En esencia,

90 Corte IDH, 28 de noviembre de 2012, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) c. Costa Rica*, Serie C n°257, §§163-264.

91 *Ibid.*, §143 : « El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad²²⁶. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior²²⁷. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona²²⁸. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás²²⁹, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres²³⁰. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.»

92 La literatura a cerca de este principio es muy extensa. Citaremos únicamente unas referencias bastante recientes. El artículo de R. Arnold, J-I. Martínez Estay, F. Zuñiga Urbina, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional», *Estudios constitucionales*, Año 10, n°1, 2012, pp.65-115 es muy interesante ya que presenta una visión bastante amplia del uso del principio por el Tribunal Constitucional alemán hasta las dos Cortes europeas (TJUE y TEDH), la Corte interamericana y por fin, el Tribunal Constitucional chileno.

93 El fenómeno de las migraciones de los conceptos y/o de los principios toma a veces vías originales. Para un estudio a cerca de la manera con la cual los principios alemanes (como él de la proporcionalidad) han sido importados en Francia mediante la jurisprudencia del Tribunal europeo de los derechos humanos *v. C. Grewe*, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit

(.../...) apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos⁹⁴.»

Este principio en la actualidad ha integrado todos los ordenamientos jurisdiccionales nacionales como internacionales. Las Cortes constitucionales bien sean europeas o latino-americanas lo usan – adaptándolo a las características de su entorno constitucional⁹⁵ – y, como se podía preverlo, la Corte interamericana lo maneja también. ¿ En efecto, si tanto la Corte de justicia de la Unión europea⁹⁶ como el Tribunal europeo de los derechos humanos⁹⁷ lo han integrado en su *ratio decidendi* para evaluar la necesidad de las acciones de los poderes públicos, por qué la Corte interamericana hubiera dejado al margen de este proceso ? La adecuación de los medios utilizados para perseguir un fin legítimo está siempre en el centro de su escrutinio y lo ha sido desde los primeros momentos de su actividad, o sea desde su función consultiva. Es la opinión consultiva n°5 (n°5/85)⁹⁸ que puso énfasis en este principio relacionándolo a la formula «necesaria en una sociedad democrática» – que, como le sabemos, es presente únicamente en tres artículos de la Convención en materia de derecho de reunión (artículo 15), de libertad de asociación (artículo 16) y derecho de circulación

français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RUDH, 2004, pp. 26-32. De manera más general, a cerca de la influencia sobre el sistema jurídico francés de los conceptos de «libertad públicas» y de «derecho fundamental», v. L. Burgorgue-Larsen, «Les concepts de liberté publique et droit fondamental», *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J-B. Auby (dir.), Paris, Dalloz, 2011, pp. 389-407.

- 94 R. Arnold, J-I. Martínez Estay, F. Zuñiga Urbina, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional», *op.cit.*, p. 68.
- 95 M. Carbonell (dir.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, 369 p. ; L. Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Facultad de derecho, UBA y Eudeba ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, Economica, 1990 ; G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996 ; A. Stone Sweet, J. Mathews, «Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, volume 47, p. 74-165.
- 96 Para una sentencia histórica, CJCE, 17 juillet 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* aff.11/70, *Recueil* p.1125.
- 97 V. Berger, «Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme», *Les Petites Affiches*, 2009, n°46, pp. 40-45 ; J. Christoffersen, *Fair balance : proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- 98 Corte IDH, 13 de noviembre de 1985, *La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención americana de derechos humanos)*. Opinión solicitada por el gobierno de Costa Rica.

y de residencia (artículo 22). Los párrafos 45 y 46 de la opinión consultiva son emblemáticos tanto del uso de la proporcionalidad como del uso del referente europeo para llegar a aquella utilización⁹⁹. La opinión consulta n°7 confirmó la necesaria importancia de la proporcionalidad en el sistema interamericano. A partir de aquel entonces, toda la jurisprudencia contenciosa de la Corte se impregnó de este principio, fundamental a la hora de examinar la necesidad de todo tipo de acción pública. El campo privilegiado de tal uso fue y sigue siendo el derecho a la libertad de expresión¹⁰⁰ – sobre todo cuando choca con otros derechos como el derecho al honor o a la vida privada y que la penalización de ciertas opiniones o informaciones está en juego¹⁰¹.

99 Aquí vienen estos dos párrafos importantes de la OC n°5 : «45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesari(o) en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa. 46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case*, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985*, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26).»

100 Remitimos a la muy buena tesis de F. Barbosa, *El margen de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 545 p. Ver igualmente, H. Nogueira Alcalá «El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos sobre libertad de expresión», *Estudios constitucionales*, Año n°9, n°1, 2011, pp. 119-156.

101 La sentencia *Kimel c/ Argentina* (Corte IDH, 2 de mayo de 2008, Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C n°151) es reveladora de estos tipos de confrontación puestas también en evidencia en las dos opiniones separadas de los jueces García Sayan y García Ramírez, oponiéndose en el tema; ver nuestros desarrollos en L. Burgogue-Larsen, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American*

Lo interesante sin embargo es descubrir que la Corte no ciñó el uso de la proporcionalidad al sólo ámbito de la libertad de expresión. Así, tanto en materia de la libertad personal (artículo 7), de garantías judiciales (artículo 8), (.../...) de derecho de circulación y de residencia (artículo 22), de derechos políticos (artículo 23), de protección judicial (artículo 25)¹⁰², y *last but not least*, el derecho a la propiedad en el contexto indígena (artículo 21), la Corte interamericana activó el «juicio de proporcionalidad». En este último contexto, hay que precisar que la propiedad indígena-tribal sobre los territorios no se sustenta en el “reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”, de manera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, “existen sin un título formal de propiedad”¹⁰³. En cuanto a la acreditación del dominio sobre la tierra, la Corte – tomando como referencia el propio derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales¹⁰⁴ – ha derivado la obligación estatal de reconocer el derecho sobre dichas tierras; adoptar medidas para su respectivo registro, y garantizar su goce efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación, evidenciando que no se trata de un “reconocimiento meramente abstracto o jurídico”. Sin embargo, frente a los casos en que las tierras comunales se encuentren en manos de terceros que actuaron de buena fe, la jurisprudencia de la Corte desarrolló el derecho de reivindicación o restitución de las tierras, en aplicación del denominado “juicio de proporcionalidad”¹⁰⁵. De esta manera, un caso puede exigir el pago de la justa indemnización para el perjudicado tercero de buena fe o, por el contrario, el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas

Court of Human Rights, Case law and commentary, Oxford, OUP, 2011, pp. 529-535 ; C. Grossman, «Challenges to Freedom of Expression within the Inter-American System : A Jurisprudential Analysis», *Human Rights Quarterly* 34 (2012), pp.361-403.

102 R. Arnold, J-I. Martínez Estay, F. Zuñiga Urbina, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional», *op.cit.*, p. 78.

103 Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, precitada, §151.

104 *Ibidem*, §151.

105 Corte IDH, 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones, *Yakye Axa c/ Paraguay*, §144; Corte IDH, 24 de agosto de 2010, Fondo y reparaciones, *Xákmok Kásek c/ Paraguay*, §§ 111, 116.

o tribales en tierras alternativas, contando con el consenso de estos en un proceso que respete sus valores, usos y derecho consuetudinario¹⁰⁶.

Pensar la Corte interamericana como un Tribunal constitucional no es una fantasía. La analogía entre la Corte de protección regional de los derechos humanos en el Hemisferio Sur y los Tribunales constitucionales tiene sentido aún tomando, como hice en este artículo, una perspectiva «estrecha» por no decir técnica, al comparar las *funciones* de los Tribunales constitucionales y no los textos de referencia (Constituciones y Convención) que consagran los derechos fundamentales como tales – como la literatura relativa al proceso de «constitucionalización del derecho internacional» hubiera podido hacer. Esta perspectiva *funcionalista* mas que *material* ha permitido poner de relieve los puntos comunes como los pocos que, todavía, quedan diferentes. Al final, nos damos cuenta del rol clave de la Corte interamericana que permite transformar y mejorar las jóvenes democracias latino-americanas las cuales han terminado con la época negra de las dictaduras. Sin lugar a dudas, la Corte interamericana participa, como cualquier Tribunal constitucional, a edificar, de manera continua, los Estados latino-americanos de derecho.

106 Corte IDH, 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones, *Yakye Axa c/ Paraguay*, §151; Corte IDH, 24 de agosto de 2010, Fondo y reparaciones, *Xákmok Kásek c/ Paraguay*, §§ 117-121, 286. Ver R. Estupiñan Silva, J-M. Ibáñez Rivas, «La jurisprudencia de la Corte interamericana de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas y tribales», Comunicacion presentada en Valdivia el 11 de abril de 2013.

O Controle de Convencionalidade na Argentina¹

Breno Baía Magalhães²

Introdução

A aplicação dos conceitos operativos desta pesquisa ao Estado Argentino representa uma tarefa, ao mesmo tempo, simples e complexa. A simplicidade está na forma pela qual a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) e o Congresso da Nação utilizam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). As citações são evidentes, expressas e desenvolvidas no bojo de suas argumentações. Contudo, a complexidade reside na interpretação das nuances dessas citações e suas consequências para o desenvolvimento do controle de convencionalidade difuso argentino.

Se a menção expressa a uma obrigação de realizar o controle de convencionalidade a ser exercido pela CSJN aparece pouco tempo após seu surgimento em São José, é bem verdade que o impacto da constitucionalização de alguns tratados de direitos humanos pela reforma constitucional de 1994 propiciou a construção de uma jurisprudência interna receptiva aos ditames da Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo espaço para, de acordo com o texto constitucional, discutir-se sobre a posição e a força dessas decisões internacionais em face das fontes jurídicas do Estado argentino. A mesma constitucionalização dos tratados fez com que a atenção às obrigações internacionais influenciasse os debates legislativos, a criação e a alteração das leis argentinas.

1 A realização deste trabalho não seria possível sem a inestimável ajuda dos seguintes pesquisadores e pesquisadoras: Julieta Rossi, Antonio Maués, Paulo André Nassar, Rafaela Neves, Nicolás Montoya Céspedes, Andres del Rio e do discente Helil Bahia.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA).

O estudo pretende investigar, dessa forma, a introdução da obrigação interamericana de realizar o controle de convencionalidade das normas do direito argentino, cujo ordenamento já havia estabelecido, anos antes, uma prática de primazia do Direito Internacional. Ademais, especialmente no pertinente à CSJN, será apresentado o desenvolvimento posterior daquela obrigação, correlacionando as flutuações jurisprudenciais quanto à obrigatoriedade das sentenças da Corte IDH com as alterações na formação da Corte Suprema da Argentina.

1) O controle de convencionalidade realizado pela Corte Suprema de Justiça da Nação.

1. A) *Controle de convencionalidade, aplicação direta, efeito erga omnes e interpretação conforme: de Ekmekdjian (1992) a Mazzeo (2007).*

Criada para pôr fim ao ciclo de guerras civis decorrentes da declaração de independência, a Constituição da Nação Argentina foi promulgada em 1853 e reformada sete vezes desde então (1860, 1866, 1898, 1949, 1957 e 1994)³. Em 1966, uma junta militar, que se autodenominou a *Revolução Argentina*, editou seu Estatuto composto por 10 artigos aos quais foram atribuídos preeminência sobre a Constituição Nacional de 1853, acrescida das reformas de 1860, 1866, 1898 e 1957, que permaneceram em vigor, embora sem o caráter de norma suprema.

Sua mais recente e importante alteração ocorreu no ano de 1994, impulsionada pelo Pacto de Olivos de 1993. Formulado pelo então Presidente Carlos Menem e o líder da oposição Raúl Alfonsín, o pacto fundava-se no consenso político, fortalecido após o término da ditadura argentina, sobre a fragilidade da Constituição em alguns pontos, quais sejam: sua incapacidade em evitar governos autocráticos, sua tendência de reforçar os poderes do chefe do Executivo, a ausência de maiores garantias aos Direitos Humanos e de penalidades para as tentativas de golpes de Estado (LÓPEZ ROSAS, 1996, p. 665-667).

3 A reforma peronista de 49, incluindo direitos sociais à Constituição, fora revogada por determinação do Regime Militar em 27/04/56. A Reforma Constitucional de 1957, determinada e comandada pelos militares, convalidou a revogação da reforma de 49, alterando o art. 14 *bis* da Constituição.

De acordo com o texto original da constituição de 1853, os arts. 31 e 27, seguindo o exemplo da Constituição dos EUA, estipulavam que os tratados deveriam ser considerados leis supremas da nação, porém ressalvavam sua aplicação nas hipóteses em que violassem princípios de direito público estabelecidos na Constituição. Os referidos artigos serviram de base para que a CSJN⁴ interpretasse as relações entre direito interno e internacional, antes da última reforma constitucional (1994) e da decisão em *Ekmekdjian* (1992), com base em uma conjunção entre regras de preferência e conteúdo (SAGUES, 2013, p. 342). Com relação às primeiras, uma vez que os tratados eram aprovados mediante leis federais, eles foram equiparados às leis e os conflitos com outras leis eram solucionados pelo critério da aplicação da lei mais recente⁵ e, quanto às segundas, os tratados deveriam respeitar os princípios constitucionais⁶.

A compreensão dualista da Constituição⁷ foi consolidada no caso *Martín y Cía* (1963)⁸. A CSJN julgou improcedente a alegação de inconstitucionalidade

4 A Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) é o mais alto tribunal da República Argentina e ápice do Poder Judiciário da Nação que se completa com os tribunais inferiores nacionais. A indicação dos seus membros é feita pelo Presidente da Nação, com o acordo do Senado da Nação, a partir de uma maioria especial de dois terços. Atualmente, a corte é composta por 5 membros: Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Carlos Rosenkrantz e Horacio Rosatti.

5 Na Argentina, a CN prevê a existência de leis federais e locais, inexistindo, portanto, a figura brasileira das Leis Complementares, com reserva material e quórum específico para aprovação. Via de regra, as leis federais são aprovadas, nas duas casas congressuais, pelo voto de maioria simples. Como exceções exemplificativas, a CN exige o quórum de maioria absoluta dos membros das casas no caso de leis que modifiquem o regime eleitoral e o dos partidos políticos (art. 77).

6 Em casos de guerra, excepcionalmente, a CSJN sugeriu a primazia da norma internacional. Tratava-se de recurso interposto por empresa química alemã sediada na Argentina que teve seus bens devassados pelo Governo Federal Argentino, em função de decretos editados durante a 2^o Guerra Mundial, os quais, além de declarar guerra ao eixo Alemanha-Japão, sustentou a disposição da propriedade dos Estados inimigos. Em sua decisão, a CSJN sugeriu que, excepcionalmente, em situações de guerra, tratados firmados pela Nação teriam precedência sobre a Constituição, incluindo sobre direitos fundamentais de estrangeiros. A precedência da norma internacional, contudo, não alcançaria períodos de normalidade e paz, quando a Constituição sempre será suprema, com base no art. 27 da CN. *Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación (Fallos, 211:162 y 193), 1948, p. 164.*

7 Cf., nesse sentido, Sommer (2017, p. 224), Bazan (2010, p. 366) e Torres Lépori (1997, p. 289). A utilização da dicotomia dualismo/monismo não apresentará maiores preocupações com sua delimitação conceitual, apenas aproveitará os termos do debate, tal como travado na dogmática argentina.

8 CSJN, 6 de noviembre de 1963, “Martín y Cía. Ltda.. S.A. c/Gobierno Nacional, Administración General de Puertos”, *Fallos: 275:99*. Questionava-se, na hipótese, a validade do Decreto-Lei 6.575/58,

do decreto impugnado, porquanto considerou que não havia base legal (fundamento normativo) para conceder prioridade aos tratados internacionais em relação às leis editadas pelo Congresso Nacional argentino. Por conseguinte, os conflitos entre normas de igual hierarquia deveriam solucionar-se pelo critério da aplicação da norma mais recente⁹. A Corte argentina sustentou a diferença entre os tratados como convênios entre nações soberanas e tratados enquanto normas internas, os primeiros seriam de assunto exclusivo das relações internacionais da Nação, matéria alheia à jurisdição das cortes internas¹⁰.

A Constituição da Nação argentina (CN), ademais, não detalha a forma pela qual tratados internacionais serão incorporados ao direito interno, reservando, principalmente, aos já referidos arts. 27 e 31 da CN¹¹ seu procedimento. No entanto, em função da influência da Constituição norte-americana, considera-se que o tratado vige como direito interno (CONSTENLA, 2003, p. 113), dispondo, via de regra, de aplicabilidade direta (PAGLIARI, 2011, p. 19; SOMMER, 2017, p. 227). Os tratados são assinados pelo Executivo, posteriormente enviados para aprovação do Legislativo, que edita uma lei e, por fim, o Presidente os ratifica (CARLOS COLAUTTI, 1998, p. 183-185).

O procedimento de incorporação de tratados foi denominado pela CSJN como um “ato complexo federal” (*acto complejo federal*), a partir do qual o Congresso participa aprovando o tratado assinado pelo Presidente mediante uma lei federal, para que o chefe do Executivo, em seguida, possa realizar o depósito do instrumento de ratificação no plano internacional. O processo de incorporação finaliza com a promulgação presidencial daquela lei¹², mas isso não significa que

que alterava o Tratado de Comércio e Navegação celebrado com o Brasil, em 1940, e aprovado pela lei 12.688. O tratado previa isenções de impostos, taxas e encargos, todos ignorados pelo decreto-lei.

9 *Idem*, considerando nº 06 e 08.

10 *Idem*, considerando nº 09.

11 Art. 27. *El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución* e Art. 31. *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

12 No caso *Frites* (1995, *Fallos* 318:2513), os recorrentes exigiam que o Presidente da República comunicasse ao organismo internacional a ratificação da Convenção 169 da OIT, aprovada pelo

a lei de aprovação transforma o tratado em direito interno ou represente o ato normativo aplicável no plano constitucional.

A posição da CSJN sobre a aplicabilidade direta de tratados que operam no ordenamento jurídico sem a necessidade de leis transformadoras não era tão óbvia, contudo, quanto aos tratados sobre Direitos Humanos na Argentina durante o período de transição da ditadura para a Democracia. Ao sair do período da última ditadura militar (1976-1983), o Estado Argentino encontrou no Direito Internacional dos Direitos Humanos uma forma de evitar violações graves de direitos humanos, em face de problemas que poderiam ocorrer no âmbito dos direitos constitucionalmente garantidos. Nesse contexto, foi ratificada na Argentina a CADH (Lei 23.054 de 1984)¹³.

Tão logo fora incorporada ao ordenamento constitucional, a discussão sobre sua operatividade no Direito Constitucional argentino se apresentou perante a CSJN. Em sua formação Pré-Menem (1988-1989)¹⁴, a Corte Suprema decidiu, em um punhado de casos, que o Direito de Retificação ou Resposta previsto no

Congresso mediante a lei 24.071. A CSJN respondeu que a ratificação, ato internacional e situado dentro do poder discricionário do Presidente, não se confunde com a aprovação congressual via legislação federal, cujo efeito seria apenas autorizar o Presidente a ratificar o tratado (Considerando 07). A participação congressual no ato complexo federal é necessária, mas não definitiva (Considerando 08).

- 13 Logo após a recepção da CADH pelo ordenamento jurídico argentino, foi alterado o Plano de Estudos da Carreira de Advocacia da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires em 1985, incorporando a disciplina Direitos Humanos e Garantias (CONY, 2014, p. 388).
- 14 Cientistas Políticos enfatizam a correlação entre as mudanças na chefia do Executivo argentino que afetam a jurisprudência e a composição da CSJN (DEL RIO, 2010; WALKER, 2008; VERBITSKY, 2006). Ao longo do trabalho, tentaremos realizar, ainda que de maneira mais tímida, a correlação entre as políticas do executivo e a composição da CSJN, como um dos fatores capazes de explicar sua compreensão acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Após a redemocratização, Alfonsín teve a oportunidade de indicar todos os 5 juízes que comporiam o tribunal, ante a renúncia dos juízes que atuaram durante o regime militar (WALKER, 2008, p. 779). Em 1989, Menem assume a presidência com maioria congressual e passou a cooptar a Suprema Corte para garantia de suas políticas reformistas de corte neoliberal. Em 1990, editou a lei 23.774, aumentando o número de juízes da CSJN de 5 para 9 e, em face de renúncias, pode indicar 6 juízes. A corte passa a ser formada, portanto, por uma larga maioria pró-Menem (WALKER, 2008, p. 785). O tribunal de Menem foi desestruturado no início do governo Kirchner, quando 03 juízes (Nazareno, Vásquez, López) renunciaram ao cargo durante investigações iniciadas pela Câmara dos Deputados e um deles (Antonio Boggiano) fora destituído pelo Senado por mau desempenho de suas funções.

art. 14 da CADH não era operativo sem lei interna reguladora¹⁵ e, ademais, que não seria um direito implícito a ser extraído da Constituição¹⁶.

No caso *Ekmekdjian* (1988)¹⁷, o autor teve rejeitado seu pedido de ter uma carta de autoria própria lida em programa de televisão no qual um entrevistado, o Ex-Presidente Arturo Frondizi, teria, supostamente, ferido o sentimento de nacionalidade do recorrente. Para a CSJN, o direito de resposta trazido pela CADH ainda não havia sido objeto de regulamentação legal para ser considerado como direito interno positivo (*derecho positivo interno*)¹⁸. Ademais, ressaltou o tribunal argentino, não ser possível extrair tal direito do art. 33 da CN por conta da garantia do princípio da legalidade (art. 19 da CN)¹⁹, o qual exigiria uma lei específica para restringir a liberdade de expressão²⁰. Por fim, justificou a necessidade de intervenção legislativa por conta da multiplicidade de sentidos e meios de atuação os quais poderiam ser atribuídos a um direito de resposta²¹.

O caráter não operativo, ou programático, de algumas normas da CADH fora estendido ao art. 17.5 (garantia de direitos igualitários a filhos tidos fora do casamento)²² e sua operatividade condicionada fora determinada aos arts.

15 Voto do Juiz Caballero em *Costa, Héctor Rubén c/ MCBA y otros. s/ Recurso de Hecho, C.752 XIX, 1987 e Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y outro, y E.60.XXII, 1988.*

16 Bidart Campos (1987), por exemplo, sustentava que o Direito de Resposta poderia ser extraído da regra constitucional sobre a não exaustividade dos direitos constitucionais declarados expressamente na CN, tal como dispõe o art. 33 (*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*).

17 *Ekmekdjian Miguel Angel c/Neustadt, Bernardo y Otro s/Amparo, Fallos 311: 2497, 01/12/1988.*

18 Considerando nº 03.

19 (...) *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

20 Considerando nº 04.

21 Considerandos nº 05 e 06.

22 *Eusebio, Felipe Enrique s/sucesión ab intestato*, Fallos: 310:1080, 09/06/87. Importante mencionar que a decisão da corte se apresentou por meio da ratificação dos argumentos do Procurador Geral, ou seja, não houve a exposição dos considerandos na publicação, apenas o resumo dos argumentos principais. Não obstante esse fato, a CSJN considerou que o direito convencional de igualdade entre filhos não tinha aplicação direta, portanto, certificou a aplicação de lei nacional discriminatória revogada, mas em vigor no momento do falecimento (Lei 14.367), e não a mais recente (Lei 23.264), garantidora da igualdade entre filhos. De mais a mais, sugeriu a corte que o art. 27 da CVDT não poderia ser invocado, pois destinado a regulamentação da responsabilidade de um Estado para com outros, e não dispunha sobre o alcance dos direitos dos cidadãos argentinos.

7.5 (prazo razoável de julgamento)²³, 8.2.h (direito de apelar a um tribunal com base em um recurso que alcance fatos e direitos)²⁴ e 8.1 (interposição de recursos sem a necessidade de depósito prévio)²⁵.

A doutrina dualista construída em *Martin* (1963) perdurou até 1992, quando a CSJN reanalisou as relações entre o direito interno e o direito internacional a partir da ênfase em dois fatores: a CVDT e a aplicação direta irrestrita da CADH.

A aplicabilidade direta (ou operatividade) dos tratados sobre direitos humanos, bem como a inserção da interpretação conforme, será explicada em pormenores a seguir, com a análise do caso *Ekmekdjian* (1992), envolvendo o direito de resposta, o mesmo direito declarado não operativo pela CSJN anos antes e tendo como figura central o mesmo autor da demanda de 1988.

A criação e a instituição do direito de resposta causaram controvérsia na Argentina, pois instituições ligadas à imprensa e alguns constitucionalistas se posicionaram veementemente contra sua existência, pois temiam restrições indevidas à liberdade de imprensa na Argentina pós-ditadura²⁶.

A superação do precedente sobre o tema firmado na década de 80 ocorreu no paradigmático caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992)²⁷, em que Miguel Ekmekdjian recorreu à Suprema Corte em face da denegação de *Amparo* das instâncias inferiores para que obrigassem Gerardo Sofovich, apresentador televisivo, a ler

23 *Incidente de excarcelación promovido en favor de Mario Eduardo Firmenich*, I. 74.XXI, 1987. Curioso notar que, como não havia jurisprudência contenciosa da Corte IDH sobre o tema para ser aplicada, a CSJN recorreu à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para sustentar a proporcionalidade do tempo de encarceramento preventivo imposto ao recorrente no caso.

24 *Jaiúregui, Luciano A. s/planteo de excepciones previas*", J.60.XXI., 15/3/88. Considerou a Corte que, além de ser garantido a partir dos pressupostos constitucionais positivados, o direito ao duplo grau de jurisdição na Argentina se satisfaria com a existência de um Recurso Extraordinário perante a Corte Suprema.

25 *Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A*, La Ley 1991-BA, 21/12/1989. A CSJN iniciou reforçando que a concessão do caráter operativo ou programático aos tratados depende da existência de medidas legislativas direcionadas ao Estado previstas no texto da norma internacional. Contudo, no caso, considerou que o texto da CADH não estipulava a criação de medidas legislativas impostas ao Estado, não obstante ter considerado constitucional o depósito para recursos trabalhistas.

26 Cf. as manifestações das Primeras Jornadas Empresarias de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI), da Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA) e da Asociación Argentina de Editores de Revistas (AAER) coletadas e descritas em Flores (1988, p.155-158) e a leitura constitucional de Badeni (1997).

27 CSJN, 07 de julio de 1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492, LL, 1992-C.

carta do autor em resposta às supostas blasfêmias sobre Jesus Cristo e à Virgem Maria proferidas por Dalmiro Saenz no programa de Sofovich. O autor baseava sua queixa no Art. 33 da Constituição Argentina e no Art. 14 da CADH.

A CSJN começa sua análise reconhecendo o caráter fundamental do direito de resposta. Ao mesmo tempo, a Corte problematiza se tal direito integraria o ordenamento jurídico argentino como um recurso jurídico imediato à disposição dos particulares²⁸, dito em outras palavras, se o direito convencional disporia de aplicabilidade direta. A previsão do direito de resposta no ordenamento argentino, por sua vez, foi estabelecida pelo art. 14 da CADH (aprovada pela Lei 23.054) que, ao ser ratificada, tornou-se “lei suprema da Nação” (art. 31 CN). Sobre essa base, a questão que o Tribunal passa a examinar diz respeito à aplicabilidade direta (operatividade) dessa disposição ou se ela requeria complementação legislativa²⁹. Para responder a essa pergunta, a CSJN desenvolve os fundamentos a seguir.

Para a Corte, a violação de um tratado internacional pode decorrer tanto do estabelecimento de normas internas que prescrevam uma conduta manifestamente contrária, quanto da “omissão” em estabelecer disposições que tornem possível seu cumprimento³⁰. Ademais, a revogação de um tratado internacional por uma lei do Congresso viola a repartição constitucional de competências, uma vez que representaria uma invasão, pelo Poder Legislativo, das atribuições do Poder Executivo, que, de acordo com a Constituição, conduz de maneira exclusiva as relações exteriores da Nação³¹.

Em seguida, a Corte afirma que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (em vigor desde 27/01/1980 e ratificada pela Argentina em 05/12/72) conferiria “primazia” ao direito internacional convencional sobre o direito interno (art. 27 da CVDT), que se integra ao ordenamento jurídico argentino. A Convenção de Viena insere, conseqüentemente, o elemento ausente na doutrina *Martin* (1963) – base legal para garantir a primazia do direito internacional. Portanto, a CSJN revogou expressamente aquele precedente³² e asseverou que

28 Considerando nº 07.

29 Considerando nº 15.

30 Considerando nº 16

31 Considerando nº 17.

32 2º parágrafo do Considerando nº 18. 18). *Esta convención [CVDT] ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 [Martín] y 271:7 (La*

a CVDT impõe aos órgãos do Estado argentino assegurar primazia ao tratado ante um eventual conflito com qualquer norma interna contrária ou com a omissão de editar disposições que, por seus efeitos, sejam equivalentes ao descumprimento do tratado internacional³³.

A interpretação do parágrafo anterior, segundo a Corte, estaria de acordo com as exigências de “cooperação, harmonização e integração internacionais” que a República Argentina obrigara-se, além de prevenir a eventual responsabilização do Estado, que deveria ser evitada também pela CSJN no exercício de sua jurisdição³⁴. Assim, uma disposição convencional “é operativa quando está dirigida a uma situação da realidade na qual pode operar imediatamente, sem necessidade de instituições que o Congresso deva estabelecer”. Dessa forma, o art. 14.1 da CADH possui uma redação clara em relação ao direito de retificação e resposta, ainda que remeta à lei as particularidades de sua regulamentação³⁵.

Além do mais, lançando mão da interpretação conforme, pontuou a CSJN que a interpretação do texto da CADH também deve guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH, a qual já havia declarado que o art. 14.1 reconhece um direito internacionalmente exigível, cabendo aos Estados apenas regulamentar as condições do exercício do direito de resposta (espaço a ele destinado, prazos, termos aceitáveis), das quais não depende sua exigibilidade (OC n^o 7/86)³⁶. Baseando-se nesse entendimento, a CSJN considera que tais medidas incluem as decisões judiciais, o que autoriza o judiciário a determinar as características com que esse direito, já conferido pelo tratado, será exercido no caso concreto³⁷.

Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

33 Considerando n^o 19. A importância da CVDT não pode ser subestimada nessa decisão, pois, como sugere Travieso (1996, p. 159-165) aquele tratado serviu de janela para a entrada da temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos na CSJN. Contudo, não podemos deixar de relembrar que a CVDT já estava em vigor no momento da decisão em *Ekmejdjian* (1988).

34 2^o parágrafo do Considerando n^o 19.

35 Considerando n^o 20.

36 Considerando n^o 21.

37 3^o parágrafo do Considerando n^o 22. Não obstante sua inegável importância para o redimensionamento dos Direitos Humanos na Argentina, a decisão em *Ekmejdjian* (1992) pode ser criticada em diferentes níveis: 1) pode ser considerada como um uso estratégico do Direito Internacional, pois a CVDT já estava ratificada e em vigor na Argentina desde 1980 e a OC 7/86 fora publicada no tempo da decisão

A decisão da CSJN de 1992 serviu de inspiração, no ponto, para a lei 24.309, a qual convocou o Congresso para a reforma constitucional de 1994 (ABALOS, 2013, p. 248), no sentido de redimensionar o direito internacional dos direitos humanos na CN. O art. 75, 22 da parte orgânica da Constituição³⁸ argentina elevou instrumentos internacionais à categoria constitucional³⁹ e permitiu que outros pudessem ser constitucionalizados por intermédio do Congresso Nacional⁴⁰. No entanto, aquela disposição normativa impunha certas condições para a aplicação da hierarquia constitucional dos tratados: 1) deverão ser aplicados nas condições de sua vigência; 2) desde que não der-

em *Ekmejdjian* (1988) (FELGUERAS, 2006, p. 953); 2) a decisão pode ser interpretada como uma forma de garantir o apoio da Igreja Católica ao Governo Menem, em razão do conteúdo moral do direito de resposta tal como determinado judicialmente; 3) antes não operativo, o Direito à Réplica passaria a ser aplicado na Argentina como uma perigosa via de controle da imprensa, pois a CSJN facultou a uma única pessoa a possibilidade de proposição de ação para reivindicar respostas em face de um comentário, por violação de um suposto sentimento religioso da coletividade e 4) permitiu que o Governo Menem pudesse assediado jornalistas e a imprensa por meio desse direito, tendo em vista a inconveniência do desacato no Direito argentino (VERBITSKY, 2006, p. 443). Não por outra razão, alguns anos depois, a doutrina de *Ekmejdjian* (1992) foi retificada em *Petric* (1998, *Fallos* 321:885), ao criar um critério mais rigoroso para seu manejo: direito de resposta só poderia justificar-se a “fatos” e não a opiniões emitidas por jornalistas, ou seja, recairia em tudo aquilo passível de ser provado documentalmente ou judicialmente.

- 38 De acordo com Carlos Colautti (1998, p. 33-34), a Constituição argentina se compõe de duas partes: 1) *dogmática*: refere-se aos princípios doutrinários da Constituição (*Declaraciones, Derechos y Garantías*, arts. 1-43) e 2) *orgânica*: dispõe sobre a estruturação orgânica do Estado (*Autoridades de la Nación*, arts. 44-129).
- 39 Preferimos a expressão “instrumentos internacionais” a “tratados internacionais”, porque a Constituição argentina conferiu hierarquia constitucional a duas Declarações (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos) e protocolos facultativos. Dalla Via (2010, p. 568), analisando os debates constituintes, afirma que os constituintes divergiram quanto à forma da cláusula de atribuição de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Alguns sugeriram, como Bidart Campos, que a Constituição previsse uma cláusula aberta, alcançando todos os tratados de Direitos Humanos de forma genérica, mesmo porque o país já havia ratificado inúmeros tratados sobre a temática. Contudo, optou-se pelo formato de lista para que houvesse mais controle quanto aos tratados, evitando discussões a respeito de prescrições normativas de conteúdo de direitos humanos em tratados que não tivessem, diretamente, tal objeto (DALLA VIA, 2010, p. 568)
- 40 Serão considerados de hierarquia constitucional os tratados que passarem por maioria especial de 2/3 dos membros totais de cada uma das câmaras legislativas. Atualmente, são considerados constitucionais por atribuição constitucional os seguintes tratados: 1) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (hierarquizada em 1997), 2) Convenção sobre os crimes de guerra e crimes contra a humanidade (hierarquizada em 2003) e 3) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (hierarquizada em 2014).

roguem nenhum artigo da primeira parte (dogmática) da Constituição e 3) que complementem as declarações de direitos.

Tais condicionantes causaram impasses na doutrina argentina. Pairavam dúvidas acerca da natureza da previsão constitucional: seria uma incorporação dos tratados ao texto constitucional ou apenas a atribuição da qualidade de hierarquia constitucional (inclusão no bloco de constitucionalidade)? (DALLA VÍA, 2010, p. 569); As condições de vigência seriam aquelas determinadas pelo direito interno (reservas e denúncia) ou às estipuladas pelos órgãos de monitoramento dos tratados? (DIEGO DOLABJIAN, 2013, p. 97-99) e, por fim, a complementariedade e inderrogabilidade da parte dogmática significariam que as normas internacionais estariam submetidas às normas constitucionais originárias (que poderiam derogá-las) ou uma doutrina interpretativa harmonizadora deveria ser criada para compatibilizá-las?⁴¹.

A salvaguarda de não derrogação dos direitos constitucionais da parte orgânica inserida no art. 77,25 deveu-se, principalmente, por conta de setores ligados aos meios de imprensa na constituinte que pretendiam que o art. 14 da CN não criasse o direito à réplica como um direito constitucional e temiam sua inserção ou reforço por meio da CADH, a qual consideravam inconstitucional (SAGÜÉS, 2017, p. 623)⁴².

A CSJN respondeu a algumas dessas perguntas pouco tempo depois em sua jurisprudência. No julgado *Giroldi* (1995)⁴³, outro caso que ensejou a revisão de antiga jurisprudência sobre a CADH, a Corte Suprema considerou que as “condições da sua vigência” estipuladas na Constituição (art. 75,22), dizem respeito à forma como a CADH aplica-se na arena internacional e levando em conta sua interpretação jurisprudencial feita pela Corte IDH. Assim, a

41 Torres Lépori (1997, p. 292), por exemplo, interpreta o art. 75,22 em conjunto com o art. 27 (tratados devem seguir os princípios do direito público constitucional argentino) para concluir que os tratados internacionais de direitos humanos estão situados acima das leis, mas abaixo da Constituição.

42 Cf., nesse sentido, a Manifestação da Constituinte Teresa Camila Peltier, na 3ª Sessão, Reunião 22A de 02/08/94, sessão destinada à discussão sobre o art. 75, 22 (*Y no es que estos tratados no correspondan al espíritu de la Constitución. Puede haber interpretaciones sobre el derecho de rectificación o respuesta [...] que pueden ser discutibles*). Nesse mesmo sentido, cf. o constituinte Cornet (*Lo que quiero señalar es que de aprobarse esta norma los grandes periodistas, que son líderes de opinión en nuestra Nación, deberían tener un tiempo igual al de sus programas para otorgar a los replicantes o a quienes quieran hacer la réplica de la réplica. Esto es muy grave*).

43 SCJN, *Giroldi*, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación 40 (7 de abril de 1995). Fallos, 318:514

jurisprudência internacional deve servir como um *guia* para a interpretação dos preceitos constitucionais⁴⁴.

O Código de Processo penal (art. 459, inc. 2º) argentino não permitia a interposição de recursos de cassação contra decisões condenatórias de pequena monta, como o encarceramento por um mês imposto ao recorrente em *Girolodi*. A CSJN afirmou que as mudanças legais em sua competência e no processo penal, especialmente a partir da criação da Câmara Nacional de Cassação Penal, fizeram com que as determinações do caso *Jaurégui* (1988)⁴⁵ não fossem mais aplicáveis, especialmente a parte que afirma que a Argentina cumpria com a garantia do Duplo Grau da CADH a partir da previsão do Recurso Extraordinário à Corte Suprema⁴⁶, o qual não seria um meio procedimental capaz de cumprir com as determinações do direito ao duplo grau⁴⁷. A CSJN citou a Opinião Consultiva nº 11/90 da Corte IDH para determinar a obrigatoriedade de um Estado empreender todos os esforços para oferecer meios judiciais para concretizar seus direitos.

A partir de *Girolodi* é criada a doutrina da Suprema Corte sobre o caráter vinculante da jurisprudência internacional (ÁBALOS, 2013, p. 255).

Um ano após *Girolodi*, a CSJN aprofundou sua compreensão acerca da interpretação harmonizadora entre o direito internacional dos direitos humanos e a constituição. No caso *Chocobar* (1996)⁴⁸, a Corte determinou que, com a entrada em vigor da Lei de Conversibilidade (23.928), em 1º de abril de 1991, o regime de reajuste das aposentadorias imposto pelo art. 53 da lei 18.037 fora derogado. Aquela nova regra estabelecia que o reajuste deveria ser calculado em proporção à mudança na remuneração dos trabalhadores ativos, ou seja, em relação ao aumento dos salários. O tribunal entendeu que, com a sanção da lei 23.928, pretendia-se impedir o cálculo da depreciação monetária como um fator de mensuração também para as aposentadorias.

44 Considerando nº 11. Em sentido contrário, Malarino (2011, p. 450) considera que “as condições da vigência” se referem àquelas ao tempo da constitucionalização do tratado pela Constituição Argentina.

45 Ver nota 24, supra.

46 Considerando nº 09. CADH, Art. 8.2.h. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

47 Considerando nº 08.

48 SCJN, Chocobar, Sexto c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos. Sentencia del 27 de diciembre de 1996.

O reajuste das prestações previdenciárias estipulado pelo art. 14 *bis* da CN⁴⁹ depende do critério estabelecido pelo legislador, por inexistir índice que pudesse ser extraído, diretamente, da norma constitucional. Por meio do recurso aos debates na constituinte, ademais, a CSJN considerou tal ausência uma decisão deliberada e intencional dos constituintes⁵⁰. Ademais, ponderou a CSJN, dos documentos internacionais referidos no art. 75, 22 da Constituição Nacional (Artigo 22 da DADH e art. 26 da CADH), interpretados harmoniosamente com o art. 14 *bis* da Constituição Nacional, depreende-se que a obrigação do Estado de satisfazer o conteúdo econômico do reajuste das aposentadorias encontra limite nas possibilidades concretas de cada Estado⁵¹.

Portanto, a CSJN interpretou a cláusula da complementariedade constitucional no sentido de necessária harmonização entre direitos humanos e fundamentais, e afastou a ideia de que a aplicação dos direitos presentes na primeira parte da Constituição (ou seja, o direito previsto no art. 14 *bis*) pudesse derrogar ou entrar em colisão com aqueles previstos nos tratados dotados de hierarquia constitucional⁵². Por fim, a inderrogabilidade deve ser interpretada como um juízo de compatibilidade e harmonização já exercido pelos constituintes, cabendo ao judiciário respeitá-lo e não alterá-lo⁵³. Podemos considerar que o juízo de harmonização seria uma forma de reforçar o ideal de interpretação conforme⁵⁴.

49 *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) jubilaciones y pensiones móviles (...).*

50 Considerando nº 08.

51 Considerando nº 11.

52 Considerando nº 11.

53 Considerando nº 12 e 13. O caso *Chocobar* (1996) pode ser lido, da mesma forma que *Ekmekdjian* (1992), como uma decisão discutível do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, em verdade, utilizou o ideal de harmonia para legitimar uma interpretação restritiva do alcance dos documentos internacionais à luz das decisões políticas realizadas no momento constituinte. Em meados da década de 90, 60% do déficit no setor público argentino decorria do sistema previdenciário e Menem criara políticas públicas de contenção desse déficit e precisava do apoio da SCJN para que alterações nos índices de reajuste das pensões e aposentadorias não ocorressem por meio judicial, alinhando-se à política do Executivo (HERRERO, 2011, p. 77-78). A corte reafirmou em *Heit Rupp* (1999) que reajustes nas aposentadorias apenas poderiam ocorrer mediante leis aprovadas congressionalmente, e não pela via judicial.

54 O cânone da harmonia, desenvolvido em *Chocobar* e a doutrina que considera a jurisprudência internacional como um guia são expressões da interpretação conforme na CSJN e foram aplicadas em outros julgados. Como, por exemplo, no caso *Brusa* (Fallos 326:4816, 2003), ocasião na qual a Corte da Nação atribuiu interpretação conforme ao vocábulo *irrecurrente* do art. 115 da

Ainda em 1996, no caso *Monges*⁵⁵, a corte reitera a complementariedade entre normas constitucionais e tratados Internacionais ao afirmar que os últimos não poderiam sobrepor-se à segunda parte da constituição, pelo contrário, ambas as normas gozariam da mesma hierarquia.

Após sugerir a necessidade de utilizar os casos da Corte IDH como guia, pós-reforma de 1994, em *Giroldi* e ter interpretado o art. 75,22 no sentido de exigir que os direitos constitucionais sejam interpretados de forma harmoniosa (ou conforme) com os direitos humanos previstos nos tratados dotados de hierarquia constitucional em *Chocobar*⁵⁶, a CSJN dá um passo em direção ao acolhimento de uma forma de controle de convencionalidade no direito argentino em *Simón*⁵⁷, antecedendo a determinação da Corte IDH.

Manili (2017, p. 319) sugere que a aplicação da jurisprudência da Corte IDH por parte da CSJN pode ser classificada em duas etapas: a primeira, iniciada em *Giroldi* e a segunda, culminada em *Simón* (2005), posta em prática por conta de mudanças na composição da corte nos anos de 2003 e 2004. A segunda etapa caracteriza-se pelo seguimento rigoroso (*seguimiento*

Constituição, no sentido de garantir recorribilidade limitada às decisões de órgão estatal que não partilhava de características de tribunal, ainda que apenas para questões relacionadas às garantidas do devido processo legal (ampla defesa, principalmente), respeitando o mérito das decisões dos *Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación*. A decisão da corte estava baseada na conclusão de que uma interpretação literal de irrecorribilidade contrariaria os arts. 7, 8 e 25 da CADH (Considerandos 7-9). *Artículo 115.- Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecorable, no tendrá más efecto que destituir al acusado. (...)*

55 *Monges*, Analía M. c/ U.B.A. 26/12/1996, M. 399. XXXII. REX, Considerando nº 22.

56 A interpretação conforme a CADH não alcança, apenas, a norma Constitucional, mas, igualmente leis infraconstitucionais. Em *Llerena* (Fallos: 328:1491, 2005), a CSJN atribuiu interpretação de normas processuais penais conforme aos padrões internacionais, no sentido de garantir, ao máximo, que possam ser feitas queixas contra a parcialidade de juízes que tenham atuado na investigação e no julgamento de ações criminais. As normas do SIDH e as decisões da Corte IDH serviram de esclarecimento para reconhecer o direito a um julgamento imparcial, no qual o juiz investigador não deverá ser o juiz julgador. A interpretação internacional conforme também serve como reforço para a declaração de inconstitucionalidade de leis internas, tal como ocorrera em *Itzcovich* (2005), ocasião na qual o art. 19 da Lei 24.463, que previa uma série de recursos fazendários que tornavam custosas e lentas as concessões de benefícios previdenciários, contrariava os parâmetros sobre recursos rápidos e simples com base no caso *Las Palmeras* da Corte IDH (Considerando 17).

57 CSJN. *Simón*, Julio Héctor y otros/ privación ilegítima de la libertad, etc.. Fallos 326:2056.

a *rajatabla*)⁵⁸ da jurisprudência da Corte IDH e pela renúncia ao exercício de uma margem de apreciação nacional.

Em *Simón* (2005), a renovada CSJN⁵⁹ declarou a inconstitucionalidade das leis 23.492 e 23.521, conhecidas, respectivamente, como leis de "Ponto Final" (1986) e "Obediência Devida" (1987). Ambos os atos normativos, durante sua vigência, impediram o julgamento e punição dos responsáveis pela prática de crimes hediondos na última ditadura militar ocorrida na Argentina (1976-1983). Decidido por uma corte composta por uma maioria Kirchnerista, e consolidando uma movimentação de reversão das políticas de conciliação de Menem (indultos) e Alfossín⁶⁰, o direito internacional dos direitos humanos voltou a desempenhar importante papel na motivação da reversão de uma linha jurisprudencial da CSJN anteriormente estabelecida (KAPISZEWSKI, 2006, p. 26-29; DEL RIO, 2015, p. 67).

A Corte argentina observa, como ponto de partida em *Simón*, que houve mudanças no direito argentino desde que aquelas leis foram promulgadas e declaradas constitucionais no passado⁶¹. Assim, o nível constitucional conferido em 1994 aos tratados internacionais de direitos humanos significou que o Estado assumiu uma série de obrigações perante o direito internacional e, especialmente, à ordem jurídica interamericana, as quais, dentre outras, limitavam a possibilidade de omitir a persecução de crimes contra a humanidade⁶².

Argumentou a Corte que o poder conferido ao legislativo de promulgar anistias encontrava-se limitado em relação às graves violações de direitos humanos, tal como estipulado pela CADH,⁶³ e, especialmente, por seus órgãos de monitoramento, que desenvolveram linhas jurisprudenciais que constituem imprescin-

58 Amaya (2017, p. 383) utiliza a mesma expressão (*rajatabla*) para referir-se ao posicionamento da CSJN quanto à jurisprudência da Corte IDH em *Simón* e *Mazzeo*.

59 Muito embora tenha proposto, voluntariamente, regras mais transparentes para a seleção e indicação de juízes (Decreto Nº 222/03), Kirchner editou em 2006 a lei 26.183, que reduziu o número de juízes da corte de 9 para 5, no intuito de retirar aqueles juízes que apoiavam Menem.

60 A Lei 25.779 (2003) declarou nulas e sem efeito as leis 23.492 e 23.521.

61 Como no caso *Ramón Juan Alberto Camps y otros*. Fallos 310:1162, 1987.

62 Considerandos nº 14 e 15.

63 Considerando nº 16.

díveis pautas interpretativas⁶⁴, não obstante o importante papel de pacificação social a ser desempenhado pelas anistias (art. 75, 20 da CN).

A Corte argentina ressaltou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que as leis de anistia argentinas violavam os arts. 1º, 8º e 25 da CADH, recomendando que o Estado adotasse medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar⁶⁵. No entanto, restavam dúvidas acerca de quais medidas necessárias deveriam ser tomadas para cumprir com a CADH⁶⁶.

O esclarecimento dessas dúvidas ocorreu com o julgamento da Corte IDH, no caso *Barrios Altos*, ocasião em que ficou decidida a inadmissibilidade das disposições das leis de anistia que excluía a responsabilidade e impediam a investigação de violações de direitos humanos⁶⁷, portanto, tais leis careceriam de validade jurídica. A CSJN concluiu que a “*traslación*” dessas conclusões para o caso argentino seria “imperativa”, pois, apesar de leis editadas em um contexto e por justificações diversas daquelas encontradas no caso peruano, materialmente, compartilhavam do mesmo vício, que seria o de garantir a impunidade de graves violações de direitos humanos.

Rosatti (2013, p. 91) considera que *Simón* alterou a compreensão sobre a vinculação da jurisprudência da Corte IDH, por determinar que as decisões dirigidas a outros Estados deveriam influenciar nas questões relativas à Argentina, o que nos aproximaria, para fins da pesquisa, a uma eficácia *erga omnes* das sentenças da Corte IDH. Mas, por outro lado, em sua leitura acadêmica, as sentenças da Corte IDH direcionadas a outros Estados, em casos idênticos, devem ser levadas em consideração (*tener en consideración*) como um fator de vinculatividade potencial (*vinculatoriedad potencial*).

Por fim, no caso *Mazzeo* (2007)⁶⁸, a CSJN acolheu a obrigação de cumprimento do controle de convencionalidade das leis argentinas, tal como deter-

64 Considerando nº 17 (*imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones*)

65 Considerandos nº 19 e 20 e Informe 18/92 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

66 Considerando nº 22.

67 Considerando nº 23.

68 *Mazzeo*, Julio Lilo y otros s/ rec. Fallos 330:3248 (2007).

minada pela Corte IDH⁶⁹. O caso em análise foi trazido à Suprema Corte para que confirmasse a declaração de inconstitucionalidade do Decreto de indulto 1002/89, conferido pelo Poder Executivo Nacional (PEN) em favor de Santiago Omar Riveros e outros, por atos considerados como crimes de lesa humanidade.

Após ressaltar a natureza tipicamente internacional da definição dos crimes categorizados como de lesa humanidade⁷⁰, a Corte ocupou-se de demonstrar que tais definições deveriam ser acolhidas no plano interno em função da mudança de paradigmas do direito internacional, que não seria apenas marcado pela relação entre Estados soberanos, mas assumia, após 1945, uma feição humanitária com os direitos humanos⁷¹. Os instrumentos internacionais, por sua vez, preveem direitos inerentes à dignidade que preexistem ao ordenamento estatal (parâmetros universalmente válidos), e não podem ser violados pelo Estado⁷². Ainda que tenham sido previstas na constituição e atribuída sua devida importância, algumas disposições do direito internacional independem do consentimento expresso das nações para exercerem força obrigatória, o chamado *jus cogens*. Tais normas impõem a vedação do cometimento de crimes de lesa humanidade, inclusive em épocas de guerras⁷³ e existiam na época do cometimento dos crimes analisados⁷⁴. Ademais, por sua força, demandariam que tais crimes sejam investigados.

Tais princípios foram reforçados pela CADH e pelo PIDCP e incorporados ao direito argentino, em contínua interação, ao ordenamento constitucional

69 A conclusão da CSJN no caso *Mazzeo* não é unanimidade entre os autores argentinos. Malarino (2011, p. 440-442), por exemplo, considera que a doutrina do controle de convencionalidade, tal como desenvolvida pela Corte IDH, está fundada em premissas ilógicas: afirmar o monopólio da palavra final no âmbito internacional não é uma premissa capaz de tornar a jurisprudência da corte interamericana vinculante no direito interno dos países que ratificaram a CADH. Ademais, ainda com Malarino, o que faz parte do direito argentino é a CADH, e não a jurisprudência da Corte IDH. O autor argumenta, por conseguinte, que a frase "servir de guia" não é capaz de demonstrar uma diretriz mais clara sobre a força vinculante da jurisprudência interamericana, pois ela pode ensejar tanto uma obrigação de seguir (sentido rejeitado pelo autor), quanto uma obrigação de consideração (interpretação sufraga pelo autor, que defende a possibilidade de rejeição e distinção dos precedentes da Corte IDH).

70 Considerandos nº 09 e 10.

71 Considerando nº 11.

72 Considerandos nº 12 e 13.

73 Considerando nº 15.

74 Considerando nº 16.

pós-reforma de 1994⁷⁵. A atribuição de hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos significou o reconhecimento da importância das obrigações internacionais relativas à proteção humana e, jurisprudencialmente, o caso *Ekmekdjian* impôs que as decisões da Corte IDH servissem de *incontornável pauta interpretativa* para que tais obrigações fossem concretizadas no âmbito judicial⁷⁶. Por fim, a Corte lembrou o caso *Almonacid Arellano* (2006) para sugerir que a obrigatoriedade de tomar em conta a jurisprudência da Corte IDH se qualifica como uma decorrência do controle de convencionalidade⁷⁷.

Para Maria Ábalo (2013, p. 268), *Mazzeo* representa a recepção do Controle de Convencionalidade de ofício na Argentina, no qual a Suprema Corte sugere ao poder judiciário da Nação que não se limitem à realização de um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade *ex officio*. Ademais, para Amaya (2017, p. 379) e Pizzolo (2017, p. 483) seria possível demarcar uma diferença qualitativa na interpretação da suprema corte ao longo do tempo com base na sua mudança de linguagem, ao sugerir que a jurisprudência da Corte IDH deixaria de ser um mero guia (*Ekmekdjian*), para tornar-se uma incontornável ou imprescindível pauta (*Mazzeo*). Posteriormente, em *Videla* (2010), a CSJN reafirmou seu compromisso com a realização do Controle de Convencionalidade, inclusive *ex officio*⁷⁸.

A análise mais ampla e empírica das citações da CADH e da Corte IDH por parte da SCJN esbarra na falta de informações sobre a quantidade de processos julgados pela Corte Suprema anteriores à 2012. Foi apenas em 2013, por determinação da Lei 26.856/13, que a corte publicou em seu sítio oficial dados estatísticos sobre as causas julgadas e pendentes de julgamento na Corte⁷⁹. A SCJN

75 Considerando nº 17-19.

76 Considerando nº 20 (*Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*)

77 Considerando nº 21.

78 Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación, V. 281. XLV, 2010, Considerando nº 10.

79 Art. 2º - *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores que integran el Poder Judicial de la Nación deberán publicar una lista de la totalidad de las causas que se encuentren en trámite ante dichos estrados, cualquiera sea la vía procesal que hayan transitado. La lista deberá ser actualizada diariamente y deberá indicar número de expediente, carátula y objeto de la causa, fuero de origen, fecha de inicio de las actuaciones, estado procesal y fecha de ingreso al respectivo tribunal.*

Julga, em média, 10 mil processos por ano, mas nem todos exigem manifestação dos juízes, tendo em vista que sua competência recursal se estabelece de forma discricionária e com base na transcendência do tema em análise.

Desses casos, ademais, nem todas as sentenças apresentam fundamentos desenvolvidos pela corte, as quais serviram como base para a pesquisa deste relatório. Dessa forma, levamos em consideração, para aferir a quantidade de citações à Corte IDH, apenas as sentenças com fundamentos desenvolvidos, o que não significa que englobem todas as sentenças editadas pela Corte naquele ano analisado⁸⁰.

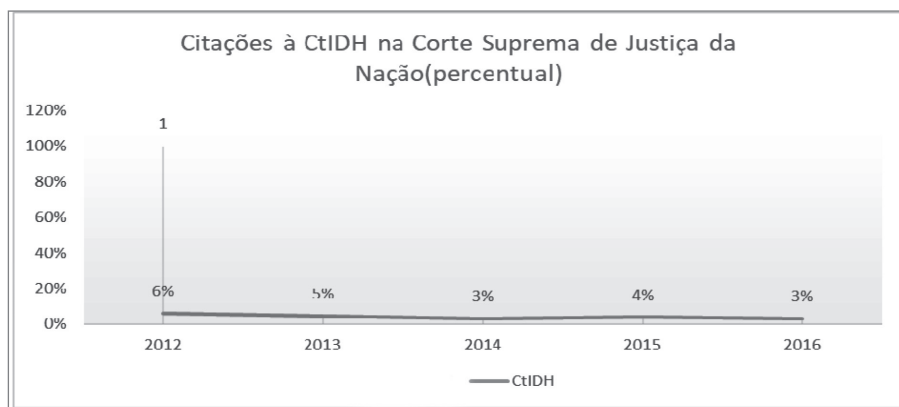


Figura 1. Distribuição da população de casos da CSJN que citam a Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2012 a 2016 (em percentual)⁸¹.

80 As informações disponíveis não incluem o ano de 2017. 1) Casos decididos em 2012: 9.526/Casos com fundamentos desenvolvidos: 155/ Citações à Corte IDH: 9; 2) Casos decididos em 2013: 9.458/Casos com fundamentos desenvolvidos: 199/ Citações à Corte IDH: 9; 3) Casos decididos em 2014: 10.125/ Casos com fundamentos desenvolvidos: 271/ Citações à Corte IDH: 8; 4) Casos decididos em 2015: 8.910/Casos com fundamentos desenvolvidos: 185/ Citações à Corte IDH: 7; 5) Casos decididos em 2016: 7.615/Casos com fundamentos desenvolvidos: 132/ Citações à Corte IDH: 4.

81 O cálculo da frequência relativa (f) é obtido pela razão entre o número de ocorrências de sentenças que citam a Corte Interamericana de Direitos Humanos (F) pelo número de sentenças com fundamentos desenvolvidos julgadas por ano (n), onde $(f) = \frac{F}{n}$. A frequência de sentenças que citam a Corte Interamericana (F) foi obtida através de pesquisa textual no site <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>, no campo “Fallos Completos (1994-2018)”, com o parâmetro “corte interamericana”, de 2012 a 2016, acesso em 01 de março de 2018. O número de sentenças julgadas por ano (n) foi obtido por meio dos dados estatísticos constantes do sítio <https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/sentencias-de-la-corte-suprema>, acesso em 01 de março de 2018.

1.B) Alterações na composição da CSJN e no controle de convencionalidade? Análise do caso *Fontevicchia* (2017) e de suas repercussões.

Mais recentemente, um precedente da CSJN pode colocar toda a construção acima a perder, principalmente, no que tange aos efeitos *erga omnes* das decisões da Corte IDH no direito argentino expostas em *Simón* (2005) e *Maxzeo* (2007). Muito embora o caso analisado a seguir revise algumas teses anteriormente esposadas pela Suprema Corte argentina sobre o exercício do controle de convencionalidade difuso, outros pontos poderão ser mais bem explorados, especialmente as diversas formas e funções de comunicação transjudicial entre as cortes.

A CSJN teve de decidir sobre a solicitação do Ministério de Relações Exteriores e Culto da Nação para que fosse cumprida medida de reparação determinada pela Corte IDH no caso *Fontevicchia vs. Argentina* (2011), no sentido de deixar sem efeito a condenação civil imposta pela Suprema Corte aos srs. Jorge Fontevicchia e Héctor D'Amico, assim como todas suas consequências jurídicas.

Em 2014, A procuradora geral da nação, Alejandra Gils Carbó, reforçou, com base em precedentes da Corte IDH⁸², da própria CSJN⁸³ e na CADH (art. 68.1), que a medida de reparação requerida deveria ser cumprida pela corte da Nação, não obstante a ausência de vias procedimentais específicas para sua concretização. Em fevereiro de 2017, entretanto, a CSJN decidiu não dar cumprimento à medida de reparação estipulada pelo tribunal internacional, quebrando linha jurisprudencial iniciada em *Ekmejdjian* (1992) e sedimentada em *Maxzeo* (2007) no sentido de cumprir, ainda que por vezes contrariada⁸⁴, as sentenças da Corte IDH.

82 Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* e *Caso Kimel vs. Argentina* e *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.

83 Fallos: 327:5668, *Espósito* e Fallos: 334:1504, *Derecho, René*. Nesses casos, a corte suprema determinou que suas decisões anteriores ficariam sem efeito em função de condenações internacionais por parte da Corte IDH.

84 Em 2004, no caso *Espósito*, após a condenação do Estado argentino em *Bulacio* (2003), a CSJN considera que o cumprimento da decisão que afastou a imprescritibilidade do crime cometido por oficial da força policial argentina era obrigatório, ao ponto de sobrepor-se as suas próprias decisões (Considerando nº 06). Não obstante dar cumprimento à decisão internacional, a CSJN deixou claro que não compartilhava do critério restritivo da Corte IDH ao direito à defesa do réu, tal como previsto no art. 18 da CN (Considerando nº 12). Sustentou ser paradoxal o Estado argentino ter

Em sua decisão⁸⁵, uma nova composição da CSJN⁸⁶ sustentou não estar deixando de reconhecer a obrigatoriedade da sentença da Corte IDH para o Estado argentino, por conta do art. 68.1 da CADH, porém sua obrigatoriedade estará condicionada ao alinhamento das competências do tribunal internacional e de suas capacidades de impor medidas de reparação (*remediales*)⁸⁷.

A Corte IDH não seria uma quarta instância⁸⁸ capaz de rever ou anular decisões jurisdicionais estatais, mas uma instância subsidiária, coadjuvante e complementar⁸⁹, cuja forma de atuação conferiria aos Estados margem de apreciação nacional⁹⁰. Dessa forma, deixar sem efeito uma decisão interna transita-

de cumprir as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, restringindo fortemente os direitos de defesa e de um pronunciamento dentro de prazo razoável, garantido ao acusado pela CADH (Considerando nº 16).

85 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevéccia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

86 Rossi (2017, p. 275-278), Pizzolo (2017, p. 498) e Del Río (2017b) sugerem que a mudança na chefia do Executivo impactou na composição e na orientação da corte suprema sobre temas sensíveis aos Direitos Humanos. O governo Macri, de vertente conservadora e neoliberal, indicou os juízes Carlos Rosenkrantz e Horacio Rosatti (sem seguir o Decreto Nº 222/03 e aproveitando o recesso do Senado para inseri-los na corte sem a ratificação do órgão legislativo), contrários a uma deferência maior às decisões da Corte IDH, além dos últimos terem influenciado a mudança de posicionamento de Nolasco e Lorenzetti. Lorenzetti, por exemplo, mudou radicalmente sua posição, tendo em vista que votou em outro sentido em *Marzco* (2007). Del Río (2017a), cientista político argentino radicado no Brasil, sugere que o governo Macri não prioriza pautas de Direitos Humanos. Macri, outrossim, indicou para compor a CIDH, mas não obteve sucesso, Carlos Horacio De Casas, advogado de militares suspeitos de praticarem violações de Direitos Humanos, de postura conservadora quanto aos direitos dos réus e crítico das posições do SIDH para com a Argentina.

87 Considerando nº 06.

88 Alguns autores concordariam com a leitura da CSJN, cf. Clément (2009). Ao tratar da determinação de reabrir processos criminais e suspensão dos efeitos de decisão interna, aquele autor sugere que ambas seriam indícios de uma força cassatória das competências da Corte IDH. Outros autores (HITTERS, 2015, p. 03-04) estão mais confortáveis com a possibilidade de caracterizar a Corte IDH como uma quarta instância, pois, a fim de garantir a unificação da interpretação jurídica dos países, certa eficácia transcendente à atividade da Corte deve ser esperada, tal como um recurso de cassação regional (*casación regional*). Midón (2016, p. 42), por exemplo, chega ao extremo de considerar a Corte IDH como um órgão supranacional, sustentando sua posição privilegiada para concretizar um *ius commune* interamericano e justificando a força cassatória de suas decisões. Por fim, para Pizzolo (2017, p. 480), o acoplamento com o direito internacional dos direitos humanos promoveu uma mudança estrutural nas instâncias processuais internas da Argentina, introduzindo a possibilidade de revisão de decisões internas pela Corte IDH.

89 Considerando nº 08 e 09.

90 Considerando nº 10.

da em julgado seria o mesmo que revogá-la, transformando o tribunal internacional em instância revisora das decisões da suprema corte⁹¹. Além de exceder e violar princípios estruturais do SIDH, problemas processuais decorreriam dessa nova função, porquanto o processo internacional não se caracterizaria por ser uma continuidade daquele desenvolvido pela CSJN por dispor de elementos diferentes, principalmente as partes e a matéria probatória.

De acordo com a CSJN, não estaria dentro da competência reparatória da Corte IDH deixar sem efeito decisões dotadas da força de coisa julgada. Não haveria competência textual explícita, ou mesmo indícios nos trabalhos preparatórios do tratado, para que o tribunal internacional pudesse decidir, livremente, sobre as reparações a serem impostas aos Estados⁹².

Por fim, a Constituição Argentina não poderia ser revogada ou afetada por tratados internacionais, principalmente em hipóteses nas quais temas estruturais do direito público estivessem em pauta (art. 27 da CN)⁹³. A Corte suprema é órgão último do corpo judicial da Nação, posição inalterada pela constitucionalização dos tratados internacionais em 94, pois aqueles não afetaram a parte orgânica da Constituição e não poderia a CSJN ser substituída, nesta posição, pela Corte IDH (arts. 27 e 108 da CN⁹⁴). Por fim, a Constituição não permite que o direito internacional, sem nenhum escrutínio, deixe de fazer com que as decisões constituintes prevaleçam⁹⁵.

Poucos meses depois da decisão da Suprema Corte Argentina, a Corte IDH respondeu, diretamente, aos argumentos apresentados. Ou seja, o tribunal in-

91 Considerando nº 11.

92 Considerando nº 12 a 14.

93 *El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.*

94 *El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.*

95 Considerandos 16 a 19. As construções da Corte resgatam a posição vencida do Juiz Fayt no caso *Simón* (2005), no qual defendeu a imprescritibilidade como um princípio fundamental do direito público argentino, invocável por conta do art. 27 da CN (considerando 44) e a existência da margem de apreciação dos Estados, no sentido de acomodarem as normas provenientes do direito internacional (Considerando 48). Importante notar que o juiz não desconsidera os importantes passos dados pela Corte em *Ekmekdjian* (1992), mas sustenta que não fora atribuído aos tratados internacionais status supraconstitucional, mas prioridade sobre as leis internas, com base no art. 27 da CVDT (Considerando 51). Abramovich (2017, p. 93-95) também considera a atual posição da CSJN como um resgate das ideias de Fayt.

ternacional não apenas reforçou a necessidade de cumprimento de sua decisão rejeitada com base em seus precedentes ou nas normas da CADH, mas contrapôs-se aos fundamentos utilizados para tal rejeição no âmbito de um procedimento não contencioso, que é o cumprimento de sentença.

A Corte IDH inicia sua manifestação lembrando o dever de cumprimento de sua decisão como manifestação do princípio básico de direito internacional sobre a responsabilidade internacional dos Estados, o qual prescreve que os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*) e a partir do disposto na CVDT⁹⁶.

Tendo em vista que as decisões da Corte IDH formam coisa julgada internacional, o cumprimento do disposto em sua sentença seria uma obrigação não sujeita a condicionantes, pois estariam em conformidade ao art. 68.1 da CADH. Por outro lado, os Estados possuem a obrigação convencional de implementar no âmbito interno o disposto pela Corte IDH em suas sentenças, sob pena de, no seu descumprimento, incorrer em ilícito internacional⁹⁷.

Os Estados, sustenta a Corte IDH, não podem suscitar normas constitucionais ou outros aspectos de direito interno para justificar a falta de cumprimento das obrigações contidas no tratado. Nesse sentido, a discussão do caso não concerne a disputa entre a suposta supremacia de algum direito em face de outro, mas sim de fazer cumprir aquilo a que os Estados soberanos se comprometeram em um tratado, incluindo seus órgãos judiciários⁹⁸.

Para o cumprimento do dever de “deixar sem efeito” as sentenças internas, corresponderia à Argentina identificar quais ações deveriam ser implementadas ou por qual via de seu direito interno seria possível cumprir com aquela medida de reparação. A Suprema Corte da Nação, por exemplo, interpretara que o solicitado acima seria sinônimo de revogação de sua sentença emitida em 2001. Ao ordenar a reparação em sua sentença, a Corte IDH não fez qualquer indicação que para cumpri-la, devidamente, o Estado teria de revogar as sentenças internas, mas sim apenas adotar as medidas judiciais necessárias para deixar sem efeito as sentenças violadoras da CADH⁹⁹. Salientou, ademais, que essa

96 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, § 12.

97 § 13.

98 §14.

99 §16.

mesma medida de reparação já fora cumprida por outros países e pela própria Argentina em casos similares¹⁰⁰.

O diálogo se aprofunda quando a Corte IDH passa a sugerir formas pelas quais a Suprema Corte poderia ter dado cumprimento à sentença, em substituição à revogação processual, indicando, como exemplo: a possível eliminação da publicação da decisão interna das páginas da *web* ou, caso a mantenha, que fosse inserida algum tipo de anotação indicativa da qualidade de decisão considerada violadora da CADH pela Corte IDH¹⁰¹.

A Corte IDH alerta que não caberia à CSJN decidir quando uma de suas sentenças será, ou não, de cumprimento obrigatório, pois a obrigatoriedade delas decorre da ratificação da CADH e do reconhecimento da competência contenciosa do tribunal internacional. Com efeito, a sentença da Corte IDH declarou um ato da Suprema Corte como violador de Direitos Humanos, e condicionar o cumprimento desta declaração seria o mesmo que subordinar os mecanismos de proteção previstos no tratado internacional aos caprichos dos Estados, além de tornar inoperantes as funções da Corte IDH¹⁰².

Apenas a Corte IDH seria competente para determinar o alcance de suas próprias competências¹⁰³, o que inclui certa margem de discricionariedade judicial (*margen de discreción judicial*) na determinação da medida de reparação correspondente para reparar integralmente uma violação, ainda que tal medida extrapole as tradicionais compensações pecuniárias¹⁰⁴.

Decisões de tribunais supremos dos Estados podem violar Direitos Humanos e sua posição constitucional não protegem suas decisões de serem declaradas sem efeitos por violarem tratados, ou seja, não se trata de revisar uma interpretação interna, mas de identificar um ato estatal como descumpridor de suas obrigações internacionais. Do contrário, caso o controle interno sugerido pela suprema corte fosse possível, a proteção internacional seria ilusória¹⁰⁵.

100 § 20.

101 § 21.

102 §§ 23 e 24. A manifestação da Corte IDH também serviu para que pudesse expor seu descontentamento para com a nova posição da CSJN, lamentada por não ser mais um exemplo positivo no exercício do controle de convencionalidade difuso. § 25.

103 § 26.

104 §§ 26-28.

105 §§ 31-34.

Um par de meses depois, a CSJN editou Resolução¹⁰⁶ incorporando a sugestão feita pela Corte IDH de assentar, junto à decisão da corte suprema, legenda indicativa de sentença declarada incompatível com a CADH pela Corte IDH. A resolução inicia pontuando que a Corte IDH esclareceu (*aclará*) que sua sentença condenatória não implicava na obrigatoriedade de revogação jurídica da decisão da Corte Suprema¹⁰⁷.

A Resolução reforça, inclusive, que a manifestação da Corte IDH seria consistente com os argumentos desenvolvidos pela CSJN no início do ano de 2017, no sentido de declarar improcedente a revogação internacional de suas sentenças dotadas de autoridade de coisa julgada¹⁰⁸. Por fim, ordenou a realização de uma anotação indicativa de violadora da CADH na decisão da Corte Suprema em casos semelhantes, quando não vulnerarem os princípios dispostos no art. 27 da CN¹⁰⁹.

Um guia ou uma pauta incontornável?

O questionamento a ser feito, após as recentes manifestações da Suprema Corte Argentina, é saber quais mudanças ocorreram na interpretação anteriormente realizada sobre o controle de convencionalidade exercido de ofício. A argumentação da Suprema Corte é questionável e, por vezes, parece confundir alguns conceitos relacionados ao direito internacional dos direitos humanos, portanto, iremos nos ater àquilo que nos parece de maior importância no sentido de afastamentos e continuidades de sua jurisprudência.

O efeito erga omnes das decisões da Corte IDH: a atual compreensão da corte argentina parece impactar, diretamente, a força vinculante das decisões da Corte IDH no direito interno argentino. Em *Mazzeo* (2007), especialmente ao tratar de importantes normas de direitos humanos de natureza cogente, a CSJN confirmou a natureza vinculante dos pronunciamentos internacionais, especialmente, daqueles não direcionados ao Estado argentino. O caráter vinculante da jurisprudência da Corte IDH na Argentina parece ficar mais evidente, quando contrastada com a doutrina da CSJN sobre a natureza dos pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),

106 CSJN, Resolução 4015/17, de 05/12/2017.

107 Considerando nº 01.

108 Considerando nº 02.

109 Considerandos nº 03 e 04. Não foi possível identificar se o processo fora, ou não, arquivado.

que, muito embora devam ser levados em consideração como guia interpretativo e credora dos melhores esforços do Estado no sentido de sua implementação, nunca foram considerados, expressamente vinculantes¹¹⁰.

Não podemos correlacionar o erro na interpretação da Corte Suprema ao negar cumprimento à sentença internacional com a negativa de realização do controle de convencionalidade difuso, muito embora sua nova atitude afete o último. A Corte IDH tem razão ao presumir a má-fé do Estado no descumprimento de uma sentença internacional, proferida no bojo de processo no qual lhe fora garantido o devido processo legal¹¹¹. Além de não ser sentença de tribunal estrangeiro, cuja legislação de base poderia contrapor-se ao direito ou a ordem pública argentinas, a Corte IDH não está impondo o cumprimento de decisão da qual o Estado argentino não tenha feito parte.

Não é possível, por outro lado, caracterizar como um dos elementos do exercício do controle de convencionalidade de ofício a obrigação estatal de cumprir com as sentenças condenatórias oriundas de tribunais internacionais. O controle de convencionalidade decorre da aplicação de precedentes da Corte IDH e da interpretação da CADH por parte de todos os órgãos do Estado, exatamente para que, antecipando juízos censórios da Corte de São José, os atos daqueles órgãos não sejam questionados internacionalmente¹¹². Dessa forma, recursar-se a cumprir uma medida de reparação direcionada a um órgão específico do Es-

110 Casos *Acosta* (1998) e *Felicetti* (2000). Muito embora tal natureza não vinculante dos informes da CIDH tenha sido questionada em casos recentes, restam dúvidas quanto à posição definitiva da CSJN. Uma maioria apertada conferiu caráter obrigatório aos informes de mérito da CIDH em *Latrubesse* (2013), porém, apenas dois juízes confirmaram um caráter vinculante próximo daquele conferido às sentenças da Corte IDH (Fayt e Zaffaroni), por outro lado, Petracchi e Maqueda outorgaram um menor grau de obrigatoriedade, sendo cabível ao Estado margem de apreciação quanto às formas de reparação e a minoria, composta por Lorenzetti e Highton de Nolasco, atribuiu um grau ainda menor de vinculação, salientando que seu descumprimento não ensejaria a responsabilização internacional do Estado. Mais recentemente, em *Faifman* (2015), com uma nova composição, a CSJN considerou, unanimemente, que o Estado argentino deveria cumprir, obrigatoriamente, os termos do Informe de Mérito da CIDH, porquanto em solução amistosa perante aquele órgão houve o reconhecimento internacional de sua responsabilidade. Nesse caso, não compunham mais a corte Zaffaroni e Petracchi, e Lorenzetti e Highton de Nolasco votaram com a corte. Midón (2016, p. 196) considera que ainda resta um posicionamento mais claro sobre o alcance da obrigatoriedade dos informes da CIDH, portanto, muito embora talvez haja uma tendência, ainda não podemos argumentar no sentido de uma revogação dos precedentes referenciados no início da nota.

111 Cf., nesse sentido, Abramovich (2017, p. 87)

112 Hitters (2015, p. 76-77) confirma que seria a doutrina jurídica (*doctrina legal*) e não a sentença de outro Estado, que é obrigatória e vinculante no controle de convencionalidade.

tado não significa que a Corte argentina tenha negado toda ou qualquer forma de controle de convencionalidade.

Muito embora não estivesse tratando, especificamente, sobre o caso em análise, nos parece que Mario Midón (2016, p. 128)¹¹³ concordaria com o argumento apresentado acima, pois reitera serem pontos distintos sustentar, de um lado, a defesa da obrigatoriedade das decisões emanadas dos órgãos decisórios do SIDH que envolvem o Estado e outro distinto considerar decisões do sistema como pauta incontornável de interpretação para os poderes constituídos.

Com efeito, a condicionante imposta pela CSJN impactará na forma pela qual o exercício do controle convencional será realizado, pois nada impedirá juízos que condicionem a incidência de um precedente interamericano no direito argentino. Contudo, da análise da jurisprudência posterior à *Fontevicchia* (2017), não é possível inferir que aquela corte tenha alterado sua posição de considerar a jurisprudência da Corte IDH uma importante pauta na interpretação dos direitos fundamentais da Nação.

A CSJN considerou legal a proibição de associação sindical de policiais na província de Buenos Aires¹¹⁴. De acordo com sua argumentação, além de proibição passível de ser extraída por meio de interpretação histórica da Constituição (art. 14 *bis* da CN), tratados internacionais sobre direitos humanos de status constitucional na Argentina, tais como a CADH (art. 16.2 e 3), condicionariam a possibilidade de sindicalização do militar às regras do direito interno¹¹⁵. Em sendo assim, avaliou a CSJN estar de acordo com a jurisprudência da Corte IDH sobre a legitimidade de restrições à direitos humanos, mais especificamente com a OC 06/86, ao estipular em lei formal da província de Buenos Aires a proibição à sindicalização do policial¹¹⁶.

Ao discutir sobre a possibilidade de conferir prisão domiciliar por motivos de saúde à condenado por crimes contra a humanidade perpetrados durante a ditadura argentina, mas cuja sentença ainda não transitara em julgado, a CSJN citou a Corte IDH para afirmar a necessidade de se garantirem condições dignas aos encarcerados, tais como, por exemplo, assistência médica regular, por

113 O autor formulou tal conclusão ao analisar a evolução da jurisprudência da CSJN acerca da natureza vinculante, ou não, das decisões de órgãos do Sistema.

114 *Sindicato Policial Buenos Aires*, Fallos: 340:437, 11/04/2017.

115 Considerando nº 14.

116 Considerando nº 19.

estarem em posição especial de sujeição em relação ao Estado (Vera Vera y otra vs. Ecuador, sentencia de 19 de mayo de 2011, párrafo 43)¹¹⁷

Em polêmica decisão¹¹⁸, a CSJN atribuiu efeitos ultrativos à lei revogada para beneficiar condenados por crimes de lesa humanidade, previstos no código penal¹¹⁹. No caso, o computo da detenção se fez com base na lei 24.390 (1994), que alterou o art. 2 do Código Penal, estipulando que, logo após o cumprimento dos dois primeiros anos de prisão preventiva, se computariam dois dias de prisão definitiva por cada dia de encarceramento cautelar cumprido.

O MP não concordava com a aplicação da lei 24.390, pois ela teria sido revogada em 2001 pela lei 25.430, portanto, a questão cingia-se à aplicação ultrativa da norma penal mais benéfica de natureza processual, mas de efeitos materiais. A lei mais benéfica fora revogada em 2001, os fatos foram cometidos antes de sua entrada em vigor (1976), o encarceramento preventivo (2007) e o trânsito em julgado da sentença condenatória (2013), por sua vez, ocorreram após sua revogação. A Corte considerou que a lei 24.390 seria uma forma de complementar o art 7.5 da CADH, e que o artigo do CP em comento teria aplicação, não importando o caráter continuado ou o tipo de crime envolvido¹²⁰. A CSJN citou a Corte IDH para sugerir a inexistência de jurisprudência acerca da não aplicação da lei penal mais *benigna* à delitos de caráter permanente (Gelman vs. Uruguay/2011, Tiu Toj in vs. Guatemalau /2008, Argüelles y otros vs. Argentina/2014)¹²¹.

117 *Alespeiti*, Fallos: 340:493, 18/04/2017.

118 Los organismos de derechos humanos acordaron una declaración conjunta para repudiar el fallo de la Corte Suprema (<https://www.pagina12.com.ar/35531-abre-la-puerta-a-la-impunidad-de-los-genocidas>); Avruj dijo que acuerda con la decisión de la Corte (<https://www.pagina12.com.ar/35533-apoyo-oficial-para-el-fallo>); El Presidente rompió el silencio por el 2x1: "Estoy en contra de cualquier herramienta que facilite la impunidad" (<http://www.ambito.com/882368-el-presidente-rompio-el-silencio-por-el-2x1-estoy-en-contra-de-cualquier-herramienta-que-facilite-la-impunidad>) e Según una encuesta, el 88% está en desacuerdo con el fallo de la Corte que le otorgó el beneficio del "2x1" a un repressor (<http://www.ambito.com/882018-segun-una-encuesta-el-88-esta-en-desacuerdo-con-el-fallo-de-la-corte-que-le-otorgo-el-beneficio-del-2x1-a-un-represor>).

119 *Bignone*, Fallos: 340:549, 03/05/2017.

120 Considerando nº 08-10.

121 Considerando nº 13. Gargarella (2017, p. 90) cuestiona os critérios de seleção dos casos por parte desta formação da Suprema Corte, tendo em vista que os casos julgados envolvem, de alguma forma, ataques à posição do SIDH no direito argentino ou questões que tratam sobre crimes contra a humanidade.

O congresso editou, em menos de 24h após o início do trâmite parlamentar, a lei 27.362 que excluía da aplicação ultrativa da lei revogada os crimes contra a humanidade, além de ser aplicável, imediatamente, a todos os casos em trâmite no judiciário.

Em caso envolvendo o encarceramento de adolescentes¹²², muito embora tenha confirmado a sentença condenatória das instâncias inferiores baseadas na lei 22.278, a CSJN realizou exortação ao legislador para que adequasse o marco legal argentino nos termos da jurisprudência da Corte IDH esboçada no caso *Mendoza vs. Argentina* (2013)¹²³. Considerou a CSJN que o juiz do caso não dispunha de marcos normativos seguros para realizar juízos de liberdade antecipada, com base em revisões periódicas exigidas pelos marcos internacionais, e que a CSJN não poderia, sob pena de violar a Constituição, substituir um sistema normativo geral (o da lei 22.278), por outro.

Em *Milagro Amalia*¹²⁴, a CSJN atendeu ao pedido de prisão domiciliar determinado em Medidas Provisórias pela Corte IDH, sugerindo seu cumprimento em caráter de urgência, muito embora tenha ressalvado que o pedido feito não menosprezava as atribuições dos demais poderes ou da Constituição Nacional. Em voto concorrente, tão somente no que pertinente ao Considerando nº 11, o Presidente da Corte afirmou que tal pronunciamento não alterava o assentado meses antes em *Fontevicchia* (2017), pois, em sua opinião, as situações eram diversas e não havia uma sentença interna anterior transitado em julgado.

Em ação que julgava a inconstitucionalidade de leis e da Constituição da província de Salta, as quais dispunham sobre o ensino obrigatório da religião Católica nas escolas públicas¹²⁵ (Considerando nº 01), a CSJN utilizou a caracterização de igualdade desenvolvido pela Corte IDH no caso *Atala Riffo* (2012), a fim de justificar a utilização de um escrutínio mais estrito na utilização de categorias suspeitas, tais como políticas públicas que prevejam ensino confessional católico exclusivo para crianças.

No caso *Goye*, sobre duração razoável do processo, a CSJN considerou que o réu não poderia ser culpado pela demora injustificada das autoridades públicas em seu julgamento, determinando a anulação da sentença inferior.

122 A. C. J., Fallos: 340:1450, 31/10/2017.

123 Considerando 05-09.

124 *Milagro Amalia*, 05/12/2017, Considerando nº 11.

125 *Castillo*, Fallos: 340:1795, 12/12/2017.

Em sua decisão, além de mencionar seus próprios precedentes¹²⁶, a Corte lembrou o caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007), para sugerir que o imputado não seria responsável por velar pela celeridade e diligência das autoridades no desenvolvimento do processo penal, não podendo recair sobre si o ônus do retardo judicial¹²⁷.

E, mais recentemente, quando a CSJN afirma, na mesma linha argumentativa de *Acosta*, que a jurisprudência da Corte IDH deve servir de *guia* para a interpretação de preceitos convencionais na ordem internacional (Fallos 321: 3555), para, em seguida, citar os casos da corte de São José *Castillo Petruzzi* (1999) e *J. vs. Perú* (2013) no sentido de reforçar a necessidade de garantir-se o juízo natural em processos criminais¹²⁸.

Após a exposição e descrição dos casos, algo mudou no exercício do controle de convencionalidade exercido pela CSJN. Inicialmente, não nos parece que a CSJN tenha se negado a realizar, completamente, o controle de convencionalidade difuso de ofício, porquanto a CADH continua sendo aplicada diretamente e a jurisprudência da Corte IDH continua sendo citada e desenvolvida.

Contudo, pudemos constatar que a corte suprema não utilizou mais a expressão que se tornou referência da obrigatoriedade das decisões da Corte IDH para a CSJN, pauta incontornável (*insoslayable pauta*). Muito embora em nenhum dos casos pós-*Fontevicchia* (2017) o caráter vinculante dos precedentes do tribunal interamericano tenha sido contestado diretamente, no caso *Romero Feris* (2018) a corte voltou a utilizar o termo *guia*, ao invés de *pauta*, sugerindo uma possível diminuição na força vinculante do precedente internacional.

Nossas conclusões não são necessariamente semânticas, ou seja, a preocupação não é perquirir se a palavra *guia* denota uma vinculação mais forte do que *pauta*, mas como os comentadores da jurisprudência da CSJN e sua própria prática encaram seu dever de considerar os precedentes da Corte IDH. Dessa forma, a Corte argentina não parece caracterizar-se a partir de uma postura de resistência, porquanto os argumentos de soberania mobilizados em *Fontevicchia* (2017) não serviram para afastar ou demonstrar indiferença à Corte IDH, porém não nos parece que, atualmente, a Corte Suprema continue sua postura

126 Barra, Fallos: 327: 327.

127 Goye, 26/12/2017, Considerando nº 05.

128 Romero Feris, 20/02/2018, Considerando nº 08.

convergente (seguimento rigoroso/ *seguimiento a rajatabla*)¹²⁹ de outrora, representada pela fórmula da pauta incontornável.

O retorno à utilização da expressão *guia* e outras medidas interpretativas podem servir de indício para a leitura de uma postura engajada relacional da CSJN, quando, por exemplo: 1) A corte argentina não ignora os precedentes da Corte IDH sobre temas e casos semelhantes aos analisados por ela (*Sindicato Policial Buenos Aires, Alespeiti, Bignone, Goye, Castillo, Romero Feris*); 2) após avergar a inexistência de precedentes aplicáveis da Corte IDH ou, caso existentes, tenha concluído que sua posição baseada na Constituição Nacional não os contraria, a CSJN avança em interpretações próprias (*Bignone e Sindicato Policial Buenos Aires*); 3) a CSJN aplica doutrinas ou cânones criados pela Corte IDH, como, por exemplo, o teste da não discriminação (*Castillo*) e 4) os precedentes de São José são interpretados, criticamente, e seu alcance passa por considerações de harmonização e compatibilidade com o direito constitucional (A. C. J).

A função transaccional das comunicações transjudiciais: a partir dos casos analisados pré-*Fontevecchia* (2017), foi possível registrar a presença de uma comunicação vertical do tipo direta entre a CSJN e a Corte IDH, porquanto ambas utilizam das decisões desenvolvidas em suas respectivas competências para desenvolver o campo de atuação adjacente a elas, no caso, a proteção de direitos fundamentais/humanos. O controle de convencionalidade foi a via interativa, ou sistema de cooperação, criado pela Corte IDH para realizar a comunicação transjudicial, e a adoção dessa via pela CSJN demonstra sua disposição em participar dela.

A Corte IDH pretende desenvolver, com sua exigência de controle de convencionalidade, uma forma de sobreposição de jurisdições, ou seja, seu escrutínio não se limitaria a um suposto ato ilícito internacional, mas se estenderia à revisão da interpretação da CADH feita por tribunais de última instância do continente a partir da jurisprudência praticada desde São José, aproximando-a de um tribunal de cassação.

Não pretendemos revolver, neste momento, o alcance da fórmula da quarta instância no interior do SIDH¹³⁰, mas apenas sugerir que o controle de con-

129 Gongora-Mera (2013, p. 321) sugeria uma aderência argentina acrítica aos padrões interamericanos, o que interpretaremos como uma postura convergente.

130 De acordo com a fórmula da quarta instância, a Corte IDH não substituirá o papel das autoridades nacionais, transvestindo-se em uma corte de apelação de quarto grau, capaz de corrigir erros

vençionalidade, tal como interpretado pela Corte IDH e descrito no capítulo inicial deste volume, lhe facultaria a possibilidade de revisar decisões tomadas por tribunais internos, mesmo aquelas já protegidas pela força da coisa julgada ou aquelas que arquivaram processos alcançados pela prescrição.

Tal consequência do controle de convencionalidade não passou despercebida pelos autores argentinos, os quais, ou se posicionaram de forma contrária aos avanços da Corte IDH (CLÉMENT, 2009), ou reconheceram a transmutação da Corte IDH de um tribunal internacional, para um tribunal supranacional, cuja jurisdição se sobrepõe à interna. Para os últimos, o ordenamento jurídico argentino teria acolhido essa alteração da função da Corte IDH ao restringir a soberania estatal a partir da constitucionalização dos tratados e da atribuição de força vinculante às decisões daquela corte (HITTERS, 2015, p. 24).

Midón (2016, p. 42 e 119) e Pizzolo (2017, 469-471), por exemplo, advogam a tese de que os órgãos do SIDH seriam supranacionais, por desenvolverem valores comuns aos Estados membros, capazes de submeter as soberanias dos Estados e pelo grau de autodeterminação, fazendo com que a Corte IDH, mais especificamente, passe a desempenhar um papel de tribunal de cassação supranacional de direitos humanos, com o intuito de uniformizar sua interpretação no continente.

Tais considerações poderiam impactar a forma de interação entre as cortes, uma vez que um controle de convencionalidade supranacional poderia significar alguma forma de primazia do direito “supranacional” e o não encerramento do processo interno nos tribunais de última instância, cuja decisão precisaria a ser confirmada pelo tribunal “supranacional”. Nessa hipótese, os conceitos de comunicação transjudicial estariam prejudicados, porquanto elementos de subordinação estariam presentes ao deslocar o momento de encerramento do processo para o plano supranacional.

Nos parece que a forma de interação entre as cortes se apresenta de forma mais complexa do que o discurso da Corte IDH e de parcela dos autores argentinos. O Caso *Fontevéchia*¹³¹ talvez seja evidência de uma nova função atribuí-

interpretativos de fato e de direito supostamente cometidos no exercício de suas jurisdições. As interpretações realizadas pelas cortes nacionais, desde que não violem direitos humanos convencionais, não podem ser reformadas ou submetidas à jurisdição da Corte IDH sob a alegação de que foram decididas de forma equivocada ou injusta (PASQUALUCCI, 2013, p. 125-126).

131 Por Caso *Fontevéchia* nesta seção, pretendemos abarcar todo o conjunto de interações entre a Corte IDH e a CSJN.

da à comunicação transjudicial, tendo em vista o processo de barganha quanto ao alcance de uma medida de reparação.

Os modelos de comunicação partem de um veículo de interação específico, o precedente, para que, a partir dele, uma corte nacional possa extrair o conteúdo interpretativo desenvolvido por uma corte internacional para fins de aplicação a um caso semelhante, ou vice-versa. No caso acima, as cortes apresentaram visões distintas sobre suas competências e o papel que desempenham na proteção dos direitos humanos a partir da CADH, bem como barganharam quanto à melhor forma de cumprir com uma medida de reparação internacional específica.

Em 2011, a Corte IDH, como forma de restituição, obrigou o Estado argentino a deixar sem efeito as sentenças civis emanadas pela CSJN em todos os seus aspectos. A CSJN alegou que não poderia dar cumprimento à sentença condenatória no ponto, pois faleceria à Corte IDH competência cassatória de decisão transitada em julgado. Em resposta, a Corte IDH sugeriu formas de cumprir com a medida restitutiva: retirar do sítio eletrônico ou apostar anotação. A corte argentina escolheu a última.

A comunicação extrapolou, portanto, a utilização da interpretação de um precedente por parte de ambas as cortes, para caracterizar-se como a alteração na natureza do tipo de reparação, pois a retirada do *site* ou a inserção de informações laterais à decisão não parecem servir de medida restitutiva ao *status quo ante*¹³² da violação, mas, no mínimo, como uma medida satisfativa ou simbólica¹³³. Além da alteração de natureza da medida reparatória, a Corte IDH ofereceu duas alternativas menos intrusivas para que a CSJN cumprisse com a sentença internacional, denotando a eficácia das trocas argumentativas feitas

132 De acordo com o que podemos extrair do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Art. 35. *Restituição - Um Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de restituir, ou seja, de reestabelecer a situação que existia antes que o ato ilícito fosse cometido (...).*

133 Art. 37. *Satisfação - 1. O Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de dar satisfação pelo prejuízo causado por aquele ato desde que ele não possa ser reparado pela restituição ou indenização.* Sugerimos a mudança na natureza da medida reparatória a partir dos efeitos processuais decorrentes da medida restitutiva inicial (deixar sem efeito uma sentença), capaz de alterar substancialmente o juízo interno sobre a análise fática e jurídica realizada pela CSJN, bem como extirparia da decisão interna sua capacidade de exercer força de precedente. Retirar dos mecanismos de busca, uma espécie de dever de esquecimento da decisão, não asseguraria os efeitos anteriormente descritos, ao mesmo tempo em que manteria a decisão acessível por outros meios, tais como os tomos impressos editados pela CSJN, demonstrando sua feição simbólica.

entre as cortes e certa margem de apreciação na forma de cumprir a medida satisfativa. A anotação lateral à decisão não acarreta alteração no juízo interno feito pela CSJN ou nos efeitos processuais da decisão transitado em julgado.

Sugerimos, portanto, a inserção de uma nova função à comunicação transjudicial vertical de tipo direto, uma função de comunicação a partir da qual as cortes estão dispostas a transigir quanto à natureza da medida reparatória e quanto as opções de seu cumprimento, estas situadas dentro de um espaço de discricionariedade do Estado receptor das medidas. Trata-se da função *transaccional*, situada, inicialmente, no campo específico das medidas de reparação.

2) O exercício do controle de convencionalidade pelo Congresso da Nação Argentina: a incorporação legislativa da gramática dos Direitos Humanos

O Congresso da Nação Argentina é o órgão que exerce o poder legislativo federal da República Argentina. Trata-se de uma assembleia bicameral, com 329 membros divididos em uma Câmara dos Deputados, composta por 257 deputados, e um Senado, composto por 72 senadores. Sua sede está localizada no *Palacio del Congreso*, na Cidade Autônoma de Buenos Aires. Os senadores cumprem mandatos de seis anos, enquanto os deputados, de quatro anos.

A fim de aferir o controle de convencionalidade por parte do Parlamento Argentino, procedemos, inicialmente, a partir da seguinte metodologia de pesquisa: acessamos o sítio do Congresso da Nação (<http://www.hcdn.gob.ar/index.html>)¹³⁴ e, a partir de pesquisa no campo *proyectos*, inserimos os seguintes termos: “Convencion Americana sobre Derechos Humanos”, “Convencion Americana de Derechos Humanos”, “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, “Corte Interamericana”.

Como resultado, foram encontradas diversas instâncias em ambas as casas congressuais. Uma pequena porção desses projetos intencionava conferir hierarquia constitucional à tratados internacionais sobre direitos humanos do

134 De acordo com informações presentes no sítio, os projetos disponíveis para consulta datam de 1999. A data inicial do banco de dados não influencia a pesquisa, uma vez que consideramos o ano de 2006 como o marco da obrigação do controle de convencionalidade.

SIDH¹³⁵. Outra grande incidência de casos (10) foi contabilizada na contagem de atos legislativos no sentido de internalização de tratados do SIDH¹³⁶.

Em um punhado de casos (04), os parlamentares da Câmara dos Deputados apresentaram moções (*solicitud*) ao Presidente da República para que fosse apresentada Opinião Consultiva a respeito de matérias de interesse do Estado argentino.

Duas delas foram apresentadas, no mesmo dia (26/06/01), pelo Deputado Juan Carlos Ayala. Uma delas visava questionar a Corte IDH se a reserva e as declarações interpretativas contidas no instrumento de ratificação argentina à CADH seriam compatíveis com seu objeto e finalidade (1257-D-2001)¹³⁷. A segunda solicitava à Corte IDH opinião se o relatório dos comitês de Ação Social e Saúde Pública, da Família, Mulheres e Minoritário e do Orçamento e

135 1) 0537-D-1999 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990); 2) 4392-D-2002 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 3) 4200-S-2006 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 4) 0485-S-2008 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 5) 2477-S-2014 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988).

136 1) 0318-D-1999 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 2) 0536-D-1999 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990); 3) 0678-D-1999 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990); 4) 2986-D-2000 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990); 5) 0950-S-2002 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 6) 4391-D-2002 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990); 7) 4560-D-2002 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 8) 5207-D-2002 (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1988); 9) 3203-S-2002 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990); 10) 0122-PE-2007 (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990)

137 O Estado Argentino fez reservas quanto ao art. 21 da CADH (impedindo que tribunais internacionais revisassem questões sobre política econômica, e sobre aquilo que os tribunais nacionais considerarem como de utilidade pública, interesse social ou indenização justa) e declarações interpretativas no sentido de não afastar da proibição de detenção por dívidas do art. 7.7, quando sentenças condicionarem a imposição de penas à satisfação de dívidas, quando a pena não se impuser pelo descumprimento da dívida, mas sim por um ato penalmente ilícito anterior.

Finanças, sobre a criação do Programa Nacional de Saúde Sexual e Procriação Responsável vulnerava o § 1, artigo 4 da CADH (1258-D-2001)¹³⁸.

A última foi solicitada por um conjunto de deputados¹³⁹, os quais pretendiam questionar a Corte IDH se as pessoas que participaram ativamente de governos de fato que tenham afetado a ordem constitucional e/ou cometeram crimes contra a humanidade poderiam ser excluídas das disputas eleitorais por cargos eletivos por esses motivos. Ou seja, pretendiam que a Corte Interamericana se manifestasse sobre as restrições ao exercício dos direitos políticos garantidos pela CADH. De acordo com informações contidas na solicitação parlamentar, dois deputados eleitos tiveram seus mandatos cassados pela Câmara por conta de seus envolvimento com a ditadura Argentina (Domingo Bussi e Luis Patti), porém tal decisão fora revertida pela CSJN no caso *Bussi*, instaurando, nas palavras do informe “un serio conflicto entre dos de los poderes de la República”. Como reforço da correção do posicionamento parlamentar, o projeto citou o caso *Ríos Montt* da CIDH¹⁴⁰.

Mais recentemente, um grupo de deputados¹⁴¹ solicitou ao Presidente da República, Opinião Consultiva à Corte IDH sobre o alcance do art. 9, com ênfase na possível incidência dos princípios da legalidade e retroatividade no caso de delitos contra a humanidade e nos delitos comuns. Nos fundamentos do pedi-

138 Como resultado dos relatórios, fora editada a lei 12.673/02, com o propósito de garantir os direitos sexuais e reprodutivos de toda a população e reduzir as desigualdades que afetam a saúde sexual e a saúde reprodutiva, a partir de uma perspectiva de direitos e gênero, promover a participação das mulheres na tomada de decisão em relação à sua saúde sexual, de acordo com informações do Ministério da Saúde. De acordo com o próprio ministério, a legislação retirou inspiração da CEDAW. (<http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/ley-nacional-de-salud-sexual-y-procreacion-responsable-no-25673-y-decreto-reglamentario>).

139 Carlotto, Remo Gerardo; Conti, Diana Beatriz; Mendez De Ferreyra, Araceli Estela; Rossi, Agustin Oscar; Diaz Bancalari, Jose Maria; Bonasso, Miguel Luis; Lozano, Claudio Raul; Macaluse, Eduardo Gabriel; Merino, Raul Guillermo; Binner, Hermes Juan.

140 Tratava-se de suposta violação do direito de se eleger previsto na CADH de José Efraín Ríos Montt, por conta de condição de inelegibilidade permanente estabelecida pela Constituição da Guatemala em seu artigo 186, em relação aos chefes de movimentos políticos que romperem com a ordem constitucional ou que assumirem a Chefia de Estado como resultado daquela. A comissão considerou que a regra, além de dentro do âmbito de margem de apreciação dos Estados, deitava raízes na tradição guatemalteca (norma constitucional consuetudinária), prevista em alguns tratados da centro-americana, no intuito de garantir a proteção da democracia (§§ 26-28, INFORME N° 30/93)

141 Austin, Brenda Lis; Buil, Sergio Omar; Rista, Olga Maria; Monfort, Marcelo Alejandro; Carrizo, Maria Soledad; Vega, Maria Clara Del Valle; Olivares, Hector Enrique; Villalonga, Juan Carlos; Carrizo, Ana Carla; Wechsler, Marcelo German; Balbo, Elva Susana; Marcucci, Hugo Maria

do, os Deputados sugerem uma divergência surgida no país a partir da sentença da CSJN no caso *Bignone* (2017). Na ocasião, fora concedida ultratividade ao art. 7º da lei derogada 24.390, porém, os membros da Corte Suprema de Justiça da Nação discordaram sobre a incidência do princípio da lei mais favorável nos casos em que crimes contra a humanidade foram julgados, por conta de seu carácter especial de crime continuado (2373-D-2017).

Na Argentina não há uma lei que regulamente o cumprimento de decisões da Corte IDH. Entretanto, após o caso *Fontevicchia* (2017) da CSJN, o Senado apresentou projeto de regulamentação o qual intenciona sanar tal lacuna. Ainda nos fundamentos, os senadores formulam críticas à construção da maioria dos juízes naquele precedente, sugerindo que, em função do direito internacional dos direitos humanos, não há violação de direito público interno na declaração de nulidade de sentenças judiciais, ainda que tenham transitado em julgado (*sentencias judiciales aun firmes*), quando determinado pela Corte IDH (3445-D-2017).

De acordo com o projeto, as sentenças da Corte IDH gozarão da mesma validade e força executória daquelas ditadas por órgãos judiciais internos (art. 1). A CSJN deverá revogar qualquer decisão judicial indicada pela Corte IDH como nula e sem efeito (art. 8). O beneficiário da decisão internacional poderá interpor recurso para o tribunal argentino que proferiu a decisão tornada sem efeito internacionalmente. O recurso de revisão terá por objeto a revogação da sentença em questão com o objetivo de garantir o pleno cumprimento da respectiva decisão da Corte IDH (art. 11).

Em 2003, fora arquivado o projeto de lei 0327-S-2001, o qual dispunha sobre a obrigatoriedade, no Estado argentino, das proposições e/ou recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos previstos na seção 3 do artigo 50 da CADH.

Pudemos localizar a influência da CADH e da jurisprudência da Corte IDH em alguns projetos de lei ou leis sancionadas. Em 2006, foi sancionada a lei 26.165, originada do projeto 1851-S-2004. Criada visando a proteção de refugiados no Estado Argentino, o art. 57 estabelece que as disposições e alcances da lei deverão ser interpretadas e aplicadas de acordo com os princípios e normas de diversos tratados sobre direitos humanos, dentre eles a CADH.

Após a sentença da Corte IDH no caso *Kimel*, vários projetos de lei foram propostos perante o Parlamento argentino¹⁴², que reconheciam e desenvolviam

142 4747-D-2009; 0946-D-2009; 0995-D-2009; 0463-D-2011

justificativas relacionadas à atuação do SIDH e, principalmente, à obrigação internacional decorrente da medida de reparação determinada naquele caso contencioso¹⁴³. O projeto que, finalmente, alterou o CPA foi encaminhado pela Presidente da República, que o justificou a seguir:

a efectos de adecuar la normativa nacional conforme los estándares internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión en cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída el 2 de mayo de 2008 en el caso de *Eduardo Kimel c Argentina*¹⁴⁴

O Direito à vida digna e integridade pessoal previstos nos arts. 1º e 5º da CADH foram lembrados como justificativas para o projeto de lei (2629-S-2017) que visava impor restrições à publicidade de medicamentos de venda condicionada à apresentação de receitas médicas.

A Convenção Americana foi lembrada, não apenas na justificativa, mas também no corpo do Projeto de lei 7420-D-2016 (art. 2), o qual objetiva criar um protocolo de liberdade (art. 7) a ser seguido pelo juiz ao decidir sobre a manutenção, alteração ou soltura de pessoas encarceradas preventivamente¹⁴⁵.

143 Apenas como exemplo, cf. a justificativas do PL 3952-D-2008 (*El presente proyecto de ley tiene como objetivo ajustar las disposiciones de los Códigos Civil y Penal de la Nación referidas a los delitos de injuria y calumnia, a los principios de la Constitución Nacional, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional y a los recientes fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la protección del derecho a la libre expresión. (...) Cabe destacar que en un reciente fallo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) condenó al Estado argentino por la sentencia judicial impuesta al periodista Eduardo Kimel (...) Como consecuencia de ello, instó al Estado argentino a modificar en un tiempo razonable su legislación penal sobre calumnias e injurias, de modo de adecuarla a formas que respeten la protección amplia del derecho a la libertad de expresión, conforme a los estándares internacionales.*)

144 0025-PE-2009 (11/09/09). Art. 109. - *La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean assertivas* e Art 110. - *El que intencionalmente deshonnare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos veinte mil. En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

145 Há, ademais, uma miríade de manifestações parlamentárias direcionadas ao SIDH: 1) declaração de beneplácito à Opinião Consultiva 23/17, sobre Meio ambiente na CADH (0888-D-2018); 2) Solicitações dirigidas à OEA e à Corte IDH no sentido de remover de seu cargo o Juiz da Corte IDH Eugenio Raúl Zaffaroni (6752-D-2017/1629-D-2017); 3) declaração de beneplácito, por parte de ambas as casas, sobre a indicação de Eugenio Raúl Zaffaroni à Corte IDH (3583-D-2015/ 1968-S-2015);

O Senado da República criou o Observatório de Direitos Humanos (ODH)¹⁴⁶, órgão diferente de suas comissões permanentes ou especiais, incumbidas da análise de questões relativas aos Direitos Humanos no âmbito legislativo. De acordo com seus documentos instituidores e de seu sítio oficial¹⁴⁷, o observatório de Direitos Humanos foi criado com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento de legislação que garanta o pleno reconhecimento e efetiva proteção dos direitos humanos na Argentina, em conformidade com a Constituição Nacional e aos tratados internacionais aos quais o Estado aderiu.

O observatório possui, ademais, como missões auxiliar os órgãos legislativos na feitura de leis sobre temas afetos aos Direitos Humanos (especialmente com a adaptação jurídica do direito interno com o direito internacional), realizar estudos que indiquem a situação de populações e grupos vulneráveis em risco, fortalecer a cultura de respeito e exercício dos Direitos Humanos, promover pesquisas e investigações por meio de instituições acadêmicas e técnicas

Para celebrar o Dia Internacional da Mulher, o observatório publicou, em 8/03/2018, dossiê sobre a igualdade de gênero na legislação argentina. Destacando sua importância, foram debatidos dados estatísticos sobre os projetos de lei sobre o tema, quem os propõe e qual seu sucesso. Ademais, o dossiê compilou recomendações do CEDAW para a Argentina, bem como os principais documentos internacionais sobre o tema.

Como conclusões, o dossiê sustenta que há uma porcentagem muito baixa de projeto de leis sobre igualdade de gênero e, em sua maioria, foram projetos apresentados por senadoras (69%). Significativa porção desses projetos diz res-

3) declaração de interesse relevante a condenação do Estado no caso Jorge Omar (0840-S-2015); 4) manifestar repúdio à candidatura de Zaffaroni à Corte IDH (0405-D-2015) ou do Embaixador Leonardo Franco (2415-S-2006) ; 5) Solicitação de informações ao Presidente sobre o Estado de cumprimento da sentença no Caso *Bulacio* (2008) (2980-S-2013); 6) Solicitação de informações ao executivo sobre o início do cumprimento das medidas previstas na Sentença do caso *Ivan Torres* (5486-S-2012/0835-S-2014/2283-S-2011); 7) pedido de informações ao Executivo sobre o cumprimento de acordo de solução amistosa (Caso 1670/09) (3067-D-2012); 8) expressar preocupação pela morte de Juan Pablo Caba, Testemunha Protegida por ordem da Corte IDH e cunhado de Ivan Torres, desaparecido Forçadamente (1282-D-2011); 9) expressar rejeição às declarações do Governador de Buenos Aires, Carlos Ruckauf, sobre a necessidade de denunciar a CADH (6637-D-2000); Solicitar ao Poder Executivo que retire a reserva e as declarações interpretativas feitas à CADH (0033-D-2009) e expressar preocupação por conta da denúncia da CADH feita pela Venezuela (3687-S-2012).

146 Até o presente momento, o ODH foi dirigido pelas seguintes senadoras: Elena Mercedes Corregido (2013-2016) e Norma Morandini (2016 -)

147 DP 1.476/13 (12/12/2013) e <http://www.senado.gov.ar/micrositios/observatorioDDHH/>

peito à violência de gênero e delitos contra a dignidade sexual, porém, não são tão efetivos, porquanto, dos 58 projetos, apenas dois foram aprovados, alterando o código penal e outra lei que tratava da paridade eleitoral.

O Observatório publica relatórios de suas atividades anuais, e com base neles, iremos compilar algumas informações. Em 2017, apresentou proposta de ato administrativo para os municípios comprometidos com a promoção do direito à identidade biológica, uma construção inerente à noção de pessoa e um direito implícito no art. 33 da CN, no art. Arts. 18 e 20 da CADH. Formulou, com base nas convenções sobre a proteção de pessoas com deficiência interamericanas e da ONU, recomendações sobre o deferimento de pensões, por exemplo, a) revisão integral do marco normativo vigente em matéria de seguridade social na Argentina e; 2) revisão de decretos que exigem requisitos incompatíveis com as normas dos tratados.

Ao comentar sobre as observações finais do Comitê contra a Tortura dos 5º e 6º informes conjuntos periódicos da Argentina, o Observatório sugeriu reformas no código Penal e citou o *Caso Bueno Alves v Argentina*, sobre a tortura. As reformas legislativas atingiam o conceito de tortura, no sentido de incorporar os padrões internacionais.

De acordo com o relatório da Gestão 2014-2015, o Observatório apenas manifestou opiniões ratificadoras de projetos de leis envolvendo temas sensíveis aos Direitos Humanos (CD 102/13 – sobre pautas no trato de crianças e adolescentes sem cuidados parentais e CD 119/12 – projeto que cria políticas públicas que favorecem hábitos alimentares saudáveis).

É possível, após a análise desses dados, identificar o impacto do SIDH no âmbito legislativo do Estado argentino, pois os projetos de lei sobre a temática dos Direitos Humanos refere-se à CADH, decisões da CIDH e Corte IDH; os congressistas incorporaram a gramática dos Direitos Humanos e a lógica do sistema interamericano em suas atividades, pois manifestam-se sobre casos envolvendo o Estado, aprovam ou desaprovam indicações ao sistema e, o mais interessante, requisitam ao Executivo pedidos de opiniões consultivas à Corte IDH e, por fim, leis são criadas ou alteradas com base em decisões do SIDH.

Entretanto, não pudemos encontrar indícios suficientes para sugerir que essas atividades parlamentares tenham sido influenciadas, diretamente, pela obrigação internacional de Controle de Convencionalidade. Os projetos de lei não citam a convencionalidade como obrigação, alguns pedidos de OC antecipam a decisão em *Almonacid Arellano* (2006) e o ODH senatorial foi

criado em razão do Dia Internacional dos Direitos Humanos, coincidindo com o trigésimo aniversário do advento da democracia na Argentina e com o bicentenário da constituinte.

Conclusão

Mesmo antes de estipular a obrigação judicial, executiva e legislativa de realizar uma espécie de Controle de Convencionalidade, a Corte Suprema de Justiça da Nação já havia desenvolvido uma jurisprudência receptiva aos comandos provenientes desde São José. A incorporação da Convenção de Viena sobre Direito e a constitucionalização dos tratados facilitaram a transição de precedentes que influenciam o direito constitucional (guia), para precedentes que vinculam a CSJN (pauta).

Tal conclusão pode ser uma variável importante para entender, não apenas porque a CSJN aceitou, de início, o Controle de Convencionalidade, mas, igualmente, e em um momento anterior, a razão pela qual a Corte IDH decide incumbir o judiciário dos Estados de tal tarefa, tendo observado o exemplo argentino.

Portanto, um ordenamento receptivo ao direito internacional dos direitos humanos, muito provavelmente, acolherá o controle de convencionalidade. A receptividade, ao menos no caso argentino, pode ser explicada, nessa ordem, pela postura convergente ou engajada da Suprema Corte, pela forma como o direito internacional se relacionada com o constitucional e pela estatutura constitucional dos tratados de direitos humanos. Não por outra razão, nos parece que o caso *Fontevéchia* não afastou o exercício do controle de convencionalidade na CSJN, muito embora tenha trazido novos matizes, principalmente a possibilidade de diálogos transacionais com a Corte IDH sobre as medidas de reparação impostas ao Estado.

O caso *Fontevéchia* demonstra, ademais, como as mudanças de composição determinadas pelo Executivo argentino e sua pauta política influenciam nas posturas da CSJN sobre o direito internacional. Por fim, o Poder Legislativo argentino recorre ao SIDH em suas atividades, sejam elas ligadas diretamente à produção legal (projetos de lei, Emendas à Constituição, etc.) ou aquelas relacionadas à fiscalização e controle políticos (ODH, Propostas de OC, moções de repúdio etc.).

Referências

ABRAMOVICH, Victor. La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino:Comentarios sobre el caso “Fontevicchia” de la Corte Suprema. In.: MAUES, A. M. (Org.) ; MAGALHÃES, BRENO BAÍA (Org.). *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México.*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 85-99.

ABALO, Maria Gabriela. El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Nº. 19. enero-junio 2013, pp. 245-284.

AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de Constitucionalidad*. 2ed. Astrea: Buenos Aires, 2017.

BADENI, Gregorio. *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ad Hoc., 1997.

BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, 2010, p. 359 - 388.

BIDART CAMPOS, Germán. ¿Puede considerarse que el derecho de réplica es un derecho implícito en el art. 33 de la Constitución? *El Derecho*, 113-375, 1987.

BREGAGLIO, Renata. Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales. *Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol 5, Nº 2 (2014), pp. 15-32.

COLAUTTI, Carlos E. *Derecho constitucional*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1998.

CONY, Guillermo Eduardo. A treinta años de la ratificación de la Convención americana sobre Derechos Humanos. Reflexiones desde el Derecho público. *Aída, Ópera Prima de Derecho Administrativo*, vol. 16, Año 8, 2014, p. 383-402.

CONSTENLA, Carlos. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. nº 38, 2003.

CLÉMENT, ZlataDrnas de. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuarta Instancia? Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia? Buenos Aires, La Ley, 2009. XVIII Reunión Conjunta de Academias de Derecho de Argentina. 29 de octubre de 2009.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo. La protección de los derechos humanos en Argentina. In: Bogdandy, Armin Von; PIOVESAN, Flavia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 565-580.

DEL RÍO, Andrés. Macri, a Corte Suprema e os direitos humanos: Recente mudança jurisprudencial com novas decisões da Corte Suprema tem consequências visíveis. Jota.Info, Brasília, Brasil, p. 1, 16 ago. 2017a. <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/macri-a-corte-suprema-e-os-direitos-humanos-16082017>.

_____. A Corte de Macri e os direitos humanos. Uma mudança jurisprudencial na Argentina?. jota.info, Brasília, Brasil, p. 1, 14 ago. 2017b.

_____. La dictadura argentina en el banquillo: la trayectoria de la justicia y punición a los responsables por los crímenes de lesa humanidad. *Política, globalidad y ciudadanía*, v. 1, p. 1, 2015, 53-72.

DOLABJIAN, Diego. Constitución y derechos humanos. 75:22: modelo para armar. *Contextos*. vol. 05, nº 01, 2013, p. 89-123.

GARGARELLA, Roberto. Cuatro enfoques sobre el caso “Bignone”. *Revista Pensamiento Penal*, 2017, p. 89-95.

GONGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In.: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013, p. 312-337.

HERRERO, Álvaro. La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino. *Política*, vol. 49, núm. 1, 2011, pp. 71-106

KAPISZEWSKI, Diana. La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina post-Menem. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7, N° 1, julio, 2006, p. 05-46.

LÓPEZ ROSAS, José Rafael. *Historia constitucional argentina*. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de La jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, (Org.). Konard Adenauer, Berlin, 2011, 425-445.

HITTERS, Juan Carlos. *Control de convencionalidade: Adelantos y retrocesos*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2015.

MANILI, Pablo Luis. *Manual de Derechos Humanos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.

MIDÓN, Mario. *Control de convencionalidade*. Buenos Aires: Astrea, 2016.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5ª ed. Editorial Temis: Bogotá, 2002.

PAGLIARI, Arturo Santiago. Derecho internacional y derecho interno: el sistema constitucional argentino. *Ars Boni et Aequi*. Vol. 7, n° 02, p. 17-41, 2011.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*. El diálogo judicial. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2017.

ROSSI, Julieta. Ejecución de decisiones internacionales en materia de derechos humanos por tribunales domésticos en Argentina: el giro a partir del caso “Fontev ecchia”, p. 269-304.

SAGUÉS, Néstor. El control de convencionalidad en argentina. In: MARI-
NONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle
de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica,
2013, p. 343-358.

SOMMER, Christian G.. Relaciones e interacciones entre el derecho interna-
cional y el derecho interno en Argentina, In.: In: Juana Inés Acosta López;
Paola Andrea Acosta Alvarado; Daniel Rivas Ramírez. (Org.). *De anacronismos
y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y
el derecho interno en Latinoamérica*. 1ed. Bogotá: Universidad de la Sabana :
Universidad Externado de Colombia : Sociedad Latinoamericana de Derecho
I, 2017, p. 221-238.

TORRES LÉPORI, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución
argentina. *Lecciones y Ensayos*. Números 67-68, 1997.

VASCONCELOS, Eneas Romero. Do conflito entre direito nacional e interna-
cional: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso
Araguaia”) vs. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 153).
Revista Anistia Política e Justiça de Transição, nº 7, p. 170-200, 2012.

ROSATTI, Horacio Daniel. *Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte
Suprema de Justicia de la Nación (2003/2013)*. Ed. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, 2013.

ROSSI, Julieta. Ejecución de decisiones internacionales en materia de derechos
humanos por tribunales domésticos en Argentina: el giro a partir del caso “Fon-
tevecchia”. In.: MAUES, A. M. (Org.) ; MAGALHÃES, BRENO BAÍA (Org.).
*O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos:
Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.
269-304.

VERBITSKY, Horacio. *Hacer la Corte*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2006.

WALKER, C.J. Toward democratic consolidation: The Argentine Supreme Court, judicial independence, and the rule of law. *High Court Quarterly Review*. Vol 4, nº 3, p. 54–101, 2008.

O Controle de Convencionalidade na Colômbia

Paulo André Nassar¹

Este artigo analisa o funcionamento do controle de convencionalidade na Colômbia e, em especial, avalia *se e como* a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos influencia os trabalhos do Judiciário e do Legislativo colombianos. Interessa-nos identificar como se desenvolve a relação entre um organismo internacional e instituições nacionais desde o ponto de vista destas últimas, a partir da análise sistemática do conteúdo da jurisprudência constitucional colombiana. Avaliaremos em que circunstâncias a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) utiliza decisões da Corte Interamericana para fundamentar suas decisões e identificaremos quais funções a jurisprudência interamericana cumpre na fundamentação das sentenças domésticas e, em menor medida, nas discussões legislativas.

Para tanto, é necessário compreender como ocorre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento colombiano, o que faremos na primeira seção. Na segunda, passamos à análise das decisões da Corte Constitucional da Colômbia, onde identificamos que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é usada de duas maneiras pela CCC: em alguns casos, é *aplicada diretamente* pelo tribunal doméstico, e em outros, serve como parâmetro de interpretação para a Corte aferir a validade de uma norma interna, a que chamaremos de *interpretação conforme*; apresentamos o

1 Doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará. *Visiting scholar* no Global Legal Studies Institute da University of Wisconsin-Madison. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Este trabalho não seria possível sem as profícuas discussões com os Professores Antonio Maués, Breno Baía e Rafaela Sena Neves, no grupo de estudos constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPa; a acolhida do Professor René Uruëña na Universidad de los Andes, em Bogotá, durante a Semana Doctoral Latinoamericana SDL-2017; e a crítica do professor Nicolás Montoya Céspedes, no Seminário O Controle de Convencionalidade na América Latina, ocorrido em 18 e 19 de junho de 2018, na UFPa. A responsabilidade por eventuais erros é exclusivamente do autor.

desenvolvimento da tese do bloco de constitucionalidade no contexto colombiano e fazemos um levantamento quantitativo do uso de referências à Corte Interamericana pela Corte Constitucional da Colômbia. Na terceira seção, trazemos alguns exemplos do uso da gramática interamericana dos direitos humanos no parlamento colombiano.

1 A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico colombiano

A Constituição Política da Colômbia de 1991 (CP/91) reserva um espaço privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos. Quatro dispositivos do texto são fundamentais para compreender essa *abertura internacional* do direito constitucional colombiano. Trata-se dos artigos 53-4, 93, 94 e 214, que versam sobre tratados internacionais e trazem alguma disposição sobre a posição hierárquica por eles ocupada no ordenamento jurídico colombiano (REINA GARCIA, 2012, p. 181). Dada sua importância, transcrevo a seguir cada um deles seguido de algumas observações.

Artigo 53, inciso 4. As convenções internacionais do trabalho devidamente ratificadas, fazem parte da legislação interna (tradução nossa).²

O artigo 53-4 versa especificamente sobre as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, numa interpretação literal, conferem a esses tratados o status de lei. Essa interpretação é encampada por parte minoritária da Corte Constitucional na sentença T-568 de 1999³, em que se discutia se as recomendações dos órgãos de controle da OIT integravam o bloco de constitucionalidade colombiano. Embora trate-se de uma posição minoritária, esse julgado ilustra como existia um zona de incerteza a respeito da posição hierárquica dos tratados.

Artigo 93. Os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem direitos humanos e que proíbem sua limitação nos estados de exceção, *prevalecem na ordem interna*.

2 No original, CP/91, Artigo 53, inciso 4. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

3 Colômbia. Corte Constitucional. Sentença T-568/99, Magistrado relator CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Os direitos e deveres consagrados nesta Carta serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia (ênfase e tradução do autor).⁴

Note que, à primeira vista, os incisos primeiro e segundo estabelecem regras distintas de incorporação dos tratados internacionais à ordem interna. O inciso primeiro dispõe que “prevalecem” na ordem interna os tratados e convenções internacionais ratificados pela Colômbia, o que lhe conferiria, no mínimo, o *status* de norma constitucional (ACOSTA ALVARADO, 2015, p. 61). Parte da literatura constitucional, nos primeiros anos após a promulgação da Carta de 1991, defendeu que o inciso primeiro do artigo 93 conferia aos tratados *status* supraconstitucional, a partir do argumento de que “prevalecer” significaria estar acima da ordem interna, o que inclui a Constituição. Essa posição, contudo, não prosperou na jurisprudência constitucional⁵. O texto constitucional não equipara todos os tratados internacionais a normas constitucionais, uma vez que o inciso primeiro – ao menos na sua interpretação literal, lembre-se – diz que apenas os tratados que (a) “reconhecem direitos humanos” e (b) que “proíbem a sua limitação nos estados de exceção” é que prevalecem na ordem interna.

O inciso segundo do artigo 93, por sua vez, estabelece o que Paola Acosta chama de *cláusula de interpretação conforme*, porque determina que a interpretação dos direitos previstos na Constituição seja feita em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos que a Colômbia for signatária (ACOSTA ALVARADO, 2015, p. 67).

A essa altura, já começam a aparecer as contradições das interpretações literais. Sob essa ótica, por um lado, o texto constitucional conferiria *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, e por outro, *status* legal aos tratados de direito do trabalho, o que importaria numa discriminação injustificada

4 No original, CP/91, Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

5 Nesse sentido, ver Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-225 de 1995; Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-178 de 1995; Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-010 de 2000; Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-551 de 2003.

a essa categoria de direitos humanos, previstos nas convenções da Organização Internacional do Trabalho, por exemplo.

Artigo 94. A enunciação dos direitos e garantias contidos na Constituição e nos tratados internacionais vigentes, não se deve entender como negação de outros que, sendo inerentes a pessoa humana, não figurem expressamente entre eles (tradução do autor).⁶

O artigo 94 traz uma cláusula de abertura ainda ampla pois permite o recurso a qualquer direito que não possua expressa previsão no texto constitucional ou nos tratados internacionais vigentes, desde que sejam direitos “*inerentes a pessoa humana*”. Note, em primeiro lugar, que o constituinte considera a Constituição e os tratados internacionais vigentes em pé de igualdade, como instrumentos primordiais à enunciação dos direitos e garantias dos indivíduos. Mas eles não estão contidos apenas no texto positivo. O art. 94 amplia significativamente as fontes possíveis de direitos da cidadania, incluindo aqueles normas de *jus cogens* e de *soft law*.

Artigo 214. Os Estados de Exceção a que se referem os artigos anteriores se submeterão às seguintes disposições:

[...]

2. Não se poderão suspender os direitos humanos nem as liberdades fundamentais. Em todo caso se respeitarão as regras do direito internacional humanitário. Uma lei estatutária regulará as facultades do Governo durante os estados de exceção e estabelecerá os controles judiciais e as garantias para proteger os direitos, em conformidade com os tratados internacionais. As medidas que se adotem deverão ser proporcionais à gravidade dos fatos (tradução do autor).⁷

6 CP/91, Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

7 CP/91, Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las

Por fim, temos o artigo 214 que está inserido no capítulo da Constituição que rege os estados de exceção, como o estado de guerra exterior (art. 212) e o estado de comoção interior (art. 213). Nessas situações de legalidade extraordinária, o artigo 214 proíbe a “suspensão dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” e determina que, em qualquer situação, respeitem-se as normas do direito internacional humanitário.

Os dispositivos constitucionais apresentados acima, muito embora sejam um fator relevante da referida abertura internacional da jurisdição constitucional colombiana, não são suficientes para explicar o diálogo da Corte Constitucional Colombiana com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e com outras instâncias internacionais de direitos humanos. A compreensão desse recente fenômeno jurídico exige o estudo da jurisprudência da Corte Constitucional para que se possa encontrar os fundamentos dessa comunicação judicial transnacional, o que faremos na seção seguinte.

2 Aplicação direta, interpretação conforme e bloco de constitucionalidade na Corte Constitucional da Colômbia

Para avaliar se e como o Judiciário colombiano faz controle de convencionalidade das leis domésticas, buscamos no banco de jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), disponível em seu site oficial⁸, por citações a “Convención Americana sobre Derechos Humanos” e a “Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Esta escolha decorre da posição privilegiada da CCC no sistema jurídico colombiano, por se tratar de tribunal constitucional com poderes de controle concentrado de constitucionalidade e cujas decisões exercem ampla influência sobre tribunais colombianos.

A Corte Constitucional confere aplicabilidade direta à Convenção Americana sobre Direitos Humanos especialmente em razão da interpretação do art. 93-1 da Constituição de 1991, que determina que os tratados e convenções

garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

8 Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, no campo “busca en Índice temático”, último acesso em 30 de janeiro de 2018.

internacionais ratificados pelo Congresso *prevalecem* na ordem interna, desde que presentes dois requisitos: os tratados devem reconhecer direitos humanos e proibir sua limitação nos estados de exceção.⁹

A Corte Constitucional aplica diretamente a Convenção Americana desde os primeiros anos de funcionamento, como no julgamento da T-153 de 1998¹⁰, que discutia as condições dos estabelecimentos prisionais e do tratamento oferecido aos detentos. A CCC explica que os indivíduos devem ser tratados de forma digna, em respeito a sua condição humana, reconhecendo que a situação carcerária descrita nos autos configurava um “estado de coisas inconstitucional”. Para tanto, considera que o Estado colombiano violava o direito à integridade pessoal dos custodiados, previsto no art.5, incisos 2 e 4¹¹, da CADH. A Corte reconhece a autoexecutoriedade das normas que direito internacional, reputando desnecessária qualquer intervenção subsequente do legislador para aplica-las no âmbito interno.

Apesar de admitir o recurso ao tratado internacional como causa de pedir, não encontramos um exemplo de decisão pautada exclusivamente no Pacto de San José. As citações à norma internacional são acompanhadas de referências a normas domésticas, sem que isso restringisse a aplicabilidade direta das primeiras.

Por outro lado, a *interpretação conforme* é a modalidade de uso do direito internacional mais frequente na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia. Como adiantamos anteriormente, a Constituição de 1991 possui algumas cláusulas de abertura ao direito internacional. Se, por um lado, o art. 93-1 figura como fundamento para a *aplicação direta* dos tratados; por outro, o art. 93-2¹² é a chave para o desenvolvimento da técnica da *interpretação conforme* na jurisprudência colombiana. O referido dispositivo determina

9 CP/1991, Artículo 93-1. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

10 Colombia, Corte Constitucional, Sentença T-153/98, Magistrado relator EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

11 CADH, Art. 5, 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...]

4.Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

12 CP/1991, Artículo 93-2. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

que os direitos consagrados na Constituição sejam interpretado em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Temos, portanto, uma ordem expressa de interpretação conforme. E trata-se de um comando mais amplo do que o anterior. Primeiro, porque o art. 93-1 restringe-se aos tratados internacionais de direitos humanos que proibem sua limitação durante os estados de exceção. Segundo, o art. 93-2 abrange todos os tratados de direitos humanos que a Colômbia fizer parte. Desta forma, a Corte desenvolve o entendimento que nenhuma interpretação da constituição nacional pode violar os compromissos internacionais assumidos pela Colômbia através de tratados de direitos humanos.

Desde o primeiro caso em que a Convenção Americana é citada, a CCC reconhece ser imperioso interpretar os direitos e deveres constitucionais em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia. A Corte recorre ao art. 25¹³ da CADH para avaliar a *simplicidade*, *rapidez* e *efetividade* de um remédio judicial disponível para enfrentar violações de direitos fundamentais no julgamento da C-543/1992¹⁴, em que se discutia a constitucionalidade de lei que limitava as possibilidades de *ação de tutela* contra sentenças judiciais. O Decreto 2591 de 1991 estabelecia, em seu art. 11, um prazo de dois meses para a propositura de ação de tutela contra decisões judiciais, impondo uma limitação temporal não prevista no art. 86¹⁵ da Constituição colombiana. Os autores defendiam que a Constituição garantia o exercício da ação de tutela a qualquer tempo contra a decisão de qualquer autoridade pública. Para decidir sobre a constitucionalidade do decreto, a Corte considerou que a CADH tinha caráter suprallegal e “finalidades interpretativas”, e invocou o art. 93 da Constituição para interpretar a legislação interna em conformida-

13 CADH, Art. 25. Protección judicial. 1. Toda persona tem derecho a un recurso simple y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

14 Colômbia, Corte Constitucional, Sentença C-543/92, Magistrado relator JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

15 CP/91, Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

de com o tratado internacional. A construção do argumento judicial sobre o conteúdo normativo da Convenção chama atenção pela profundidade. A Corte compreende que para garantir o direito à proteção judicial prescrito no art. 25 convencional é determinante aferir a *simplicidade, rapidez e efetividade* da ação de tutela – e das restrições impostas pelo Decreto 2591. E para tanto, dedica um parágrafo para cada um dos atributos mencionado acima, explicando o que significa “sencillez, rapidez e efectividad” no ordenamento jurídico colombiano.

A interpretação desses dois dispositivos é fundamental para a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo judiciário colombiano, seja diretamente ou pela interpretação conforme. Eles funcionam como base legal para o estabelecimento da tese do *bloco de constitucionalidade* pela Corte Constitucional na sentença C-225, de 1995. Em ação que discutia a constitucionalidade do Protocolo II da Convenção de Genebra Relativo Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Não Internacionais, a Corte concluiu que certos tratados de direitos humanos compunham um bloco de constitucionalidade, formado por normas e princípios que funcionam como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis, mesmo sem aparecer formalmente no texto constitucional. Esses tratados estão normativamente integrados à Constituição, apesar de serem modificados por mecanismos de reforma distintos daqueles aplicados aos dispositivos do texto constitucional.

A partir dessa decisão, os tratados internacionais passam a integrar de forma sistemática o repertório de argumentos que a Corte Constitucional recorre para definir o conteúdo normativo dos direitos fundamentais constitucionais. Diante da necessidade de definir a posição hierárquica dos tratados internacionais de direito humanitário no direito colombiano, a Corte propõe, pela primeira vez, que os mesmos compunham o chamado *bloco de constitucionalidade*. Segunda a decisão,

O bloco de constitucionalidade é composto por aquelas normas e princípios que, sem aparecer formalmente nos artigos da Constituição, são utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis, porquanto tenham sido normativamente integrados à Constituição, por diversas vias e por mandato da própria Constituição. São, pois, verdadeiros princípios e regras de valor constitucional, isto é, são normas situadas em nível constitucional, apesar de que possam, às vezes, conter mecanismos de reforma diversos das normas dos conjuntos de artigos da Constituição.

Em tais circunstâncias, a Corte Constitucional [entende] que o único sentido razoável que se pode conferir à noção de prevalência dos tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário (Constituição Colombiana, arts. 93 e 214, numeral 2º) é que estes formam com o resto do texto constitucional um “bloco de constitucionalidade”, cujo respeito se impõe à lei. Em efeito, dessa maneira se harmoniza plenamente o princípio da supremacia da Constituição, como normas das normas (Constituição Colombiana art. 4º), com a prevalência dos tratados ratificados pela Colômbia, que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação nos estados de exceção (Constituição Colombiana, art.93) ¹⁶ (tradução do autor).

A tese do bloco de constitucionalidade é invocada pela Corte Constitucional para integrar as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos ao rol de direitos fundamentais inscritos na Constituição Política de 1991. Àquela altura, integravam o bloco somente os tratados internacionais de direitos humanos que não pudessem ser suspensos nos estados de exceção, devido interpretação associada do artigo 93- com o 214 da Constituição colombiana.

Nos anos seguintes, a Corte Constitucional desenvolveu a tese do bloco de constitucionalidade, definindo um critério essencial que deve ser atendido que uma norma integre o bloco. Sob a justificativa de restringir a discricionariedade judicial, e evitar que o bloco de constitucionalidade fosse composto por qualquer norma que os juízes assim entendessem, a Corte definiu que só compõem o bloco de constitucionalidade as normas que a Constituição “exige e ordena sua integração”¹⁷. Essa preocupação metodológica foi essencial na sentença, quando a Corte Constitucional decidiu que os tratados em geral (que não versam sobre direitos humanos) não compõem o bloco de constitucionalidade, e portanto, não podiam ser invocados como parâmetro de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, pela falta de uma remissão constitucional que justificasse a inclusão desses tratados no bloco¹⁸ (UPRIMNY YEPES, 2005, pp. 19-21).

Em 1999, notamos o ingresso da *jurisprudência* das instâncias internacionais de direitos humanos dentre os argumentos decisórios da Corte Constitucio-

16 Colômbia, Corte Constitucional, Sentença C-225/95, Magistrado relator ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

17 Colômbia, Corte Constitucional, sentença C-578 de 1995, Magistrado relator Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Colômbia, Corte Constitucional, sentença C-358 de 1997, Magistrado relator Eduardo Cifuentes Muñoz.

nal da Colômbia. A diferença em relação ao momento anterior reside no fato de que, no entendimento da Corte, a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Colombiana exige não apenas o recurso aos *tratados* internacionais como também o dever de considerar ou de observar a *jurisprudência* dos organismos internacionais de direitos humanos. É verdade que desde 1996, na sentença C-406¹⁹, a Corte Constitucional da Colômbia acena a importância da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando argumentou que as decisões da Corte Interamericana constituem um “*critério hermenêutico relevante*” para estabelecer o sentido das normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Mas esse ponto ganha mais vigor a partir da sentença T-568 de 1999²⁰, quando a Corte Constitucional decide que determinadas decisões de instâncias internacionais têm força jurídica interna e compõe o bloco de constitucionalidade. No caso em questão, a Corte incluiu no bloco de constitucionalidade a Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as Convenções 87 e 98 da OIT, sobre liberdade sindical, e ainda as recomendações do Comitê de Liberdade Sindical da OIT.

É a partir de 1999 que a Corte Constitucional muda o fundamento constitucional usado para justificar a abertura internacional da Constituição, embora continue fiel ao critério que exige expressa remissão do texto constitucional para compor o bloco de constitucionalidade. Se até então as decisões da Corte se baseavam no inciso primeiro do artigo 93 – que exige que os tratados reconheçam direitos humanos e não possam ser limitados nos estados de exceção – a partir da sentença T-483 de 1999²¹, a Corte passa a fundamentar suas decisões no inciso segundo do artigo 93 – em que a proibição de limitação durante os estados de exceção deixa de ser um requisito. O dispositivo em questão determina que os direitos previstos na Constituição sejam interpretados conforme os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia, o que amplia significativamente o leque de normas internacionais que passam a compor o bloco de constitucionalidade (UPRIMNY YEPES, 2005, p. 23).

Esse movimento aprofunda-se a partir da ocasião em que a Corte Constitucional consigna em seus julgados que tem o dever de valorizar a jurisprudência

19 Colômbia, Corte Constitucional, sentença C-304 de 1996, Magistrado relator Jorge Arango Mejía.

20 Colômbia, Corte Constitucional, sentença T-568 de 1999, Magistrado relator CARLOS GAVIRIA DÍAZ

21 Colômbia, Corte Constitucional, sentença T-483 de 1999, Magistrado relator ANTONIO BARRERA CARBONELL

da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como ficou registrado na sentença C-228 de 2002²², cujo excerto transcrevo a seguir.

[...] houve uma mudança na concepção do referido normativo, em particular, no direito internacional dos direitos humanos. E 1995, data em que se produziu a mencionada sentença, ainda não se havia cristalizado a tendência no direito internacional – em especial no direito dos direitos humanos do sistema interamericano – em direção a uma proteção mais ampla dos direitos das vítimas de graves violações de direitos humanos. No ano de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apontou que as medidas legislativas que impedirem as vítimas de violações de direitos humanos de conhecer a verdade dos fatos resultam contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo o artigo 93 constitucional, “os direitos devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia”, é necessário que a doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos seja valorizada pela jurisprudência da Corte Constitucional.

A CCC reconhece que o Estado está obrigado a cumprir as decisões de instâncias internacionais de que o Estado colombiano for parte²³. Nessa sentença, a Corte discute a obrigatoriedade de recomendações da OIT, e assume que muito embora essas recomendações não sejam diretamente vinculantes, elas geram uma tripla obrigação ao Estado: a) de ser acolhidas e aplicadas pelas autoridades administrativas; b) servir de base para apresentação de projetos legislativos; c) orientar o sentido e o alcance das ordens que o juiz de tutela deve buscar para restabelecer direitos violados.

Com a sentença C-010, de 2000²⁴, a Corte Constitucional passa a sustentar a tese que as sentenças da Corte IDH são uma *pauta hermenêutica importante* na interpretação dos tratados. Isso porque “em virtude do art. 93 da CP, os direitos e deveres constitucionais devem interpretar-se de acordo com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia, do que

22 Colômbia, Corte Constitucional, sentença C-228 de 2002, Magistrados Relatores Manuel José Cepeda Espinosa e Eduardo Montealegre Lynett

23 Colômbia. Corte Constitucional. Sentença T-568/99, Magistrado relator CARLOS GAVIRIA DÍAZ

24 Colômbia. Corte Constitucional. Sentença C-010/2000, Magistrado relator ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

se deriva que a jurisprudência das instâncias internacionais, encarregadas de interpretar esses tratados, constituem um critério hermenêutico importante para estabelecer o sentido das normas constitucionais sobre direitos fundamentais.”. No caso C-355, de 2006²⁵, a Corte esclarece que apenas os tratados internacionais de direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade, restando à jurisprudência das instâncias internacionais o papel de interpretação autorizada desses tratados. Há, portanto, uma distinção entre o tratado internacional e a jurisprudência dos tribunais internacionais, no tocante à condição de integrante do bloco de constitucionalidade. No entendimento da Corte, os tratados fazem parte do bloco, mas a jurisprudência não. O que obriga a Corte Constitucional a levar em conta os tratados, mas lhe confere maior espaço para interpretá-los, inclusive em sentido diverso daquele a que chegou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Daí se pode concluir que nos casos em que não for parte, a sentença da Corte IDH é tida como um parâmetro hermenêutico relevante, podendo a Corte Constitucional afastar-se do entendimento da Corte Interamericana. “A jurisprudência das instâncias internacionais de direitos humanos constitui uma pauta relevante para interpretar o alcance deste tratados e portanto dos próprios direitos constitucionais, e por isso a doutrina da Corte IDH sobre o direitos das vítimas deve ser valorizada internamente pelas autoridades colombianas em geral, e pela jurisprudência desta Corte Constitucional em particular”²⁶.

O caso C-355/06 representa um teste interessante para a Corte Constitucional Colombiana a respeito do alcance da jurisprudência internacional e dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais constitucionais. Um grupo de indivíduos reclamava a inconstitucionalidade de artigos do Código Penal da Colômbia que criminalizava o aborto, sob o argumento que a lei feria o direito (a) ao livre desenvolvimento da personalidade e à autonomia; (b) à proporcionalidade; (c) à igualdade; (d) à dignidade; (e) à vida, à saúde e à integridade da grávida. Adicionavam que a penalização do aborto violaria o direito à intimidade da mulher protegido em diferentes tratados internacionais de direitos humanos – integrantes do bloco de constitucionalidade colombiano. E em razão

25 Colômbia. Corte Constitucional. Sentença C-355/06, Magistrada relatora CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

26 Tradução nossa. Colômbia. Corte Constitucional, Sentença C-004/03, Magistrado relator EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

do anterior, reclamavam que a Corte utilizasse como *critério hermenêutico* a jurisprudência e a doutrina das instâncias internacionais que monitoram os tratados de direitos humanos²⁷; e apresentaram diferentes recomendações feitas à Colômbia no sentido de descriminalizar o aborto.

Acontece que, neste caso, o direito internacional também foi invocado por outros intervenientes no sentido contrário: arguíam que o direito internacional obrigava a criminalização absoluta do aborto, por entender que o art. 4.1²⁸ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, protege o direito à vida “desde a concepção”.

Para resolver o problema, a Corte Constitucional esclarece que a jurisprudência das instâncias internacionais constituem uma pauta relevante para a interpretação dos enunciados normativos contidos nos TIDH que fazem parte do bloco de constitucionalidade, mas essa jurisprudência não é, em si mesma, parte do bloco. E ressalta que quando se refere a “jurisprudência internacional” faz alusão exclusivamente às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e portanto, não inclui as recomendações e observações de outros organismos internacionais que não tem caráter judicial.

A CCC considerou que os tratados que compõem o bloco de constitucionalidade devem ser interpretados de forma sistemática, de modo a harmonizar os direitos, princípios e valores neles previstos. Essa interpretação sistemática permite identificar e sopesar os direitos em conflito, como o dever de proteção à vida, assim como apreciar a importância constitucional da titular de tais direitos: a mulher grávida, cuja dignidade impõe afastar qualquer interpretação que a considere mero receptáculo de um feto, e portanto, exige dela o consentimento para assumir qualquer compromisso que afete profundamente sua vida pessoal.

Ao interpretar os tratados envolvidos, a Corte Constitucional conclui que os instrumentos internacionais e a Constituição não contém um mandato de despenalização do aborto, mas a regulação da matéria, em especial no campo penal, encontra limites na dignidade da pessoa humana: o legislador não pode desconhecer que a mulher é um ser humano plenamente digno e portanto deve

27 A sentença faz uma referência genérica à jurisprudência e à doutrina dos órgãos internacionais de direitos humanos, sem especificar quais seriam.

28 CADH, 4.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

tratá-la como tal, em vez de considerá-la e convertê-la em simples instrumento de reprodução da espécie humana, ou de impor-lhe servir de ferramenta útil para procriar contra sua vontade.

A Corte concluiu que a penalização do aborto em toda e qualquer circunstância daria completa proeminência de um dos bens jurídicos em jogo, a vida do *nasciturus*, e conseqüentemente, sacrificaria de maneira absoluta os direitos fundamentais da mulher grávida. Nesse sentido, julgou parcialmente procedente a ação com uma declaração de constitucionalidade condicionada, firmando o entendimento que não se incorre no tipo penal do aborto quando a interrupção da gravidez acontecer, com a vontade da mulher, nas seguintes circunstâncias: (a) quando a continuidade da gravidez colocar em risco a vida da gestante; (b) quando o feto sofrer de má-formação grave que torne sua vida inviável; (c) quando decorrente de violência sexual.

No caso C-500, de 2014²⁹, a CCC foi provocada a controlar a constitucionalidade de um dispositivo legal que supostamente contrariava as pautas fixadas pela CorteIDH no caso *López Mendoza Vs. Venezuela*, por permitir a supressão do gozo e exercício de direitos políticos por sanções de inabilitação imposta por órgão não-judicial. Para enfrentar esse argumento, a Corte Constitucional deixou claro que os pronunciamentos da CorteIDH só obrigam o Estado colombiano nos processos em que ele for parte. Nesses casos, sentenças interamericanas continuam sendo apenas um “critério hermenêutico relevante”. Apesar de reconhecer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a intérprete autêntica da Convenção Americana, a Corte Constitucional compreende-se na função de harmonizar adequadamente as ordens jurídicas nacional e internacional, o que impede uma relação de predomínio incondicionado de uma sobre a outra, e considerando que os direitos fundamentais são um eixo de ambas, a CCC entende ser preciso identificar possibilidades interpretativas que assegurem sua máxima realização.

Muito embora esse seja o discurso recorrente, a Corte Constitucional adere à interpretação convencional feita pela Corte Interamericana em muitos casos. Existe, portanto, uma diferença entre a prática e o discurso constitucional. As referências cada vez mais frequentes à CorteIDH são um indício de efeitos *erga*

29 Colômbia. Corte Constitucional, Sentença C-500/14, Magistrado relator MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

omnes, especialmente porque os casos citados não são apenas os colombianos³⁰. Mas no discurso, a CCC argumenta que a jurisprudência restringe-se a condição de “*critério hermenêutico relevante*”, o que funciona como um ressalva para divergir da CorteIDH quando lhe parecer necessário.

Em suma, os precedentes da CorteIDH cumprem uma função relevante na Corte Constitucional. Sentenças dos processos que a Colômbia é parte são considerados precedentes vinculantes (SU-355, de 2015³¹; C-469, de 2016³²). As demais devem ser valoradas por serem consideradas um “*critério hermenêutico relevante*” à definição do conteúdo das normas de direitos fundamentais prescritas na Constituição e na Convenção Americana.

Esses precedentes sempre fizeram parte do sistema de fontes utilizadas pela Corte Constitucional Colombiana, mas recentemente observa-se uma tendência de crescimento em termos quantitativos proporcionais, especialmente na última década. Vejamos a distribuição da *frequência relativa* dos casos em que a Corte Constitucional da Colômbia citou a Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1992 a 2016.³³ O gráfico abaixo ilustra a distribuição dos casos em percentual por ano.

30 Por exemplo, nos casos de desaparecimentos forçados, C-442/11 C-620/11, C-875/11; e caso sobre a anistia C-370/06.

31 Colômbia. Corte Constitucional, Sentença SU355/15, Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

32 Colômbia. Corte Constitucional, Sentença C-469/16, Magistrado ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

33 O cálculo da frequência relativa (f) é obtido pela razão entre o número de ocorrências de sentenças que citam a Corte Interamericana de Direitos Humanos (F) pelo número de sentenças julgadas por ano (n), onde $f = \frac{F}{n}$. A frequência de sentenças que citam a Corte Interamericana (F) foi obtida através de pesquisa textual no site <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>, no campo “*Búscar en Texto de providencias*”, com o parâmetro “*corte interamericana*”, de 1992 a 2016, acesso em 01 de março de 2018. O número de sentenças julgadas por ano (n) foi obtido no site <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>, acesso em 01 de março de 2018.

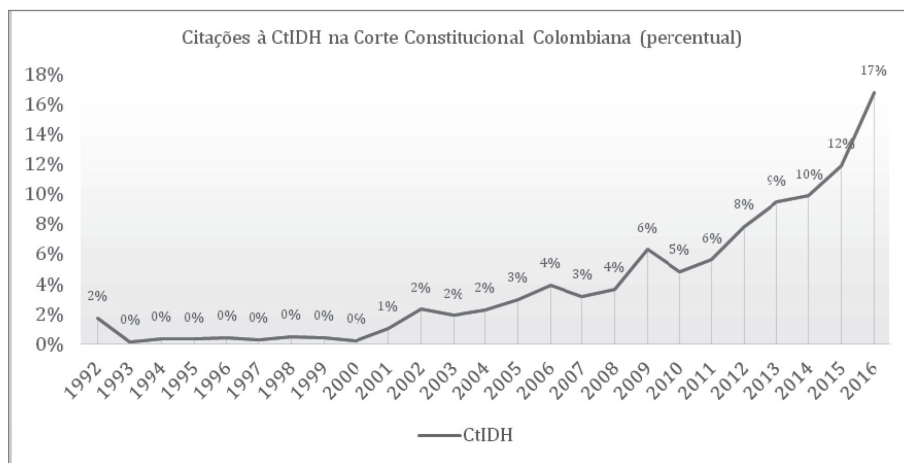


Figura 1. Distribuição da população de casos da Corte Constitucional da Colômbia que citam a Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1992 a 2016 (em percentual), elaboração do autor.

Observamos poucas referências à Corte Interamericana de Direitos humanos nas sentenças da Corte Constitucional até 2000, o que pode ser explicado pelo fato que até então apenas um caso contencioso³⁴ contra a Colômbia havia sido julgado pela Corte Interamericana. Em seguida, temos um incremento gradual a partir de 2000, quando a Corte desenvolve a tese de que sentenças da CorteIDH são uma *pauta hermenêutica importante* na interpretação da Convenção Americana e da Constituição, na sentença C-010/00, alcançando 4% (quatro por cento) em 2006. Nesse período – de 2001 a 2006 – a Colômbia foi condenada em seis casos, cinco³⁵ deles de bastante saliência política, referentes a massacres contra população civil, planejados e executados pelas forças armadas da Colômbia – em alguns casos com a colaboração de grupos paramilitares – envolvendo práticas de tortura, execução extrajudicial e desaparecimentos

34 Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Exceções preliminares julgadas em 21 de janeiro de 1994; mérito julgado em 08 de dezembro de 1995; e reparações e custas julgadas em 29 de janeiro de 1997.

35 Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentença de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentença de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentença de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentença de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

forçados. A tendência de crescimento segue desde 2010, chegando a 121 ocorrências em 2016, que corresponde a 17% (dezessete por cento) dos casos julgados naquele ano. A título de ilustração, e para que se possa dimensionar a importância dessas referências na Colômbia, observando a série histórica de 1992 a 2016 em que buscamos citações à CorteIDH na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, essa frequência relativa não alcançou sequer 0,5% (meio por cento) dos julgados em nenhum dos anos pesquisados³⁶.

2.1 Mecanismos extraprocessuais de interação entre os juízes nacionais e a CorteIDH

Merece destaque a interação promovida pela escola da magistratura colombiana. A “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla” é centro de formação profissional destinado ao treinamento inicial e educação continuada de magistrados e servidores do Poder Judiciário colombiano. No “Plano de Formação do Ramo Judicial 2017”, aprovado pelo Conselho Superior da Judicatura, a área temática “Direitos humanos e direito internacional humanitário” figura com um dos três eixos transversais de trabalho, ao lado de “perspectivas de gênero” e “mecanismos alternativos de solução de conflitos”.

O conteúdo do plano demonstra uma significativa institucionalização de uma postura de interação com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Dentro desse plano, o eixo de formação em direitos humanos reconhece a importância atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição colombiana de 1991, especialmente em razão da jurisprudência da Corte Constitucional que os considera parte do bloco de constitucionalidade. O plano ressalta que os operadores da justiça precisam compreender essa temática em virtude da adoção de um modelo de justiça transicional que implica na aplicação de *standards* internacionais de direitos humanos e direito internacional humanitário.

O plano prevê dentre os resultados esperados a médio prazo, o “fortalecimento e aprofundamento em matéria de controle de convencionalidade e aplicação de *standards* internacionais de proteção de direitos humanos.” Dentre

36 NASSAR, Paulo André. How do National Courts turn International Human Rights into Constitutional Rights? Lessons from Brazil and Colombia. Apresentado no Global Legal Studies Institute da University of Wisconsin-Madison, em 15 de novembro de 2018.

as competências que se pretende desenvolver no magistrado-discente, consta “identificar os instrumentos e standards internacionais em matéria de direitos humanos e direito internacional humanitário aplicáveis aos casos concretos que se lhe apresentem” e “interiorizar o papel da função nacional frente aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos e a competência subsidiária e complementar das cortes e comitês internacionais.”

Cabe mencionar ainda a realização do XXXI Período Extraordinário de Sessão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorrido em Bogotá, Colômbia, de 17 a 20 de outubro de 2007, que reuniu em sua inauguração membros da Corte Suprema de Justiça, da Corte Constitucional, do Conselho de Estado e do Conselho da Magistratura, da *Fiscalía General de la Nación*. Nessa ocasião, a Corte firmou acordo de cooperação institucional com a *Fiscalía General de la Nación*.³⁷

3 Controle de convencionalidade no Poder Legislativo da Colômbia

Buscamos identificar a existência de projetos de lei para adequar a legislação nacional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à jurisprudência da CorteIDH para averiguar se a linguagem do Sistema Interamericano de Direitos Humanos influencia de alguma maneira os trabalhos do parlamento colombiano.

O Proyecto de Acto Legislativo nº 15 de 2017 Senado³⁸, através do qual se pretendia criar duplo grau de jurisdição aos “aforados constitucionais” – funcionários públicos que a Constituição atribui foro especial por prerrogativa de função. Na exposição de motivos do projeto consta que pretende-se sanar uma falha estrutural e sistemática da Constituição que impede que funcionários “aforados” façam uso do direito de impugnação e da garantia do duplo grau

37 SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo; PACHECO ARIAS, Gabriela. Las secciones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América. In: Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana / México, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Secretaría de Relaciones Exteriores : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009

38 Disponível em http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=15&p_consec=47522, acesso em 31 de maio de 2018.

de jurisdição, e com isso, promover a adequação da legislação interna com os principais tratados internacionais de direitos humanos que a Colômbia é parte, especialmente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os motivos apresentados defendem a necessidade de reforma da Constituição para adequá-la ao art. 8.2, h, da CADH, que estabelece a garantia de “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Além disso, argumenta que a restrição ao duplo grau de jurisdição, ou dupla instância, violaria o art. 24 (direito à igualdade perante a lei) e art. 29 da Convenção.

Além do texto da Convenção, os autores do projeto citam o caso 11.137, informe 55 de 1997, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e extensa jurisprudência da Corte Interamericana pertinente à questão para fundamentar a necessidade de reforma constitucional. Quatro casos são citados no projeto, todos acompanhados da transcrição de pelo menos três parágrafos da decisão da CorteIDH, o que demonstra conhecimento aprofundado dessas decisões. O caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, de 2014, em que a CorteIDH concluiu que ser julgado por uma corte de cúpula não é garante que a decisão esteja isenta de erros ou vícios, e por isso, se deve garantir o direito de impugnar a sentença condenatória. E ainda os casos *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de 2009; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de 2004; e *Mohamed vs. Argentina*, de 2012, em que a Corte consolida a tese que o direito a recorrer de uma decisão condenatória é uma garantia mínima que toda pessoa tem e que não pode ser suprimida pela legislação interna.

O projeto foi aprovado e transformado no Acto Legislativo nº 1 de 2018, equivalente à emenda constitucional do sistema jurídico brasileiro.

Notamos que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é utilizada como parâmetro de controle de convencionalidade nas discussões de projetos de leis no Congresso colombiano. Não é possível, entretanto, aferir em que medida ou com que frequência esse recurso é utilizado nos debates parlamentares. Isso porque as fontes primárias disponíveis à consulta na internet não dispõem de um mecanismo de busca por termos específicos, o que nos permitiria replicar metodologia aplicada à pesquisa jurisprudencial, procurando por expressões como “*convención americana sobre los derechos humanos*” e “*corte interamericana de derechos humanos*” nos discursos parlamentares. Em vez disso, os discursos são publicados na *Gaceta del Congreso*, editada pela *Imprenta Nacional de Colombia*. Seria necessário analisar o conteúdo de cada uma das

edições do diário oficial para responder a essa pergunta com profundidade, o que não é possível nos limites desta pesquisa.

Dentro dessas limitações e a partir de referências feitas pela literatura especializada no processo de processo de paz colombiano, identificamos um exemplo de utilização da jurisprudência interamericana na análise de projetos de lei que estabeleciam “disposições para a reincorporação membros de grupos armados organizados à margem da lei que contribuam de maneira efetiva para a consecução da Paz Nacional”.³⁹ Apesar de tratar-se de um único exemplo, é bastante saliente que o recurso aos julgados da CorteIDH ocorra na discussão de atos normativos dos mais relevantes sob a perspectiva política e constitucional da história recente do país vizinho, que objetiva por fim ao conflito armado interno que perdura mais de cinco décadas.

No curso dos debates para a aprovação da *Ley de Justicia y Paz*, Lei nº 975 de 2005, promovida após acordo do governo Uribe com grupos paramilitares, especialmente as *Autodefensas Unidas de Colombia* (AUC), a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é usada como argumento pela oposição para reclamar a não aprovação de anistia aos crimes de lesa humanidade cometidos no conflito interno. Em assembleia ocorrida em 17 de junho de 2005, o Senador Rafael Pardo aduz que concessão de anistia a esse tipo de crime implicaria na violação dos compromissos internacionais assumidos pela Colômbia, em particular no Tratado de Roma – que instituiu o Tribunal Penal Internacional – e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além de afirmar que o projeto de lei não cumpria os *standards* mínimos de proteção à verdade, justiça e reparação das vítimas estabelecidos pelo Tribunal Penal Internacional, Senador Pardo recorda seus pares que a Colômbia é parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois signatária do Pacto de San José, e que por isso, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos “podem tomar decisões que tem jurisdição sobre a justiça colombiana”. Explica que a Corte Interamericana declarou a inconvenção da lei de anistia

39 Proyecto de ley número 211 de 2005 Senado, 293 de 2005 Cámara (acumulado con los Proyectos de ley números: 180 de 2004 Senado, 288 de 2005 Cámara; 207 de 2005 Senado, 289 de 2005 Cámara; 208 de 2005 Senado, 290 de 2005 Cámara, 209 de 2005 Senado, 291 de 2005 Cámara; 210 de 2005 Senado, 292 de 2005 Cámara; 212 de 2005 Senado, 294 de 2005 Cámara; 295 de 2005 Cámara, 217 de 2005 Senado, 287 de 2005 Cámara, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de Grupos Armados Organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la Paz Nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

aprovada pelo Congresso Peruano em 1988 por entender que as leis de autoanistia não são permitidas pelo direito internacional. O Senador sugere ainda que a declaração de inconvenção da lei poderia ser reconhecida pela Corte Constitucional da Colômbia, e nesse sentido, lembra que esses fundamentos levaram a Corte Suprema da Argentina a declarar a inconstitucionalidade de leis de ponto final e de obediência devida, que anistiavam ex-Presidentes da Argentina, membros da Junta Militar, e que por isso, a cúpula do poder argentino estavam sendo processados por conta desses delitos.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nesse contexto funciona como um instrumento de “barganha às sombras do direito internacional”⁴⁰. O parlamentar usa estrategicamente essa referência para dissuadir seus opositores da posição supostamente contrária à jurisprudência interamericana e avançar na (sua) agenda que encontra apoio na Corte Interamericana. Assim, reforça a ideia que enquanto legisladores (e agentes estatais) estão obrigados a respeitar os compromissos internacionais assumidos pela Colômbia na assinatura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com esse recurso argumentativo, o parlamentar lembra dos riscos de um eventual litígio internacional para limitar ou enfraquecer as opções políticas de seus oponentes.

De acordo com a jurisprudência consolidada da Corte Constitucional da Colômbia compete ao Ministério das Relações Exteriores⁴¹ a coordenação dos trabalhos necessários ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴². Após essas decisões, criou-se o Grupo Interno de Trabalho de Seguimento às Ordens e Recomendações de Órgãos Internacionais em matéria de Direitos Humanos (GSORO), no âmbito do Ministério das Relações Exteriores, mediante a Resolução nº 5674, de 2015, que funciona subordinado à Direção de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário do Chancelaria.

40 STEINBERG, Richard. In the Shadow of Law or Power? Consensus-based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO. In: *International Organization*, n. 56, 2002, p. 339-374.

41 O Ministério mantém um página dedicada ao acompanhamento dos trabalhos nesse sentido, disponível em <http://www.cancilleria.gov.co/internacional/derechos/ordenes-recomendaciones>, acesso em 22 de maio de 2018.

42 Colômbia, Corte Constitucional, Sentenças T-558/03, T-327/04, T-524/05, T-367/10, T-585^A/11, T-653/12, T-976/14.

Notas conclusivas

Observamos um significativo esforço da Corte Constitucional da Colômbia em dialogar com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CCC recorre com frequência à jurisprudência da CorteIDH para fundamentar suas decisões – não se limitando aos casos em que a Colômbia é parte. A Corte colombiana variou de forma relevante no uso do direito internacional dos direitos humanos, seja em termos quantitativos, seja em relação ao significado conferido a Convenção Americana e jurisprudência da Corte Interamericano de Direitos Humanos. Quantitativamente, as referências à CorteIDH oscilaram entre 0% e 2% na primeira década de funcionamento da Corte Constitucional, de 1992 a 2001; seguido por uma tendência de crescimento gradual nos anos posteriores, sendo citada em 17% de sentença proferidas no ano de 2016. Trata-se de um número expressivo, especialmente se comparado com os 0,04% observado no mesmo ano de 2016 no Supremo Tribunal Federal.

Desde as primeiras decisões, a CCC confere aplicabilidade direta à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o reconhecimento expresso de sua autoexecutoriedade, geralmente complementando a interpretação de normas domésticas sobre a mesma matéria. Por outro lado, observamos a prevalência de referências ao direito internacional para fazer interpretação conforme da legislação e da Constituição nacionais, notadamente devido ao comando do art. 93-2 da Carta de 1991.

O desenvolvimento da tese do bloco de constitucionalidade, a partir de 1995, é um dos fatores que explicam a consolidação do direito internacional em geral, e dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial, no rol das principais fontes utilizadas pela CCC na solução dos problemas constitucionais colombianos, uma vez que os tratados de direitos humanos passaram a figurar como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas de direito doméstico colombiano.

Após um período de maturação dessa tese, a Corte passa a dar maior peso às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção das suas razões de decidir. A partir de 2000, o diálogo entre as cortes se intensifica, quando a CCC estabelece que as sentenças da CorteIDH são um critério hermenêutico relevante na interpretação dos tratados e da própria constituição. Em 2014, a Corte Constitucional se viu obrigada a esclarecer que as sentenças interamericanas só são vinculantes nos casos que o estado colombiano for par-

te, nos demais, servem apenas como um guia interpretativo. Sob fundamento do art. 93 da Constituição de 1991, que determina que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia, a CCC construiu o entendimento que as sentenças da CorteIDH constituem um “critério hermenêutico relevante para estabelecer o sentido das normas constitucionais sobre direitos fundamentais”⁴³ e que a “jurisprudência da CorteIDH contém a interpretação autêntica dos direitos contidos na CADH, instrumento internacional que integra o parâmetro de controle de constitucionalidade.”⁴⁴

A análise sistemática do conteúdo das decisões da Corte Constitucional da Colômbia permitiu-nos testar as categorias teóricas usadas para descrever tipos de diálogo transnacional entre tribunais por Vicki Jackson (JACKSON, 2010). Jackson desenvolve três tipos ideais de posturas em relação ao diálogo: resistência, convergência e engajamento ao transnacional. Na primeira, defende-se que apenas as normas criadas a partir de procedimentos definidos nacionalmente é que devem ser utilizadas para a interpretação do direito. Qualquer fonte estrangeira ou internacional é desestimada na interpretação constitucional. Os intérpretes da constituição nacional devem, portanto, resistir às influências estrangeiras ou internacionais (JACKSON, 2010, pp. 17-18). Na postura de convergência, a constituição deve ser interpretada de modo que o direito nacional se conforme progressivamente no sentido do direito internacional. O direito constitucional doméstico é visto como um locus de implementação do direito internacional (JACKSON, 2010, pp. 39-43). Entre esses dois extremos, está a postura de engajamento, em que o intérprete da constituição nacional deve levar em consideração as experiências constitucionais de outros ordenamentos nacionais e supranacionais para solucionar problemas constitucionais que se lhe apresente. Subjacente à postura de engajamento está um compromisso com a deliberação judicial e a abertura a possibilidade tanto de aproximação quanto de afastamento do direito nacional ao direito estrangeiro ou supranacional.

É interessante notar que todas as referências feitas à Colômbia na obra da Jackson estão no capítulo sobre a convergência constitucional, e aponta o artigo 93 do texto constitucional como fundamento para tanto. Segundo a

43 Colômbia, Corte Constitucional, Sentenças C-010/00 e T-500/14.

44 Colômbia, Corte Constitucional, Sentenças C-442/01 e T-500/14.

autora, a Constituição de 1991 foi concebida como “parte de um sério esforço de ‘transformação’ constitucional, com o objetivo de ‘salvar a Colômbia.’” (JACKSON, 2010, p. 44). E nesse empreendimento salvador, a Corte Constitucional estaria incumbida de interpretar a Constituição de modo a conformá-la ao direito internacional dos direitos humanos. Em nossa abordagem preliminar ao objeto desta pesquisa, quiçá influenciados por Vicki Jackson e viesados pela postura de resistência que temos observado em nossos estudos sobre o uso do direito internacional sobre o Supremo Tribunal Federal, esperávamos encontrar uma Corte Constitucional convergente. A esta altura, no entanto, essa classificação nos parece apressada. Enquadrar a Colômbia nesta categoria nos parece problemático porque a postura de convergência pressupõe a supremacia das ordens supranacionais e exige do juiz doméstico um esforço no sentido de compatibilização do direito interno com o direito internacional. Isso seria ainda mais pungente no campo dos direitos humanos, que conta com tratados e tribunais internacionais especializados na sua interpretação e aplicação.

Após pesquisar as citações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, no entanto, não encontramos evidências suficientes para sustentar a classificação proposta por Jackson. Por outro lado, a jurisprudência constitucional colombiana indica uma postura de engajamento por parte da Corte Constitucional. Os juízes colombianos reconhecem a obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana nos casos em que a Colômbia for parte e consideram a jurisprudência de San José como um “critério hermenêutico relevante” para interpretação da Constituição. Mas reservam para si um espaço de soberania para eventualmente divergir da CtIDH quando se fizer necessário. A jurisprudência interamericana é considerada como uma ferramenta reflexiva sobre o conteúdo normativo do direito constitucional, e não como um instrumento de subordinação do direito doméstico ao direito internacional. Desse modo, a Corte Constitucional cristalizou o entendimento que tem a *obrigação de considerar* a jurisprudência interamericana na solução de litígios constitucionais, impondo à eventual dissidência um ônus argumentativo adicional para explicar as razões do afastamento do que foi decidido anteriormente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Referências

ACOSTA ALVARADO, P. A. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CÓRDOBA TRIVIÑO, J. (2006). Tensiones y propuestas de articulación entre la jurisdicción nacional e internacional en materia de Derecho Humanos y Derecho Penal Internacional, a partir de la Constitución de 1991. Em S. D. COLOMBIA, *La Constitución de 1991 - 15 años* (pp. 65-85). Bogotá: Senado de La República de Colombia.

CEPEDA ESPINOSA, M. J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.

HENAO HIDRÓN, J. (2013). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.

JACKSON, V. (2010). *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press.

MAUÉS, A. M. (jul/dez de 2010). O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, 15(2), pp. 356-384.

QUINCHE RAMÍREZ, M. F. (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosário.

REINA GARCIA, O. (julio-diciembre de 2012). Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. *Revista Derecho del Estado*(29), pp. 175-214.

UPRIMNY YEPES, R. (2005). *El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Acesso em 24 de 06 de 2015, disponível em [http://redescuelasca.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelasca.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf)

O Controle de Convencionalidade no México¹

Rafaela Teixeira Sena Neves²

Introdução

A relação entre os Estados Unidos Mexicanos (México) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tornou-se nos últimos anos bastante estreita. Desde que o México ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em 1981, o país nunca havia experimentado uma comunicação tão próxima com o referido sistema, em especial com seu órgão jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). Tal aproximação não é apenas caracterizada pela quantidade de demandas judiciais (08 no total), condenações (06)³ ou consultas realizadas (02)⁴, mas se deve especialmente pela valorização e acatamento da relevância do sistema por parte do Estado mexicano. Conforme restará demonstrado no decorrer deste estudo, uma série de inovações foram introduzidas no ordenamento jurídico mexicano após a ampliação desta comunicação.

-
- 1 A pesquisa e a redação final deste trabalho só foram possíveis graças ao financiamento do CNPQ à Rede de Pesquisa, às valiosas críticas dos professores Antonio Maués, Breno Baia e Paulo André Nassar, a ajuda da discente Camilly Proença e ao apoio e assistência proporcionada pela Universidad Iberoamericana Ciudad de México. *Gracias en nombre del Professor José Luis Caballero, y con mucho gusto, saludos à Cuba Flores y Harlene Arriaga.*
 - 2 Doutoranda em direito pela UFPA. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestra em direito pela UFPA.
 - 3 Referimo-nos aos casos *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008); *González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010); *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Caso Fernández Ortega e outros Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010); *Cabrera García e Montiel Flores Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010) e *Rosendu Cantú e outra Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010).
 - 4 Opinião Consultiva 16/99, que se refere ao direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal e ao estatuto jurídico; e a Opinião Consultiva 18/03 que trata dos direitos dos trabalhadores imigrantes em situação irregular.

Após ter aceitado se submeter à jurisdição da CorteIDH, em 1998, o país já sediou em três oportunidades (2008, 2013 e, mais recentemente, 2016) os chamados Períodos Extraordinários de Sessões (PES), ocasiões nas quais a CorteIDH realiza sessões de julgamentos itinerantes fora de sua sede (São José na Costa Rica)⁵. Em duas dessas ocasiões, os Períodos Extraordinários de Sessões ocorreram a convite da Suprema Corte da Justiça da Nação (SCJN), órgão máximo do Judiciário mexicano. Esses fatos ilustram o estreitamento do diálogo transjudicial entre o Poder Judiciário mexicano, liderado pela Suprema Corte e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essas visitas realizadas pela CorteIDH ao México possibilitaram a realização de uma série de seminários e audiências públicas, com a participação dos juízes da SCJN e demais magistrados mexicanos, abordando temas sensíveis para o Sistema Interamericano e seus Estados membros. Entre os eventos organizados por ocasião da última visita da CorteIDH ao México, destaca-se o Seminário Internacional “Derecho Nacional e Internacional, Desafios Compartidos”. Desses encontros foram produzidos diversos estudos e livros que vêm influenciando sobremaneira os estudiosos do Direito e mais especialmente as instituições jurídicas do país.

O fruto mais profícuo desse diálogo crescente é, sem dúvidas, a adoção e o desenvolvimento de um modelo de controle de convencionalidade pelo Estado mexicano, que possibilita uma maior integração entre a jurisprudência da CorteIDH, as normas previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico doméstico. A adoção de um sistema de controle de convencionalidade proporcionou mudanças no Judiciário.

Por isso, o presente estudo buscará apresentar os principais reflexos deste fenômeno na atuação do Poder Judiciário mexicano, em especial na SCJN, tendo em vista que foi especificamente neste órgão que podemos observar o maior impacto desse processo de estreitamento de uma comunicação transjudicial mista com a CorteIDH. Ao contrário, em sede de pesquisa no Poder Legislativo, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado, não foi encontrado um número expressivo de menções à CADH ou à CorteIDH nas leis ou projetos de leis e quando ocorreu, a citação foi realizada de forma genérica e sem uma construção

5 Apenas a título comparativo, o Brasil reconheceu a jurisdição da CorteIDH também no ano de 1998, porém só abrigou o Período Extraordinário de Sessão em uma única oportunidade.

argumentativa sobre a importância desta fonte⁶. Motivos estes que reforçam o recorte metodológico e o foco de análise concentrar-se no Poder Judiciário.

Ainda assim, de forma pontual, serão apresentados ao longo do estudo algumas mudanças legislativas, especialmente aquelas que alteraram a Constituição mexicana para possibilitar uma maior comunicação entre o ordenamento jurídico interno e as normas internacionais de direitos humanos, bem como a reforma da “*Ley de Amparo*” que, ao criar um sistema de precedentes jurisprudencial de observância obrigatória, tornou capaz uma maior integração entre o ordenamento jurídico doméstico e internacional, tornando a interpretação da norma internacional mais cogente, por meio da ideia de controle de convencionalidade.

A respeito desse sistema de precedentes, é importante realizar alguns esclarecimentos introdutórios, a fim de que o leitor possa compreender melhor não apenas a gramática própria utilizada no ordenamento jurídico mexicano, como também o seu desenho e a relevância de sua adoção no diálogo transjudicial entre o Judiciário mexicano e a CorteIDH, especialmente após a reforma constitucional de 2011, que possibilitou a abertura da Constituição para o direito internacional dos direitos humanos.

6 A pesquisa foi realizada no próprio site da câmara dos Deputados e no Senado, a partir da análise dos resultados encontrados na seção “legislatura”, com a busca “CADH”, “convención americana” e “corte interamericana”. A começar pela Câmara dos Deputados, não encontramos nenhuma lei que faça menção à CADH, mas identificamos duas menções à CorteIDH: a primeira, refere-se a Lei Federal de Responsabilidade patrimonial do Estado, publicada em 2004, mas foi reformada em 2009 pelo Decreto-Lei de 31 de novembro de 2009, que mencionava expressamente a atuação da CorteIDH e da Comissão Interamericana, mas não fazia nenhuma referência a algum caso específico. O motivo da reforma foi a necessidade de regulamentação das indenizações pagas pelo Estado ao particular em razão de violações de direitos humanos, que foi exposta no artigo 2 da referida lei; a segunda lei encontrada foi a Lei Geral em Matéria de Desaparecimento Forçado de Pessoas, Desaparecimento cometido por particulares e o Sistema Nacional de buscas de pessoas, que entrou em vigor em novembro de 2017, com o objetivo de observar o cumprimento das medidas de reparação integral das vítimas de desaparecimento forçado. Há menção à CorteIDH na exposição de motivos para tratar do direito à reparação integral que as vítimas das violações de Direitos Humanos devem receber, transformando-se no artigo 151 desta lei. Nos projetos de lei, a única convenção mencionada de forma específica é a CEDAW, as outras menções tratam-se de referências genéricas a “tratados internacionais”. Quanto ao Senado, não encontramos nenhuma lei aprovada que faça referência expressa à CADH ou à CorteIDH. As menções que foram encontradas foram quantos a “tratados internacionais” e “standars internacionais”. Quando passamos para a pesquisa dos projetos de lei foram encontrados 1174 projetos pendentes de aprovação que somente mencionam a CADH e a CorteIDH na exposição de motivos, apesar de estarem em fase de projeto, não há nenhuma proposta de artigo que faça alguma referência expressa à CADH ou à CorteIDH.

Conforme prevê a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), em seus artigos 94, 99, 103 e 107, o Poder Judiciário Federal encontra-se estruturado de forma hierarquizada, possuindo como seu órgão máximo a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN), a qual possui a atribuição de, em última instância, definir a jurisprudência obrigatória a ser seguida pelo Judiciário nacional.

De forma sucinta, o termo *jurisprudência* serve para designar a tese obrigatória emitida pelo Poder Judiciário acerca da interpretação das leis e regulamentos federais ou locais e tratados internacionais celebrados pelo Estado mexicano. Por obrigatória, significa dizer que possuirá caráter vinculante aos órgãos judiciais de menor hierarquia. Nesse sentido, a jurisprudência da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) obriga a própria Corte (considerando que a SCJN pode funcionar de forma plena ou dividida em salas/turmas) e todo o restante da estrutura judicial mexicana. Nos termos da CPEUM, os critérios para definição da jurisprudência estarão disciplinados na própria Constituição e nas demais leis⁷.

Com o intuito de regulamentar os artigos 103 e 107 da CPEUM, após a reforma de 2011, se expede a chamada nova *Ley de Amparo*, a qual disciplina o sistema de precedentes judiciais em seus artigos 251 a 230⁸. De acordo

7 Referimo-nos ao artigo 94 da CPEUM – (...) La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución (...). Artigo 99 da Constituição – (...) La organización del Tribunal, la competencia de las salas, los procedimientos para la resolución de los asuntos de su competencia, así como los mecanismos para fijar criterios de jurisprudencia obligatorios en la materia, serán los que determinen esta Constitución y las leyes (...). Artigo 107 da Constituição – (...) Las resoluciones que pronuncien el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción (...).

8 Embora a *Ley de Amparo* tenha como objeto primário disciplinar o regramento sobre essa espécie de remédio constitucional, conhecido como “amparo”, por força da “*Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*”, suas disposições atinentes ao sistema de precedentes mexicano se aplicarão também para ações de outras naturezas. De acordo com o artigo 177 do referido diploma: “La jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las Salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido”.

com esta nova lei, a jurisprudência, além de vinculante⁹, poderá se estabelecer por meio de três formas: reiteração de critérios, contradição de teses, e/ou substituição de tese¹⁰.

A formação da jurisprudência por reiteração de critérios obedece a duas regras: (i) primeiro, a existência de cinco decisões reiteradas, sem nenhuma em contrário¹¹; e (ii), a aprovação de um quórum qualificado (no caso do pleno da SCJN, composta por 11 ministros, se faz necessária a aprovação da decisão por uma maioria de pelo menos 8 votos)¹². Por contradição de teses, a jurisprudência se estabelece ao resolver conflitos entre teses isoladas antagônicas entre salas da *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, entre os chamados *Plenos de Circuito*, ou entre os *tribunales colegiados de circuito*¹³. E, por fim, a substituição da

9 Artículo 217 de la *Ley de Amparo* – La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

10 Artículo 215 de la *Ley de Amparo* - La jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.

11 Nesse sentido, cumpre ainda informar que existe a possibilidade de interrupção de uma jurisprudência, caso sobrevenha sentença posterior em sentido contrário, conforme previsão constante no artigo 228 da *Ley de Amparo*. De acordo com o referido artigo: La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.

12 Artículo 222 de la *Ley de Amparo* – La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos.

13 Artículo 225 de la *Ley de Amparo* – La jurisprudencia por contradicción se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito, en los asuntos de su competencia.

jurisprudência poderá se dar nos termos do procedimento indicado pelo artigo 230 da *Ley de Amparo*¹⁴.

Dessa forma, a fim de subsidiar o leitor, gostaríamos de apresentar uma espécie de glossário com as terminologias empregadas no presente estudo, que se referem a institutos do direito mexicano. Ao nos referirmos a expressão “*jurisprudência* ou *teses jurisprudenciales*”, estamos nos referindo ao precedente de caráter vinculante estabelecido pelas autoridades judiciais mexicanas indicadas na referida *Ley de Amparo*, de acordo com os três critérios anteriormente mencionados (reiteração, contradição e substituição).

As chamadas “*tesis aisladas*” são teses normativas extraídas das sentenças judiciais, que visam garantir a uniformização, coerência e estabilidade da atuação judicial. As “*tesis aisladas*” não possuem efeito vinculante no sentido forte da expressão, como é o caso das “*jurisprudenciales*”, por não serem dotadas de caráter reiterado (de pelo menos cinco decisões em um mesmo sentido). Como o próprio nome sugere, são teses isoladas que ainda carecem de repetição. Geralmente, as “*tesis aisladas*” são contrapostos, naquilo que

14 Artigo 230 da *Ley de Amparo* – La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas: I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran. II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarán los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocho votos en pleno y cuatro en sala. Cuando se resuelva sustituir la jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud. Esta resolución se publicará y distribuirá en los términos establecidos en esta Ley.

denominamos “*contradicción de tesis*”, que conforme vimos, é uma das espécies de formação da “jurisprudência”.

Já a expressão “*ejecutoria*” é comumente empregada para se referir a decisões que já alcançaram o trânsito em julgado, não sendo mais passíveis de recurso ou alterações. Quando falamos em formação de jurisprudência por reiteração, entre os critérios estabelecidos, nos referimos a pelo menos cinco “*ejecutorias*” convergentes.

Diante desse breve vocabulário introdutório, podemos dizer que, toda sentença poderá se tornar uma “*ejecutoria*”, ao transitar em julgado, da qual poderá ser extraída uma “*tese aislada*”. A se confirmar a sua reiteração, poderá eventual tese se transformar em “jurisprudência”. Ou caso não alcance o status de cinco “*ejecutorias*” consecutivas que adotem a mesma tese, elas poderão ser contrapostas, formando como produto igualmente uma jurisprudência, por “contradição de teses”.

2) Os tratados internacionais no ordenamento jurídico mexicano

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) foi promulgada em 1917 e é uma importante contribuição da tradição jurídica mexicana, por ser a primeira constituição a garantir direitos sociais em seu texto. Até o presente ano, a constituição já passou por um total de 699 reformas que modificaram o seu texto original por meio de 229 decretos; dos 136 artigos contidos em seu texto original, somente 22 se mantêm intactos (CABALLERO OCHOA, 2013).

Estas reformas aconteceram em diferentes situações que requereram mudanças para solucionar eventualidades políticas, econômicas e sociais. Os 19 presidentes que governaram o país reformaram a CPEUM, mas foi após o ano de 1982 que se realizou a maior quantidade de alterações, pois nos últimos trinta e cinco anos, ocorreram 486 modificações em comparação com as 213 que aconteceram durante o mandato de 13 presidentes no período de 1921 a 1982 (CABALLERO OCHOA, 2013).

Dentre essas mudanças, a reforma constitucional de 1934 possibilitou a alteração do artigo 133 da CPEUM¹⁵ que trata sobre a hierarquia entre as normas

15 O artigo 133 da CPEUM de 1917 tem sua origem na Constituição de 1857, cujo esboço foi preparado pela Comissão de Constituição do Congresso Constituinte instalada em 18 de fevereiro de 1856,

mexicanas e os tratados internacionais. Inspirado na constituição americana, este artigo teve sua origem na constituição mexicana de 1857, sendo aprovado por unanimidade por 154 votos, sem qualquer discussão e incorporado com o mesmo texto da Constituição de 1857 na Constituição de 1917, mas, trazendo um erro que só foi corrigido em 1934 – 17 anos depois da promulgação da atual Constituição (GARCÍA MORELOS, 2009).

O erro refere-se ao procedimento de ratificação de um tratado internacional no México, pois, apesar de a Constituição de 1917 autorizar o Senado¹⁶ a aprovar tratados internacionais, o artigo 133 manteve a referência errônea ao Congresso da União contida na Constituição de 1857, que não foi corrigida após a reintegração do Senado em 1874, pois nesse processo, o Senado intervém, assim como o presidente, como representante do Estado. Logo, os tratados internacionais ratificados pelo México vinculam autoridades federais, estaduais e municipais porque o Presidente da República e o Senado comprometeram o Estado, que atua unilateralmente perante a comunidade internacional (DIÁZ, 2007).

Atualmente, o artigo 133 da CPEUM dispõe que

Esta Constitución, as leis do Congreso da União que emanem dela e todos os Tratados que estão de acordo com a mesma, celebrados e que se celebrem pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, serão a Lei Suprema de toda a União. Os juízes de cada estado se submeterão à referida Constitución, leis e tratados, apesar das disposições em contrário que possam existir nas Constituições ou leis dos Estados (Tradução nossa)¹⁷.

que foi aprovado como artigo 126 da Constituição com o seguinte texto: “Artículo 126. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el presidente de la República con aprobación del congreso, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones ó leyes de los Estados”.

16 Segundo Díaz, “el papel que el Constituyente de 1874 confirió al Senado, y que nuestra Constitución vigente recogió, va más lejos. El artículo 72 de la Constitución de 1857 incorporó, entre otras modificaciones, un apartado B que establece las facultades exclusivas del Senado: Son facultades exclusivas del Senado: I. Aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo con las potencias extranjeras [...]”. (Díaz, 2007, p.)

17 No original: “Artículo 133 - Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Dessa forma, os tratados internacionais se integram ao direito interno mexicano pela concordância de duas vontades, a do Presidente da República e a do Senado, a partir da maioria dos votos dos presentes, conforme os artigos 133 e 76 da CPEUM. Além disso, o México possui duas leis sobre a celebração de tratados que terão procedimentos diferentes, uma sobre a celebração de tratados internacionais vigente desde 1992 e a outra sobre a aprovação de tratados internacionais de matéria econômica, vigente desde 2004 (SIID, 2005).

Mas, apesar de o artigo 133 tratar da importância dos tratados internacionais para o direito interno, a CPEUM não diz qual o status hierárquico que os tratados terão no âmbito interno. Coube à *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) dirimir essa questão. A SCJN interpretou o artigo 133 de diferentes formas, mas sempre colocando como norma superior hierárquica a CPEUM. Assim, no *amparo de revisión 2069/91*, deliberado em 30 de junho de 1992, o pleno da SCJN, por maioria de 15 votos, determinou que as leis federais e os tratados internacionais possuem a mesma hierarquia, ocupando, ambos, a hierarquia imediatamente inferior à CPEUM, e esclareceu que os tratados internacionais não podem ser um critério para determinar a constitucionalidade de uma lei ou vice-versa (14 Tesis P. C/92, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, núm. 60, Octava Época, diciembre de 1992, p. 27).

No *amparo de revisión 1475/98*, promovido pela União Nacional dos Controladores de Tráfego Aéreo e deliberado em 11 de maio de 1999, a SCJN determinou que os tratados internacionais estão localizados hierarquicamente acima das leis federais e em segundo plano, abaixo da CPEUM, pois embora a constituição expresse "será a lei suprema da União" é a Constituição Política a lei suprema, já que as leis e os tratados internacionais devem emanar dela, isto é, devem ser de acordo com a CPEUM, mas os tratados internacionais estão acima das leis federais e locais, porque os compromissos internacionais são assumidos pelo Estado mexicano como um todo, o que justifica o porquê de o Poder Constituinte conceder poderes ao Presidente da República para assinar tais tratados como chefe de Estado, e ao Senado para intervir como representante da vontade dos Estados através do procedimento de ratificação (Tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p.46).

Além disso, a SCJN confirmou o entendimento doutrinário¹⁸ de que a CPEUM adota a tese monista com a particularidade de considerar como vigente somente

18 Referimo-nos a CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (1986) e AMANDI ROJAS, Victor (2015) que argumentam que a CPEUM não requer a transformação das disposições do tratado internacional

os tratados que estão de acordo com os mesmos mandatos constitucionais. A SCJN denominou este tipo de monismo de “*monismo internista o nacionalista*” porque condiciona a vigência do direito internacional à constituição do país.

Nesse mesmo ano, em 28 de outubro de 1999, por meio de uma *tesis aislada*, a SCJN decidiu que os tratados internacionais estão localizados hierarquicamente acima das leis federais e, em segundo plano, imediatamente abaixo da CPEUM. Sendo esse o entendimento a ser seguido pelo Congresso da União até 2005 ao fazer referência expressa a essa decisão em seu serviço de investigação e análise¹⁹, e afirmando que, somente quando os tratados estão de acordo com a CPEUM e tenham sido aprovados pelo Senado que serão lei suprema igual a constituição (SIID, 2005, p.4).

Seguindo essa linha, no *amparo de revisión 120/2002* decidido em 13 de fevereiro de 2007, o pleno da SCJN entendeu que a CPEUM, as leis gerais do Congresso da União e os tratados internacionais que estão de acordo com ele constituem a “lei suprema da União”, como uma ordem jurídica superior de caráter nacional, na qual a CPEUM está localizada no topo e abaixo estão os tratados internacionais, seguida pelas leis gerais, federais e locais, na medida em que o Estado mexicano ao subscrevê-los em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entre Estados e Organizações Internacionais, e atendendo ao princípio consuetudinário do direito internacional do *pacta sunt servanda*, contrai livremente obrigações frente a comunidade internacional que não podem ser ignoradas pela invocação de normas de direito interno, cujo descumprimento supõe uma responsabilidade de caráter internacional (Tesis P. VIII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6; Tesis P. IX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007).

Também nessa decisão, a SCJN sedimentou o entendimento da adoção do *monismo nacionalista* já que a CPEUM não exige a transformação das normas

em fonte interna, pois somente estabelece como requisito para que os tratados pertençam ao sistema interno, a aprovação do Senado.

19 Segundo o site da Câmara dos deputados, nas informações parlamentares, o Sistema Integral de Informação e Documentação (SIID) foi criado pela fusão do Sistema de Informação Legislativa e da Biblioteca do Legislativo em treinamento com o objetivo de fornecer informação para apoiar o trabalho legislativo considerando quatro tipos de serviços básicos: os serviços bibliográficos; os serviços de documentação legislativa; os serviços de investigação e análise e os serviços de informática. Atualmente, este órgão é denominado de SEDIA – Serviços de documentação, informação e análises.

contratuais em fonte interna, característica própria do sistema dualista. Assim, não pode existir direito positivo distinto do produzido pelos aparatos legislativos do próprio Estado mexicano e, em caso de conflito entre o direito interno e o internacional, o segundo se encontra subordinado ao primeiro.

Até esse momento, a SCJN não fazia uma distinção entre quais tratados internacionais ratificados pelo México poderiam ter status hierárquico diferente, pois, apesar de ter realizado várias interpretações sobre o artigo 133, sempre entendeu a CPEUM a partir do princípio da supremacia constitucional, assumindo uma postura de aplicação legalista da constituição e de deferência a uma cultura jurídica formalista, obstaculizando uma abertura constitucional ao direito internacional²⁰ (CABALLERO OCHOA; GARCÍA HUERTA, 2016, p.58).

A abertura da CPEUM e a mudança de interpretação adotada pela SCJN quanto aos tratados internacionais, em especial, aos de direitos humanos, somente ocorreu com a reforma constitucional em matéria de direitos humanos em junho de 2011, que marcou a principal alteração no sistema jurídico constitucional mexicano: a centralização do princípio pró pessoa (*pro homine*) como eixo principal da dinâmica jurídica.

2.1 A reforma constitucional em matéria de direitos humanos de 2011

No dia 10 de junho de 2011, foi publicado no Diário Oficial a reforma constitucional em matéria de direitos humanos, que teve como mandato a criação de uma nova cultura de direitos humanos, colocando no centro a dignidade das pessoas. As modificações que foram feitas constituem uma mudança na forma de entender as relações entre as autoridades e a sociedade, uma vez que colocam a pessoa como o fim de todas as ações do Estado. Esta reforma representa o avanço legal mais importante que o México teve para otimizar o gozo e o exercício dos direitos humanos (CASTILLO, 2015).

20 Para Caballero Ochoa e García Huerta os obstáculos quanto à abertura constitucional ao direito internacional referem-se a duas características da cultura mexicana de apego ao formalismo jurídico: a) ao império de um paradigma de aplicação legalista da constituição, especialmente em relação ao princípio da supremacia constitucional, evidenciado pelos debates da SCJN de 92 a 2010; e b) a resistência frente a uma necessária transição jurídica de maior abertura interpretativa e criativa do direito (CABALLERO OCHOA; GARCÍA HUERTA, 2016, p.58).

A reforma se originou em um contexto histórico em que se demandavam mudanças fundamentais na CPEUM. Neste ano, o país transitava para o último terço do mandato do presidente Felipe Calderón Hinojosa, completando 12 anos da adesão à jurisdição da CorteIDH, bem como o México já havia assinado e ratificado a maior parte dos tratados de direitos humanos tanto do Sistema Interamericano, quanto do Sistema Global.

Por outro lado, datam dessa época os primeiros seis casos contenciosos em que o Estado mexicano foi declarado internacionalmente responsável por violações de direitos humanos na CorteIDH, com questões que foram e ainda são particularmente sensíveis: o primeiro que tratava da falta de recursos internos em matéria eleitoral; outro que se relacionava à situação de violência estrutural contra as mulheres na cidade de Juárez, Chihuahua e quatro sentenças sobre violações a direitos humanos por parte do exército e a falta de idoneidade do foro militar para conhecer desses assuntos.

Embora desde agosto de 2008, o governo mexicano tenha conseguido superar com algum sucesso as pressões externas e internas sobre o caso *Castañeda* - relacionadas à falta de recursos internos em questões eleitorais -, a situação em relação aos outros cinco casos se tornou problemática devido à natureza dos fatos provados e às medidas de reparação ordenadas pela CorteIDH, que envolvem um grande número de ações a serem realizadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos níveis local e federal (CDHDF, 2013).

Paralelamente ao que aconteceu no sistema interamericano, nos últimos anos no país, foram realizados processos significativos de abertura e debate sobre a necessidade de incorporar à CPEUM os direitos humanos contidos em tratados internacionais. Neste último ponto, destaca-se a participação de acadêmicos e instituições nas primeiras propostas de reforma, como a do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (CDHDF, 2013, p.14).

Além disso, outras circunstâncias históricas e políticas foram definitivas para a reforma de 2011 ser aprovada. Por um lado, nas duas últimas décadas, houve avanços consideráveis em diferentes aspectos do campo dos direitos humanos, como a criação de órgãos autônomos para a proteção dos direitos humanos - a partir de 1990 - a reforma ao Poder Judiciário de 1994, a criação do Conselho do Poder Judiciário Federal e de novas instituições²¹. A isso se

21 Como o Instituto Eleitoral Federal (IFE), o Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação (tePjf), o Instituto Federal de Acesso à Informação e Proteção de Dados (Ifai) e o Conselho Nacional para Prevenir a Discriminação (Conapred).

acrescenta o papel cada vez mais relevante da SCJN em questões de controle constitucionalidade por meio de ações de inconstitucionalidade e controvérsias constitucionais (CÓRDOVA VIANELLO, 2011, p.70).

Desta forma, os problemas de direitos humanos que afligiram a sociedade mexicana começaram a ter maior difusão e tratamento não apenas internacionalmente, mas também no âmbito nacional. Entre as violações dos direitos humanos encontramos: marginalização e discriminação contra grupos em situações vulneráveis, como povos indígenas e comunidades; violência generalizada contra as mulheres; prática de tortura na busca de justiça e prática sistemática de desaparecimento forçado em determinados períodos da história nacional (CDHDF, 2013, p.14).

Além do exposto, como alerta Córdoba Vianello, a insegurança teve efeitos perversos na proteção de direitos. Nos últimos tempos, a luta contra o tráfico de drogas tem marcado, em grande medida, o debate sobre direitos humanos no México e o endurecimento do sistema penal. Esta luta, travada há muitos anos, intensificou-se durante o mandato do Presidente Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012) e provocou graves violações dos direitos humanos cometidas por autoridades e particulares. Na maioria dos casos, foi detectado uma situação de impunidade generalizada. Essas circunstâncias tornaram clara a necessidade de respeitar e garantir os direitos constitucionais e internacionais, o que também se tornou uma tarefa pendente na agenda nacional e uma exigência da sociedade (CÓRDOVA VIANELLO, 2011, p.72).

Das situações descritas, era necessária uma mudança radical para entender a preponderância dos direitos constitucionalmente consagrados em conjunto com os estabelecidos nos tratados internacionais que o Estado mexicano assinou e ratificou. Os projetos de decretos da reforma começaram a ser aprovados em 2009 e foram concluídos em 2011.

As principais mudanças da reforma foram: a) incorporação de todos os direitos humanos dos tratados internacionais ratificados pelo México como direitos constitucionais; b) a cláusula de interpretação conforme e o princípio *pro homine*; c) a obrigação para todas as autoridades, sem distinção, de cumprir com quatro obrigações específicas: promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos; d) obrigação de investigar, sancionar e reparar as violações de direitos humanos; e) a universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade dos direitos; f) incorporar uma educação em direitos humanos em todos os níveis; f) fazer prevalecer os direitos humanos no sistema penitenciário me-

xicano; g) a proibição de discriminar com base nas preferências sexuais, e asilo, refúgio e os direitos dos estrangeiros no México; h) colocar os direitos humanos como principal eixo da política exterior do país; i) mudanças e ampliação da competência do *juicio de amparo*²².

Um pouco mais de um mês depois de sua publicação em junho de 2011, os ministros da SJCN aplicaram e reinterpretaram a CPEUM com base nas disposições do novo artigo 1^o²³, com base nas ações que o Poder Judiciário deveria fazer realizar o cumprimento da sentença do *caso Radilla Pacheco* emitida pela CorteIDH em 2009. O debate dos ministros da SCJN, sobre a discussão se o Poder Judiciário era ou não obrigado a cumprir com a decisão do *caso Radilla*, foi iniciado por meio de uma solicitação promovida em 2010 pelo Minis-

22 Essa mudança refere-se à modificação dos artigos 94, 103, 104 e 107 da CPEUM. Segundo Cárdenas, a reforma do *Juicio de Amparo* é ambiciosa e deve ser compreendida em conjunto com a reforma constitucional de 2011, pois em ambos é reconhecido uma posição preponderante dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, além de promoverem a maximização dos direitos humanos na interpretação e aplicação para sua devida garantia (CARDENAS, 2013, p.383). Entre as contribuições mais notáveis da reforma constitucional em matéria de amparo, destacamos: 1) a ampliação da competência do *juicio de amparo* em violações a tratados de direitos humanos e não apenas por violações dos direitos reconhecidos na CPEUM; 2) em alguns casos, as sentenças de *amparo* poderão ter efeitos "erga omnes"; 3) proposição de novos critérios para tornar a jurisprudência obrigatória; 4) se incorpora o interesse legítimo em certos tipos de proteção; 5) ampliação dos legitimados para promover *contradicciones de tesis*; 6) cria a Plenária do Circuito para resolver os conflitos suscitados nas *contradicciones de tesis*; 7) cria a figura do *juicio de amparo adhesivo*, entre outras.

23 Que trata sobre “**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Adicionado mediante decreto publicado el 10 de junio de 2011). Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Adicionado mediante decreto publicado el 10 de junio de 2011) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. (Reformado mediante decreto publicado el 10 de junio de 2011) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. (CPEUM).

tro Guillermo Ortiz Mayagoitia, antes da reforma constitucional, e deliberada nos *expedientes varios* 489/2010 e 912/2010 “Caso Rosendo Radilla Pacheco”, que tornou-se o paradigma para a discussão a respeito do status hierárquico dos tratados internacionais e do controle de convencionalidade no México.

3) Controle de Convencionalidade pela Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN)

Poucos dias após a publicação da reforma constitucional em Direitos Humanos, a SCJN tem a oportunidade de dar uma primeira e extensa compreensão para resolver o *expediente* 912/2010²⁴, e decide sobre o status constitucional dos direitos humanos contidos nos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Estado mexicano, a função normativa das resoluções e precedentes da CorteIDH e o alcance delas às autoridades do país, entre outros.

O caso *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009) relata o desaparecimento forçado do senhor Rosendo Radilla Pacheco pelo exército mexicano e a inércia do Estado em investigar e sancionar penalmente os responsáveis. Na sentença, uma das medidas de reparação ordenada pela CorteIDH foi que o Estado adotasse reformas pertinentes a compatibilizar o artigo 57 do seu código penal militar e as interpretações constitucionais da SCJN com a CADH e a jurisprudência da CorteIDH, bem como, exercesse o controle de convencionalidade²⁵.

Assim, a SCJN utilizando-se da sua faculdade de atração²⁶, de ofício, expediu duas sentenças - 489/2010 e a 912/2010 - que definiram qual deveria

24 Expediente Varios 912/2010, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio, México, Distrito Federal.

25 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de mérito e de reparações de 23 de novembro de 2009. Ponto resolutivo 10.

26 Do original “*facultad de atracción*”, é o poder discricionário e excepcional de controlar a legalidade que a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* dispõem para conhecer de assuntos que não são de sua competência originária, mas que são de interesse e transcendência. Segundo o artigo 40 da *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, a Suprema Corte pode agir de ofício ou a requerimento do Procurador Geral da República. As decisões da Suprema Corte ao se utilizar da faculdade de atração tem força de sentença, isto é, são vinculantes e são denominadas de *expedientes* ou *asunto varios*, pois são documentos que possuem

ser a participação do poder judiciário federal no cumprimento do caso *Radilla Pacheco* e quais as suas obrigações concretas e as formas de instrumentalizá-las.

Na primeira decisão, em 2010, o *expediente vários 489/2010*, foi determinado por uma maioria de oito votos, que a SCJN pode analisar em si, se há obrigações da sentença proferida pela CorteIDH ao judiciário, apesar da ausência de notificação formal ao Poder Judicial da Federação; por maioria de sete votos, que diante de uma sentença da CorteIDH em que se determine obrigações diretas e específicas ao Poder Judiciário, se poderia ele realizá-las *motu próprio* o cumprimento delas, sem coordenar com os outros Poderes do Estado; por uma maioria de oito votos, que para determinar essas obrigações devem se ater unicamente aos pontos resolutivos e aos parágrafos específicos da sentença; e, finalmente, por uma maioria de oito votos, foi decidido rejeitar o projeto de resolução, por exceder os fins da consulta, e aprovação, por unanimidade, da elaboração pela Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, do que a SCJN deveria fazer sobre o possível envolvimento do Poder Judiciário da Federação no cumprimento da sentença da CorteIDH no caso *Radilla Pacheco*.

Por ocasião do exposto, a SCJN decidiu o *expediente vários 912/2010*, por maioria de oito votos, o reconhecimento da competência contenciosa da Cor-

um formato de questões a serem respondidas pelos ministros. Dessa forma, a “faculdade de atração” constitui-se como a capacidade da qual a SCJN goza para, valendo-se de seletividade discricionária, estabelecer a sua própria agenda de julgamento de conflitos e casos, conforme a relevância da matéria e a transcendência do litígio. Com base nessa liberdade, a mais alta corte do Judiciário mexicano pode relativizar as regras de competência dispostas pela legislação e, literalmente, atrair para si a competência para apreciar um determinado litígio, conforme o interesse que ele suscite ou a matéria da qual ele pertença. (SUPREMA CORTE DE LA NACION. *Tomo II - Procesal Constitucional*. Competencia para conocer del juicio de amparo, 2011, p.94. Ver mais em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_170616.pdf). De acordo com o setor de estatística judicial da SCJN ao analisar o trabalho da Suprema Corte com o ingresso da faculdade de atração desde o ano de 2003, a SCJN exerceu a faculdade de atração 2081 vezes até o ano de 2018. O período durante a reforma constitucional de 2011, e após a sua publicação, marca o aumento de 396% no exercício dessa faculdade pela SCJN. Desse aumento, 62% correspondem ao uso da faculdade de atração pela SCJN em matéria de direitos humanos. Das que são exercidas em matéria de direitos humanos, 25% apresentam menções à tratados internacionais de Direitos Humanos, a CADH já foi citada 1045 vezes; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 304 vezes; a Declaração Universal de Direitos Humanos, 178 vezes; a Convenção sobre os Direitos das crianças, 112 vezes; o PIDESC, 101 vezes; a DADH, 92 vezes; Protocolo de San Salvador, 80 vezes e a Carta das Nações Unidas, 22 vezes. Em matéria de cumprimento de sentença da CorteIDH, há 22 solitações para que essa faculdade seja exercida (em sua maioria, por partes não legitimadas), bem como, sobre esse assunto, ela já foi exercida 4 vezes pela SCJN. (SCJN, 2018). Para mais informações: <https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/analisisSEFAS.aspx>.

teIDH e que a sujeição dos Estados Unidos Mexicanos a sua jurisdição é uma decisão já consumada, de modo que, quando o Estado é parte de um caso, a sentença emitida constitui coisa julgada, e a SCJN não é competente para analisar, revisar, avaliar e decidir se esse julgamento é correto ou não, ou seja, não pode fazer nenhum pronunciamento que questione a validade do que foi resolvido pela CorteIDH, sendo procedente somente acatar a totalidade da sentença em seus términos, que é obrigatória para todos os órgãos do Estado mexicano, em suas respectivas competências.

A SCJN decidiu que as sentenças da CorteIDH em que o México seja parte, são obrigatórias para o Poder Judicial da Federação²⁷, ou seja, são vinculantes. No entanto, a jurisprudência do CorteIDH em que o Estado mexicano não seja parte, tem o caráter de orientação (do original “orientación”) para os juízes mexicanos, sendo que, sempre que o seu conteúdo seja mais favorável à pessoa, serão elas que deverão ser utilizadas, o que não prejudica a possibilidade de que os critérios internos concedam maior proteção²⁸.

Assim, foi salientado durante a discussão a possibilidade de criação de um projeto de resolução em que se argumentou que um Estado por ser parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e, em geral, de qualquer tratado nesta área, tem a obrigação de respeitar e aplicar as disposições nele contidas, o que não implica uma subordinação indevida ou um atentado à independência judicial, uma vez que as resoluções internacionais não constituem um último recurso que coloca o organismo habilitado a emití-lo em uma posição de rever o decisões dos tribunais nacionais, mas é somente um tribunal especializado ao qual o Estado mexicano considerou pertinente se submeter à competência contenciosa para garantir a máxima proteção dos direitos humanos. Por isso, a SCJN enfatizou que as decisões da CorteIDH contra o México são obrigatórias e as outras sentenças serão orientação para decisões a serem tomadas na ordem jurídica interna do Estado mexicano, pois esta é uma maneira adequada de cumprir as disposições do artigo 1º da CPEUM.

Em seguida, a SCJN se pronunciou sobre as obrigações específicas a serem desempenhadas pelo Poder Judiciário no cumprimento do *caso Radilla*, incluindo as que regem que os juízes devem realizar um controle de convencionalidade

27 Por unanimidade.

28 Por maioria de 5 votos.

ex officio a partir de um modelo de controle de constitucionalidade²⁹. Esta obrigação não foi a única emitida pelo *expediente vários 912/2010*, também foi incluído o dever de restringir a interpretação da jurisdição militar e a implementação de medidas administrativas decorrentes da sentença da CorteIDH, no entanto, estes não serão o assunto do presente estudo.

Esse modelo de controle de convencionalidade foi proposto pelo Ministro José Ramón Cossío, em sessão plenária pública no dia 7 de julho de 2011. Assim, com base no parágrafo 339 da sentença da CorteIDH no *caso Radilla* e no artigo 1º da CPEUM, a SCJN considerou que todas as autoridades, no âmbito da sua competência, são obrigadas a assegurar não só os direitos humanos contidos na CPEUM, mas também nos tratados internacionais ratificados pelo México, adotando a interpretação mais favorável ao direito humano em questão (*princípio pro persona*).

Assim, a SCJN explicou que para se determinar o modo como o controle de convencionalidade deve ser realizado, o artigo 1º da CPEUM deve ser interpretado em conjunto com o artigo 133, isto é, embora os juízes não possam fazer uma declaração geral de nulidade de normas legais que considerem contrária aos direitos humanos consagrados na CPEUM e tratados internacionais ratificados pelo México, sob essa nova interpretação, eles podem parar de aplicar estas regras por causa do conteúdo da constituição e dos tratados.

O controle de convencionalidade coexistiria assim como as vias de controle direta expressamente previstas nos artigos 103, 105 e 107 da CPEUM, sendo estas: o *amparo direto e indireto*, as ações de inconstitucionalidade e controvérsias constitucionais, de competência do SCJN. Por isso, a SCJN explicou que atualmente existem duas grandes vertentes dentro do modelo de revisão constitucional no ordenamento jurídico mexicano, que são: o controle concentrado dos órgãos do Poder Judiciário da Federação com a característica da declaração de inconstitucionalidade, e o controle difuso realizado pelos outros juízes do país em assuntos de sua competência, com a característica da não-aplicação³⁰.

O *expediente vários 912/2010* representa o marco jurídico de adoção do controle de convencionalidade pela SCJN, ao aceitar que todo o conteúdo da sentença do *caso Radilla* é obrigatória para o México, e a reconfiguração do sistema jurídico mexicano, pois ao definir a existência de um controle difuso de

29 Por maioria de 6 votos.

30 Por maioria com sete votos.

convencionalidade em seu considerando 7, por maioria de sete votos, admitiu a possibilidade de habilitação do controle difuso de constitucionalidade para os juízes locais, tendo em vista que, seria contraditório admitir um controle de convencionalidade em sentido amplo para todos os juízes, incluindo os locais, e seguir mantendo o controle de constitucionalidade exclusivo do poder judiciário federal³¹ (ACUNA, 2015).

Diante do entendimento da SCJN de que o controle de convencionalidade *ex officio* é um modelo de controle difuso de constitucionalidade, o Ministro Presidente Juan Silva Meza solicitou ao pleno a modificação da jurisprudência 22/2011 que reconhecia o controle de constitucionalidade como competência exclusiva do juízes do Poder Judicial da Federação, ou seja, dos juízes federais, exceto o Tribunal Eleitoral que não poderia realizá-lo, bem como, os juízes locais que não teriam competência para exercê-lo. A resolução da SCJN do dia 25 de outubro de 2011, por maioria de nove votos³², foi a de superar as *tesis* 73/99 e 74/99, cujo o entendimento eram os seguintes: “CONTROLE JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO. É A ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER JUDICIAL DA FEDERAÇÃO”³³ e “CONTROLE DIFUSO DE CONSTITU-

31 Segundo Juan Manuel Acuña (2015, p.104 - 107), desde a década de noventa, a SCJN consolidou sua jurisprudência no sentido de negação ao controle difuso pelos juízes locais e pelo Tribunal Eleitoral que, apesar de compor o poder judicial da federação, não estava autorizado a realizar o controle de constitucionalidade, assim como os juízes estaduais, pois somente os juízes federais poderiam realiza-lo, a improcedência e a proibição do controle difuso estavam presentes nas *tesis* 74/99; *tesis* 73/99 e a *tesis* 23/2002.

32 Por maioria de 9 votos.

33 CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación." (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, agosto de 1999, tesis P./J. 73/99, página 18).

CIONALIDADE DAS REGRAS GERAIS. NÃO É AUTORIZADO PELO ARTIGO 133º DA CONSTITUIÇÃO”³⁴.

A partir de tais mudanças, em 28 de novembro de 2011, o pleno da SCJN aprova as *tesis LXV/2011*, *tesis LXVI/2011*, a *tesis LXVII/2011*, *tesis LXVIII/2011*, a *tesis LXIX/2011*; *tesis LXX/2011* e a *tesis LXXI/2011*. A *tesis LXV/2011* dispõe que as sentenças emitidas pela CorteIDH contra o México são vinculantes, em toda a sua integralidade, a todos os órgãos do Estado mexicano; a *tesis LXVI/2011* definirá que os critérios emitidos pela CorteIDH em suas sentenças, das quais o México não seja parte, serão orientações para todas as decisões dos juízes mexicanos, sempre que sejam mais favoráveis à pessoa, nos termos do artigo 1º da CPEUM, o que não prejudica o fato de que pode ser que os critérios internos sejam os mais favoráveis, devendo assim valorar caso a caso para garantir sempre a maior proteção dos direitos humanos.

Na *tesis LXVII/2011*, a SCJN reconhece o controle de convencionalidade *ex officio* em um modelo de controle de constitucionalidade difuso, no qual os juízes estão forçados a preferir os direitos humanos contidos na Constituição e nos tratados internacionais, mesmo a despeito das disposições em contrário encontradas em qualquer norma inferior. Assim, ainda que os juízes não possam fazer uma declaração geral sobre a invalidez dessas normas ou expulsá-las, eles são obrigados a desaplicá-las para dar preferência a CPEUM e aos tratados internacionais.

A *tesis LXVIII/2011* definiu os parâmetros de análises para o exercício do controle de convencionalidade *ex officio* em matéria de direitos humanos para todos os juízes, que devem ser: a) todos os direitos humanos contidos na

34 CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que ‘Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.’ En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto. (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, agosto de 1999, tesis P./J. 74/99, página 5).

CPEUM e na jurisprudência da SCJN; b) todos os direitos humanos contidos nos tratados internacionais ratificados pelo México; c) os critérios vinculantes das sentenças da CorteIDH contra o México e d) os critérios orientadores da jurisprudência da CorteIDH quando o México não for parte.

A *tesis LXIX/2011* determinou três etapas a serem seguidas pelo judiciário no exercício do controle de constitucionalidade difuso e convencionalidade *ex officio* em matéria de direitos humanos, que são: a) primeiro, os juízes devem realizar uma interpretação conforme em sentido amplo, ou seja, devem interpretar os direitos humanos reconhecidos na constituição e nos tratados internacionais de que o México seja parte, de acordo com o artigo 1º da CPEUM, favorecendo em todo o tempo as pessoas, com a proteção mais ampla; b) segundo, interpretação conforme em sentido estrito, que significa que quando há várias interpretações juridicamente válidas, os juízes devem, partindo da presunção da constitucionalidade das leis, preferir aquela que entende que a lei está em concordância com os direitos humanos previstos na CPEUM e nos tratados internacionais ratificados pelo México, para evitar incidir ou vulnerar o conteúdo essencial dos direitos; c) inaplicação da lei quando as alternativas anteriores não puderem ser adotadas. Logo, o controle de convencionalidade de ofício ou difuso resultará na possibilidade de inaplicação de uma lei pelo juiz e isso não significa a eliminação ou o desconhecimento da presunção de constitucionalidade dela, pois um elemento dessa presunção é permitir realizar o contraste prévio da sua aplicação.

A *tesis LXX/2011* reconhece duas vertentes importantes dentro do modelo de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico mexicano, que serão parâmetros para o controle de convencionalidade: o primeiro, concentrado nos órgãos do Poder Judiciário da Federação com canais de controle direto: ações de inconstitucionalidade, controvérsias constitucionais e *amparo* direto e indireto; no segundo termo, o controle pelo resto dos juízes do país, de modo incidental durante os processos ordinários em que eles são competentes, isto é, sem a necessidade de abrir um arquivo por uma sequência separada.

E por fim, a *tesis LXXI/2011* em que a SCJN ao exercer o controle de constitucionalidade sobre o artigo 57, II do código de justiça militar, adotou interpretação restritiva do foro militar e admitiu a incompatibilidade do artigo com o disposto no artigo 13 da CPEUM e artigos 2 e 8.1 da CADH, em cumprimento ao *caso Radilla*, em que a CorteIDH determinou que não seria necessário modificar o conteúdo do artigo 13 da CPEUM, mas que sua interpretação seja con-

sistente com os princípios convencionais e constitucionais de devido processo e acesso à justiça, contidos na CPEUM e no artigo 8.1 da CADH.

Logo, a interpretação adotada pela SCJN é que, sob nenhuma circunstância a jurisdição militar pode operar em casos de violações de direitos humanos de civis, porque quando os tribunais militares conhecem de atos contra os direitos humanos de civis, eles exercem jurisdição não apenas com relação ao acusado, que necessariamente deve ser um militar em situação ativa, mas também sobre a vítima civil, que tem o direito de participar no processo penal, não apenas para os fins da respectiva reparação do dano, mas também para efetivar seus direitos à verdade e à justiça. Desta forma, em estrito cumprimento a resolução da CorteIDH, a SCJN passa a adotar a interpretação que corresponde ao artigo 13 da CPEUM e o artigo 2 da CADH, na qual, entre outras prerrogativas, prevê o direito de comparecer perante um juiz competente, sendo assim, a redação atual do artigo 57, II, do Código de Justiça Militar, é incompatível com previsto no artigo 13 da Constituição e dos artigos 2 e 8.1 da CADH.

Acredita-se que as reformas constitucionais realizadas em 2011, a respeito do chamado *juicio de amparo*³⁵, no mesmo ano em que também se alterou o artigo 1º da Constituição Política mexicana para garantir que todas as normas de direitos humanos sejam interpretadas conforme a Constituição e os tratados internacionais, favorecem a utilização, pela SCJN da faculdade de atração para selecionar casos que envolvam a temática da relação entre as normas constitucionais e internacionais referentes aos direitos humanos, como no *expediente vários 912/2010*. Em outras palavras, as reformas ocorridas na última década, com a adoção de um novo desenho institucional no Judiciário mexicano, reposicionaram o papel do direito internacional dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico nacional (SUÁREZ ÁVILA, 2017).

Essa afirmação pode ser justificada por dois eventos recentes na história jurídica mexicana. O primeiro deles decorre do fato, já mencionado anteriormente, a respeito da mudança sofrida acerca do status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos em face a CPEUM. Com a ampliação da Constituição mexicana, em razão do reconhecimento dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais por meio da nova redação do artigo 1º da Constituição, o Judiciário passou a ter um espectro maior de matérias e litígios sujeitos a sua jurisdição.

35 Vide nota de rodapé 11.

O outro fato importante que contribui para o ponto acima apresentado é o de que, a partir das reformas constitucionais de 2011, a lei que versa sobre o *juicio de amparo* (*Nova Ley de Amparo*, de 2013, que regulamenta os artigos 103 e 107 da CPEUM) dispendo sobre a possibilidade da SCJN se valer, inclusive de ofício, da faculdade de atração para conhecer das ações de “amparo direto ou indireto” que seriam da competência originária de tribunais de instância inferior, quando o interesse e a transcendência da matéria assim justifiquem, possibilitou que SCJN incluísse em sua rotina um maior número de julgamento de casos de violação aos direitos humanos, o que explica a importância das teses produzidas pelo *expediente vários 912/2010*³⁶.

Essas teses provocaram mudanças consideráveis no ordenamento jurídico mexicano, mas houve uma omissão da SCJN em esclarecer duas questões: a primeira, o que significaria a expressão “critério orientador” que ela definiu para as sentenças da CorteIDH, ou seja, qual o valor da jurisprudência da CorteIDH em matéria de direitos humanos?; segunda, uma vez admitida a possibilidade de se realizar um controle de convencionalidade concentrado e difuso, qual o status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo México? Eles ainda seguiriam o entendimento consolidado de 2007, de que estariam abaixo da CPEUM e acima das leis ordinárias? Mesmo após a reforma constitucional de 2011 e o *expediente vários 912/2010*?

Tais questionamentos foram superados pela SCJN na *contradicción de tesis 293/2011*³⁷. Em 24 de junho de 2011, Raúl Negrete Rodríguez, denunciou a contradição de tese entre os critérios do Primeiro Colegiado do Tribunal de Questões Administrativas e Trabalhistas do Décimo Primeiro Circuito – referente ao *Amparo Directo 1060/2008* - e o Sétimo Colegiado em Matéria Civil do Primeiro Circuito – referente aos *Amparos Directos 344/2008 e 623/2008*.

O Primeiro Tribunal Colegiado de Assuntos Administrativos e Trabalhistas do Décimo Primeiro Circuito considerou, em essência, que quando se trata de

36 De acordo com o setor de estatística judicial da SCJN ao analisar o trabalho da Suprema Corte em relação ao *juicio de amparo*, a partir da reforma constitucional de 2011 até a presente data, houve um aumento de 200% de demandas em *amparo* que versem sobre direitos humanos (SCJN, 2018). Para mais informações: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/solicita-informacion/lo-mas-solicitado/datos-estadisticos-en-materia-jurisdiccional>

37 Entre o *Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito* e o *Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*, Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, decidida pela SCJN em 03 de setembro de 2013.

um conflito que diz respeito aos direitos humanos, os tratados internacionais ratificados pelo Estado mexicano devem estar localizados no nível da Constituição Federal e que a jurisprudência internacional nesta matéria é obrigatória.

Em contrapartida, o Sétimo Colegiado em Matéria Civil do Primeiro Circuito observou que os tratados internacionais de direitos humanos estão acima da lei federal e abaixo da CPEUM, sendo possível invocar a jurisprudência da CorteIDH como critério orientador quando se trata da interpretação e cumprimento de dispositivos protetores dos direitos humanos.

No entanto, ambos os tribunais admitiram a relevância do controle da convencionalidade em sede interna, razão pela qual o pleno da SCJN resolveu examinar somente duas questões controversas: a relativa à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à CPEUM e a natureza da jurisprudência da CorteIDH para os juízes mexicanos, de acordo com o atual marco constitucional. Como se trata de tema de grande importância, tal análise pela SCJN era necessária, mesmo com os tribunais colegiais já tendo emitido seus respectivos critérios, antes da reforma constitucional de direitos humanos, pois a uniformização geraria segurança jurídica.

A primeira proposta de resolução foi analisada e revogada em 2012³⁸, e tinha como proposta determinar se os tratados internacionais de direitos humanos se encontravam hierarquicamente no mesmo nível da CPEUM, ou se eles estavam acima das leis federais e abaixo da CPEUM e, por outro lado, se a natureza da jurisprudência emitida pelos tribunais internacionais constituía um critério orientador ou, pelo contrário, se seria vinculativa.

Em relação ao chamado bloco da constitucionalidade, estabeleceu que a relação entre os tratados e a CPEUM sobre o tema dos direitos humanos não deve ser entendida a partir de uma disputa hierárquica, mas sim de uma inter-relação e coexistência no mesmo plano; e ainda que a aplicação de tais direitos possa gerar conflitos normativos, eles não são distintos dos que podem ser visualizados entre as normas constitucionais, sendo necessário recorrer aos métodos de interpretação para resolver disputas entre direitos, como o chamado teste de ponderação, bem como quanto ao artigo 1º da CPEUM que estabelece o dever

38 O primeiro projeto de resolução foi analisado nas sessões de 12, 13 e 15 de março de 2012, no Plenário da SCJN, no qual foi retirado pelo ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para formular uma nova consulta.

de interpretar os direitos humanos conforme com a CPEUM e os tratados internacionais, e o critério *pro homine*.

Quanto ao valor da jurisprudência da CorteIDH, foi observado que se os direitos humanos tanto de fontes nacionais como internacionais compõem um bloco de igual valor hierárquico, em seguida, os critérios que a CorteIDH estabelece devem ser obrigatórios para todos os juízes, já que são uma extensão desses direitos e desde que sejam mais favoráveis à pessoa ou fortaleçam a jurisprudência do Poder Judicial da Federação, por dotar de conteúdo os direitos estabelecidos na CADH.

Porém, este projeto foi retirado por apresentar questões que não podiam ser somente incorporadas no julgamento, mas serem estruturadas e discutidas pela própria SCJN. Assim, sugeriu-se que o termo “bloco de constitucionalidade” mudaria para o conceito em que houve mais consenso entre os ministros da maioria, a saber: “bloco de direitos”, “bloco de validade”, “bloco de regularidade”, “conjunto de regras de direitos”; “conjunto de regras *pro persona*” ou “catálogo constitucional de direitos humanos”. Aliás, ressaltamos que a proposta não se referia ao fato de um tratado internacional não cumprir com os requisitos processuais estabelecidos pela CPEUM, nem ao caso de um choque violento entre ela e um tratado, mas às hipóteses em que tais instrumentos já foram adequadamente incorporadas ao sistema constitucional, ou seja, uma vez que os tratados internacionais são incorporados à ordem jurídica mexicana, eles não competem em grau hierárquico, mas obrigam, por mandato da própria CPEUM, a interpretá-los harmoniosamente sempre em benefício da pessoa³⁹.

Em 2013, o pleno voltou a se reunir para debater sobre a resolução da *contradiccion de tesis 293/2011*. Em relação à questão da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à CPEUM, foi realizada uma reconstrução dos critérios emitidos pelo Pleno sobre a questão da hierarquia, chegando à conclusão de que existem limitações da “abordagem hierárquica”, realizada antes da resolução da contradição em questão, uma vez que os tratados de direitos humanos ou em matérias internacionais estão imediatamente abaixo da CPEUM, não eram necessariamente aplicados aos tratados de direi-

39 Sobre o primeiro projeto de resolução, é importante mencionar que se iniciou uma intenção de voto, na qual os senhores Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero e Silva Meza foram a favor, e contra: Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Aguilar Morales e Ortiz Mayagoitia, chegando a um empate, porque o Ministro Pardo Rebolledo estava ausente, motivo pelo qual o assunto foi retirado.

tos humanos, pois a problemática havia adquirido uma nova dimensão após as reformas constitucionais de 2011.

Assim, quando o artigo 1º da CPEUM estabelece um conjunto normativo de direitos humanos, cuja fonte de reconhecimento é a Constituição Federal e os tratados internacionais ratificados pelo México, independente do seu objeto, pois podem ser incorporados ao catálogo de direitos humanos constitucionalmente estabelecidos, aqueles estabelecidos em instrumentos ou organizações internacionais, quanto os que não são consideradas de “direitos humanos”, desde que suas normas protejam algum deles.

3.1 O catálogo constitucional de direitos humanos

O artigo 1º da CPEUM parte do reconhecimento dos direitos humanos previstos tanto na constituição, como nos tratados internacionais ratificados pelo México, sem fazer referência à matéria ou objeto dos respectivos instrumentos internacionais. Isso implica dizer que, podem ser incorporados ao catálogo de direitos humanos (*catálogo constitucional de derechos humanos*) previstos na CPEUM aqueles previstos nos tratados internacionais que não sejam considerados “de direitos humanos”, tal como ocorre com o exemplo paradigmático do direito à notificação, contato e assistência consular contido na Convenção de Viena sobre relações consulares.

Assim, o Pleno da SCJN interpreta o conteúdo do artigo 1º da CPEUM no sentido de que o conjunto normativo previsto neste artigo se compõe por “normas de direitos humanos”, cuja frente de reconhecimento pode ser a CPEUM ou um tratado internacional ratificado pelo México com independente da sua matéria.

Dessa forma, partiu-se da premissa de que já existia um catálogo constitucional de direitos humanos, a reforma constitucional de 2011 incorporou os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais a esse mesmo catálogo. Nesse sentido, a partir do momento que os tratados internacionais formam parte do ordenamento jurídico mexicano, é irrelevante a fonte ou a origem do direito humano, seja a CPEUM ou um tratado internacional, uma vez que o artigo 1º dá ênfase exclusivamente em sua integração ao catálogo constitucional.

Nisso, a SJCJN entendeu que a nova formação do catálogo dos direitos humanos não pode ser estudada a partir dos critérios de hierarquia, pois a reforma constitucional modificou o artigo 1º precisamente para integrar um catálogo de direitos e não para distinguir ou hierarquizar essas normas em atenção a fonte

de que provem, por reconhecer um conjunto normativo composto unicamente pelos direitos humanos que extrapola a regulação da hierarquia das fontes previstas no artigo 133 da CPEUM e cujas normas de aplicação foram especificamente desenhadas para a interpretação e aplicação dos direitos humanos.

Além disso, compreende que das várias opiniões das Comissões de ambas as Câmaras do Congresso da União que participaram do processo de reforma, como expressões da vontade do Poder Reformador da Constituição, pode-se constatar que as emendas de 2011 tinham a intenção de reconhecer a natureza constitucional de todas as normas de direitos humanos, independentemente de sua fonte ser a própria CPEUM ou tratados internacionais, afim de que os operadores jurídicos as utilizassem para interpretar o sistema jurídico mexicano, estabelecendo-se assim como parâmetro de controle de regularidade constitucional, pois a finalidade do Poder Reformador era outorgar aos direitos humanos um lugar de preferência na Constituição, como um conjunto homogêneo do resto das normas e atos jurídicos.

Desta forma, a SCJN assinalou-se que: (a) os direitos humanos reconhecidos na CPEUM e nos tratados de que o México é parte, integram o mesmo conjunto ou catálogo de direitos; (b) a existência desse catálogo é a própria constituição; (c) o referido catálogo deve ser utilizado para a interpretação de qualquer norma relacionada a direitos humanos; e (d) as relações entre os direitos humanos que integram este conjunto devem ser resolvidas com base na interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos - o que exclui a hierarquia entre eles -, assim como pelo princípio *pro persona*, entendido como um instrumento de harmonização e como a dinâmica que permite a funcionalidade do catálogo constitucional dos direitos humanos (Contradição da Tese 293/2011, p.36).

3.2 Princípio da supremacia constitucional a luz da reforma constitucional de direitos humanos: o novo parâmetro de controle de regularidade ou validade das normas do ordenamento jurídico mexicano

Segundo a SCJN, as reformas constitucionais de 2011 tem como principal objetivo a tutela efetiva dos direitos humanos das pessoas, logo, as novas figuras incorporadas à CPEUM devem ser estudadas com um enfoque dos direitos humanos e com interpretações próprias do novo paradigma constitucional.

Nesse sentido, uma das principais contribuições da reforma constitucional é a criação de um conjunto de normas de direitos humanos cuja fonte pode ser, indistintamente, a CPEUM ou um tratado internacional, logo, esse conjunto integra o *novo parâmetro de controle de regularidade ou validade das normas do ordenamento jurídico mexicano* (p. 32).

Da mesma forma, foi relatado que o significado da mudança de paradigma constitucional implica a necessidade de reconsiderar parcialmente o princípio da supremacia constitucional, que tem sido tradicionalmente entendido como a autoridade da CPEUM como a lei fundamental do sistema legal mexicano, o que implica que o resto das normas legais deve ser consistente com ela, tanto em um sentido formal, quanto material; ou seja, esse entendimento não mudou, mas ele evoluiu para que a supremacia acompanhe a nova configuração do conjunto de normas legais.

Assim, com a ampliação do catálogo de direitos humanos previstos na CPEUM, este se qualifica como um conjunto normativo que goza de supremacia constitucional, pois defender direitos humanos é defender a própria CPEUM. Por isso, a supremacia constitucional é baseada em todos os direitos humanos incorporados ao sistema legal mexicano, pois fazem parte do mesmo catálogo ou conjunto de regulamentos.

Então, foi proposta a seguinte questão: como é possível que uma norma, cuja existência e validade dependa da Constituição, estabeleça, juntamente com as normas constitucionais, o parâmetro de controle de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico? Distinguindo-se entre dois momentos: o primeiro, relativo à incorporação de um tratado internacional à ordem jurídica que ocorre a partir do cumprimento dos requisitos formais de validade (celebração e ratificação do tratado), e segundo, referente à incorporação ao ordenamento jurídico, para que se satisfaça as exigências materiais de validade, que consiste na conformidade do tratado com a CPEUM, a qual se não satisfeitas, levaria, respectivamente, a considerar que um tratado internacional não é lei vigente no México e a declarar sua nulidade.

Para a SCJN, a exigência prevista no artigo 133 da CPEUM reforça a interpretação de que os tratados internacionais se encontram em posição hierárquica inferior à Constituição, enquanto a exigência prevista no artigo 15 da CPEUM garante que, independentemente da hierarquia normativa do instrumento que os reconhece, as normas internacionais de direitos humanos estão integradas no parâmetro de regularidade contido no artigo 1º da CPEUM, e não o tratado como um todo. Assim, as normas internacionais de direitos humanos

que cumpram com o requisito material estabelecido no artigo 15, farão parte do catálogo constitucional de direitos humanos, dissociando-se do tratado internacional que é sua fonte e, portanto, de sua hierarquia normativa, para gozar, conseqüentemente, da supremacia constitucional nos termos previamente definidos. Logo, o Pleno compreendeu que por formarem o parâmetro de regularidade constitucional, essas normas incorporadas não podem ser contrárias ao princípio da supremacia constitucional precisamente porque formam parte do conjunto normativo em que a supremacia é pregada.

Logo, uma vez que um tratado seja incorporado ao ordenamento jurídico, as normas de direitos humanos nele contidas estão integradas ao catálogo de direitos que funcionam como um parâmetro de regularidade constitucional de modo que, essas normas não podem contrariar o princípio da supremacia constitucional, porque fazem parte do conjunto normativo sobre o qual a supremacia é sólida e, se essas regras se referem ao mesmo direito, elas serão articuladas de tal forma que irá se preferir por aquelas cujo conteúdo proteja de maneira mais favorável o seu titular (princípio pro persona).

Além disso, outro ponto de debate importante para se compreender o parâmetro de controle de regularidade, uma vez que nele se incluirá o controle concentrado e difuso de constitucionalidade e de convencionalidade, é o status hierárquico da jurisprudência da CorteIDH.

Antes de iniciar esse debate, a SCJN faz uma distinção entre a *obligatoriedade* da jurisprudência do Poder Judiciário da Federação para o *caráter vinculante* dos precedentes da CorteIDH. De acordo com a CPEUM e a *ley de amparo*, a jurisprudência do Poder Judiciário da Federação é obrigatória quando cumpre com os seguintes requisitos: reiteração de critérios, contradição de teses e a substituição, que formam as "*tesis jurisprudenciales*" da SCJN. Sendo assim, esta obrigação tem relação com o caráter imperioso que essas *tesis* possuem, o que não equivale aos critérios identificados nas "*tesis aisladas*", cuja aplicação não é imperativa por não ter cumprido com os requisitos formais para tal.

Diferentemente disso, a jurisprudência interamericana está integrada a um sistema de precedentes, segundo o qual todos os critérios interpretativos contidos em uma resolução emitida pela Corte Interamericana, por ocasião de um assunto contencioso, gozam de força vinculante, sem a necessidade de que se tenha um procedimento formal a ser seguido, pois a própria CorteIDH denomina seus critérios interpretativos da CADH como "*jurisprudencia*". Nesse sentido, cada pronunciamento da Corte IDH é integrado à doutrina jurisprudencial in-

teramericana, cuja força vinculante deve ser entendida em termos de progressividade, isto é, como um padrão mínimo que deve ser recebido pelos Estados que reconheceram a jurisdição contenciosa da CorteIDH para ser aplicado diretamente, em harmonia com a jurisprudência nacional, ou para ser desenvolvido ou ampliado por meio de jurisprudência mais favorável às pessoas.

A SCJN reconhece que, tanto ela quanto os Estados americanos que reconheceram a jurisdição contenciosa da CorteIDH, devem manter um constante *diálogo jurisprudencial* com o tribunal internacional, já que ambos têm o mesmo objetivo: a proteção dos direitos humanos. É nesse sentido que as relações entre esta Suprema Corte e a CorteIDH devem ser entendidas em termos de cooperação e colaboração.

A aplicação da jurisprudência da CorteIDH deve ser feita de maneira colaborativa e não em contradição com a jurisprudência nacional, de modo que os pronunciamentos que acabem implicando numa divergência de opiniões sobre o alcance que pode vir a ter um direito, devem ser resolvidos com base no princípio *pro persona*. O resultado deve atender a melhor proteção dos direitos humanos das pessoas.

Assim, debateram se a força vinculante dos critérios interpretativos contidos nas sentenças da CorteIDH deveria ser estendida às sentenças dos casos em que o Estado mexicano não era parte. Já que, por um lado, a jurisprudência do CorteIDH constitui uma extensão da CADH, por dotá-la de significado, e de outro, com base no artigo 1º da CPEUM, todos os direitos humanos reconhecidos na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pelo México fazem parte do mesmo catálogo, conforme o parâmetro do controle de regularidade do sistema jurídico mexicano, portanto, os critérios emitidos pelo CorteIDH são vinculantes.

Logo, o caráter vinculante dos critérios interamericanos não deve ser entendido em um sentido forte, isto é, como uma diretriz que restrinja os juízes internos a resolver aplicando infalivelmente o padrão estabelecido pela Corte Interamericana, passando por cima dos precedentes do Poder Judiciário da Federação. Pelo contrário, esta obrigação deve ser entendida como uma vinculação aos operadores jurídicos para que observem em suas resoluções um padrão mínimo, que pode ser tanto interamericano quanto o nacional, dependendo de qual seja o mais favorável às pessoas. Em todo caso, o importante é que a não aplicação de um critério jurisprudencial, seja nacional ou interamericano, se justifique por atender a aplicação de outro mais favorável à pessoa.

Assim, os critérios da CorteIDH emitidos em sentenças contra o Estado mexicano não são iguais às sentenças em que ele não for parte, pois neste último caso, a respectiva sentença analisa condutas específicas observadas por agentes estatais de um Estado, em razão de um contexto fático determinado e levando em conta as particularidades do respectivo ordenamento jurídico, de modo que, em um caso em que o México não é parte, os operadores são obrigados a analisar se o precedente é aplicável ao sistema mexicano ou não.

Com base nisso, a SCJN concluiu que os critérios emanados da jurisprudência da CorteIDH são vinculantes para os juízes nacionais, independentemente de o Estado mexicano ter participado do litígio, todas as vezes que dotem de conteúdo os direitos humanos estabelecidos na CADH. No entanto, a aplicação dessa jurisprudência deve ser feita em termos de colaboração e de não-contradição com a jurisprudência nacional, atendendo em todo o momento o princípio *pro persona*. Neste sentido, a força vinculante da jurisprudência da CorteIDH decorre do próprio mandato constitucional estabelecido no artigo 1º da CPEUM, uma vez que o princípio *pro persona* obriga os juízes nacionais a decidir com base na interpretação mais favorável ao indivíduo.

Portanto, esse caráter vinculante da jurisprudência interamericana exige dos operadores jurídicos mexicanos, o seguinte: (a) quando o critério tenha sido emitido em um caso no qual o Estado mexicano não tenha sido parte, a aplicabilidade do precedente ao caso específico deve determinar-se com base na verificação da existência das mesmas razões que motivaram o pronunciamento; (b) em todos os casos, sempre que possível, a jurisprudência interamericana deve ser harmonizada com a jurisprudência nacional; e (c) se a harmonização for impossível, deve ser aplicado o critério mais favorável à proteção dos direitos humanos dos indivíduos.

A minoria dos ministros⁴⁰ da SCJN compreendeu que as decisões dos tribunais internacionais, independentemente de o Estado ser ou não parte, estabelecem uma cláusula de não repetição da conduta, o que torna obrigatório que a mesma situação não seja novamente cometida. Por outro lado, por maioria de dez votos, esclareceu-se que quando na CPEUM houver uma restrição expressa ao exercício dos direitos humanos, dever-se-á obedecer ao que a norma constitucional indica, de acordo com o artigo 1º⁴¹.

40 Minoria formada por 5 ministros.

41 Até a presente data, a SCJN ainda não se pronunciou em algum caso envolvendo uma restrição expressamente prevista na CPEUM e que seja contrária a algum tratado internacional de direitos

Das considerações acima, a SCJN emitiu as *tesis* 20/2014⁴² e 21/2014⁴³, em

humanos ou sentença da CORTEIDH, mas parte da doutrina mexicana (BÁEZ SILVA, 2015; COSSÍO DIAZ Y CHAGOYAN, 2015; MÉNDEZ CORCUERA, 2013; PÉREZ, 2016) ilustra como exemplo de restrição constitucional o artigo 123 apartado b, inciso XII da CPEUM, que diz que “Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. [...] B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores: [...]XII. Los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje integrado según lo prevenido en la ley reglamentaria. Los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores serán resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal; los que se susciten entre la Suprema Corte de Justicia y sus empleados serán resueltos por esta última”.

- 42 DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.
- 43 JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al

que determinou que os direitos humanos, independentemente de sua fonte legal, constituem um parâmetro de regularidade constitucional de qualquer norma ou ato normativo relevante para ordenamento jurídico, que será verificado a partir de um controle de regularidade, do qual fazem parte o controle concentrado e o controle difuso, e não um bloco de constitucionalidade, tendo em vista que, quando na CPEUM estiver restrição expressa ao exercício dos direitos humanos, deverá ser atendido ao que o texto constitucional estabelece, tendo em vista o princípio da supremacia constitucional.

Até a presente data, ainda não houve um caso na SCJN que apresente uma restrição constitucional expressa em desconformidade com um tratado internacional de direitos humanos. Entretanto, é importante destacar que no que tange a aplicação das restrições constitucionais previstas na CPEUM, a SCJN em 2007, antes da reforma constitucional de direitos humanos, decidiu que todas as restrições e limites às garantias individuais devem respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade jurídica, de modo que as restrições constitucionais expressas são interpretáveis à luz de métodos sistemáticos, teleológicos⁴⁴.

As teses da SCJN advindas da *contradicción de tesis 293/2011* são alvos de severas críticas da doutrina internacionalista e dos movimentos sociais (BÁEZ SILVA, 2015; COSSÍO DIAZ Y CHAGOYAN, 2015; MÉNDEZ CORCUE-RA, 2013; PÉREZ, 2016). Segundo eles, há uma evidência da visão nacional da SCJN, consistindo em defender as características originais da CPEUM quando houver previsão de restrição de direitos humanos, pois a viabilidade conven-

caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

- 44 GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados (Novena época, Pleno, jurisprudencia 130/2007, amparo en revisión 2146/2005, 27 de febrero de 2007, mayoría de ocho votos).

cional de uma restrição estará sempre sujeita à leitura da constituição, ou seja, como realizar um controle de convencionalidade se prioritariamente a restrição constitucional irá prevalecer?

Para responder ao questionamento do que poderia ser essa preferência à restrição constitucional quanto ao exercício dos direitos humanos, uma nova contradição de tese foi levada ao pleno da SCJN, a *contradicción de tesis* 299/2013. Na resolução dessa contradição, o pleno da SCJN determinou que em uma atuação jurisdicional, a sua jurisprudência não pode ser inaplicável, mesmo sob o pressuposto do controle da convencionalidade.

Segundo esse precedente, a SCJN se utilizando do princípio da supremacia constitucional, e do seu dever máximo de gerar segurança jurídica, bem como de coerência com a atuação dos órgãos jurisdicionais que estão abaixo da sua jurisdição, decidiu que o *stare decisis* da *contradicción de tesis* 293/2011, ao definir o parâmetro de controle de regularidade do catálogo constitucional de direitos humanos até o limite de alguma previsão constitucional que restrinja o exercício dos direitos humanos, reconheceu que cabe à Constituição a palavra final quanto à interpretação do catálogo constitucional dos direitos humanos.

O artigo 1º da CPEUM, em seu parágrafo segundo, contém duas ferramentas interpretativas cuja aplicação é obrigatória na interpretação das normas de direitos humanos. A primeira estabelece que todas as normas de direitos humanos devem ser interpretadas de acordo com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. Assim, esta ferramenta obriga os operadores do direito a enfrentar a necessidade de interpretar uma norma de direitos humanos - incluindo as previstas na própria Constituição - o catálogo de direitos humanos que o texto constitucional reconheceu a partir da reforma constitucional de 2011. Essa obrigação busca reforçar o princípio desenvolvido no primeiro parágrafo do artigo 1º, de que os direitos humanos, independentemente de sua fonte reguladora, fazem parte do mesmo catálogo ou conjunto constitucional.

Assim, o princípio *pro persona*, o qual obriga que a interpretação dos direitos humanos seja desenvolvida favorecendo em todos os momentos, a mais ampla proteção à pessoa, constitui um critério hermenêutico da interpretação dos direitos humanos que busca, principalmente, solucionar os casos de dúvida que podem ser enfrentados pelos operadores contra a possível multiplicidade de normas - e interpretações disponíveis - que são aplicáveis em relação ao mesmo direito. Nesse sentido, adotando como premissa a inviabilidade de resolver este tipo de situação se utilizando dos critérios tradicionais de interpretação e

resolução de antinomias, o Poder Reformador outorgou status constitucional ao princípio *pro persona* como elemento harmonizador e dinâmico para a interpretação e aplicação de normas dos direitos humanos.

Dessa forma, a SCJN entendeu que cabe ao judiciário nacional realizar a tarefa final confiada pela Constituição, logo, a sua *jurisprudência*, por ter caráter imperioso, não pode deixar de ser aplicada em uma decisão, ainda que seja utilizado como justificativa o controle de convencionalidade, pois foi a própria CPEUM que reconheceu a primeira restrição aos tratados internacionais que é a sua compatibilidade com a Constituição, o que não pode ser interpretado de forma isolado, sem considerar os demais artigos constitucionais, pois desde a reforma constitucional, também não é permitido celebrar novos tratados internacionais que alterem os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais já ratificados pelo México.

Com base nesse pressuposto de que as reformas constitucionais não alteraram o regime constitucional dos tratados internacionais em geral, independentemente de seu objeto, a SCJN entende que o que foi modificado foi o regime constitucional das normas internacionais de direitos humanos, que foram integrados no parâmetro de controle de regularidade cuja fonte é a própria Constituição. Com efeito, a CPEUM permite que a validade dos tratados internacionais seja determinada por sua conformidade ou contradição com “*certas normas*” que integram, nesse sentido, um parâmetro de controle de sua regularidade normativa. Isso implica dizer que, a validade material de um tratado internacional pode ser estudado adotando-se como parâmetro de controle, os direitos humanos reconhecidos em outro tratado internacional. Logo, a Constituição permite o controle da regularidade dos tratados internacionais, isto é, o controle de convencionalidade, baseados em normas cuja origem normativa são outros tratados internacionais, não sendo possível o afastamento da jurisprudência constitucional.

Com essa resolução, a SCJN deu um retrocesso significativo em relação ao modelo de controle convencionalidade que ela havia estabelecido com o *expediente 912/2010* e a *CT 293/2011*, pois a partir do critério interpretativo da *contradicción de tesis 299/2013*, se hoje existe uma *tesis de jurisprudência* que se consolidou como tal, antes da Reforma Constitucional dos Direitos Humanos de 2011, o juiz não pode modificar o significado da proteção de um direito humano, se este foi previamente definido nessa jurisprudência, independentemente de haver uma interpretação que conceda maior proteção para o pessoa, tendo

em vista a inafastabilidade da jurisprudência constitucional (COSSÍO DIAZ Y CHAGOYAN, 2015; GARCIA 2014; PÉREZ, 2016).

Ou seja, a *contradicción de tesis* 299/2013 dificultou a possibilidade de harmonizar os critérios da SCJN com as novas razões que o legislativo introduziu com a reforma de direitos humanos de 2011, seguindo assim um esquema que apela a uma força imperativa das *tesis jurisprudenciales* que não aborda os desafios enfrentados pela proteção dos direitos humanos, especialmente em relação ao princípio *pro persona*.

4) A comunicação transjudicial entre a SCJN e a CorteIDH na formação do atual modelo de controle de regularidade

Ao longo desses anos, o diálogo entre a SCJN e a CorteIDH proporcionou uma abertura aos tratados internacionais de direitos humanos e uma considerável mudança no ordenamento jurídico mexicano. O complexo desenvolvimento da interação entre essas cortes permite analisar as outras categorias trabalhadas por este livro e para isso, organizamos em ordem cronológica do progresso das decisões da SCJN dividindo a análise nos três principais momentos que refletem as principais posturas assumidas pela corte mexicana: antes, durante e após a Reforma Constitucional de 2011.

4.1) Primeiro momento: a resistência da SCNJ à CADH

A primeira fase de análise da postura da SCNJ é marcada por três importantes decisões, nas quais os tratados internacionais passaram a ter status de lei ordinária e depois, status supralegal. Os precedentes dessa fase consubstanciam-se nos *Amparos de Revisión* 2069/91; 1475/98 e 120/2002 que foram julgados nos anos de 1992, 1999 e 2007, respectivamente, conforme a cronologia organizada abaixo:

CRONOLOGIA DAS DECISÕES DA SCJN		
ANTES DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011		
ANO	SENTENÇA	CONTEÚDO
1992	Amparo de Revisión 2069/91	Tratados internacionais possuem status de lei ordinária (federal) abaixo da CPEUM

1999	Amparo de Revisión 1475/98	Tratados Internacionais estão acima das leis ordinárias e abaixo da CPEUM
2007	Amparo de Revisión 120/2002	Tratados Internacionais estão acima das leis ordinárias e abaixo da CPEUM, cujo descumprimento supõe uma responsabilidade de caráter internacional.

Essa primeira fase é marcada pelo contexto político inicial de adesão do México ao SIDH. Nesse período por exemplo, até 2002, não houve nenhuma citação à CADH em sede de *controversia constitucional*, *facultad de atracción*, *amparo de revisión* e *acción de inconstitucionalidad*. A partir de 2003 é que de maneira simples, a CADH começa a expressamente ser citada em algumas decisões das turmas da SCJN, mas sem nenhuma construção argumentativa em torno delas. Em meados de 2009, quando o México já tinha recebido sua primeira condenação internacional, há um pequeno aumento nas menções à CADH e à Declaração Universal de Direitos Humanos pelas turmas da SCJN, mas também sem apresentar uma argumentação em torno dessas citações.

Nesse período, a SCJN por compreender a CPEUM como expressão da soberania popular e como o documento que contém a identificação e os compromissos internacionais do México, sempre manteve os tratados internacionais com status inferior à constituição. É uma fase marcada pela consolidação do *monismo nacionalista*, em que a SCJN preocupava-se em definir o status de tratados relacionados a natureza econômica e a CPEUM. A SCJN não realizou decisões importantes quanto a direitos humanos, pois apesar da CPEUM ser referência mundial quanto à previsão pioneira de direitos trabalhistas, por não ter em seu texto a expressão direitos humanos, apresentando tão somente “*garantias individuais*”, restringia a atuação da SCJN nas demandas relacionadas a direitos humanos. Essa oportunidade surge durante os debates da reforma constitucional de 2011.

Entretanto, essa fase inicia a discussão quanto à *aplicação direta* dos tratados internacionais. Embora nesse período a discussão não envolva, expressamente, tratados de direitos humanos, a SCJN admitiu a *aplicação direta* dos tratados internacionais que o México tenha ratificado quando não necessitarem de regulamentação interna para a sua aplicação e esse entendimento será utilizado pelas turmas da SCJN após a reforma de 2011 para admitir a aplicação da CADH diretamente. A mudança estabelecida pelo *Amparo de Revisión 120/2002*, em reconhecer os tratados internacionais acima da legislação nacional e abaixo da CPEUM, reflete o entendimento do pleno da SCJN quanto a isso, mas res-

tringindo essa possibilidade somente quando o caso se referir a bens, pessoas jurídicas e físicas habitantes do México⁴⁵.

4.2) Segundo momento: a abertura da SCNJ à CADH e às decisões da CorteIDH

A reforma constitucional começou a ser discutida em meados de 2009 e foi concluída em 2011. No mesmo período, pela primeira vez, começa a surgir decisões da SCJN que se utilizam da categoria “*interpretación conforme*” e sua aplicação quanto à CPEUM⁴⁶.

45 Referimo-nos ao *Amparo de Revisión 120/2002* e a *Controvérsia constitucional 20/2004* em que o pleno da SCJN entendeu que os tratados internacionais não devem ser aplicados diretamente a todas as pessoas ou produtos que se encontrem no território mexicano, somente aos habitantes originários. Além disso, HÉRNANDEZ CHONG (2007) e ROJAS AMANDI (2015) entendem que o posicionamento da SCJN, seja nos precedentes desse período ou decisões das turmas, é de que a ratificação de um tratado internacional que respeite as exigências constitucionais traz como consequência o caráter de observância obrigatória e de *aplicação direta*.

46 INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN. La interpretación de una norma general analizada en acción de inconstitucionalidad, debe partir de la premisa de que cuenta con la presunción de constitucionalidad, lo que se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Ley Suprema, siempre que sea posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optará por acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, es decir, adoptará el método de interpretación conforme a ésta que conduce a la declaración de validez constitucional de la norma impugnada, y tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, no debe perderse de vista que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control que tiene como una de sus finalidades preservar la unidad del orden jurídico nacional, a partir del parámetro constitucional; como tampoco debe soslayarse que tal unidad se preserva tanto con la declaración de invalidez de la disposición legal impugnada, como con el reconocimiento de validez constitucional de la norma legal impugnada, a partir de su interpretación conforme a la Ley Suprema, ya que aun cuando los resultados pueden ser diametralmente diferentes, en ambos casos prevalecen los contenidos de la Constitución. En consecuencia, el hecho de que tanto en el caso de declarar la invalidez de una norma legal, como en el de interpretarla conforme a la Constitución, con el propósito de reconocer su validez, tengan como finalidad salvaguardar la unidad del orden jurídico nacional a partir del respeto y observancia de las disposiciones de la Ley Suprema, este Tribunal Constitucional en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacer un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez de una norma, por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional, frente al peso derivado de que la disposición cuestionada es producto del ejercicio de las atribuciones

Além disso, esse período reflete a abertura da jurisprudência da SCJN aos tratados internacionais de direitos humanos e às sentenças da CorteIDH. A decisão mais importante a título de controle de convencionalidade e de comunicação transjudicial foi o expediente vários 489/2010, pois simboliza o primeiro diálogo direto, consciente, de interação entre a SCJN e à CorteIDH para o cumprimento da sentença do caso *Radilla Pacheco* no ordenamento jurídico mexicano, uma vez que de ofício a SCJN decide atribuir para si o papel de condutora desse cumprimento, além de vincular o judiciário mexicano a execução das sentenças da CorteIDH quanto estas determinarem obrigações a eles.

DURANTE A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011		
ANO	SENTENÇA	CONTEÚDO
2010	Expediente vários 489/20	<ul style="list-style-type: none">• A SCJN tem competência para analisar de ofício as obrigações contidas nos pontos resolutivos e em parágrafos específicos das sentenças da CorteIDH.• Quando essas sentenças determinarem obrigações específicas e diretas ao Poder Judiciário, ele as cumprirá sem coordenar com outros Poderes do Estado.• Possibilidade da SCJN atuar no cumprimento do caso <i>Radilla Pacheco</i>.

4.3) Terceiro momento: desenvolvimento da postura de engajamento da SCJN

A reforma constitucional de 2011 com todas as mudanças relatadas na seção anterior representa a afirmação do exercício de uma *interpretação conforme*, além de apresentar as primeiras decisões que discutem a *aplicação direta* quanto aos tratados de direitos humanos, e reflete o desenvolvimento do controle de convencionalidade, bem como, do diálogo com a CorteIDH no cumprimento das sentenças.

del legislador y que puede ser objeto de una interpretación que la haga acorde con los contenidos de la Ley Suprema, debiendo prevalecer el que otorgue un mejor resultado para lograr la observancia del orden dispuesto por el Constituyente y el órgano reformador de la Norma Suprema. Acción de inconstitucionalidad 27/2005.

PÓS REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011		
2011	Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011 – Pleno	<ul style="list-style-type: none"> • Adoção do exercício do controle de constitucionalidade difuso a todos os juízes mexicanos por superação das teses 73/99 e 74/99 por conta do julgamento do <i>expediente vários</i> 912/2010.
2011	Expediente varios 912/2010	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Tesis LXV/2011</i>: as sentenças da CorteIDH contra o México são vinculantes a todos os órgãos do Estado mexicano. • <i>Tesis LXVI/2011</i>: As sentenças da CorteIDH serão orientações para os juízes mexicanos. • <i>Tesis LVXII/2011</i>: controle de convencionalidade ex officio é um modelo de controle de constitucionalidade difuso. • <i>Tesis LXVIII/2011</i>: o parâmetro de análises para o exercício do controle de convencionalidade ex officio em matéria de direitos humanos deve ser: a) todos os direitos humanos contidos na CPEUM e na jurisprudência da SCJN; b) todos os direitos humanos contidos nos tratados internacionais ratificados pelo México; c) os critérios vinculantes das sentenças da CorteIDH contra o México; d) os critérios orientadores da jurisprudência da CorteIDH quando o México não for parte. • <i>Tesis LXIX/2011</i>: etapas para o exercício do controle de convencionalidade ex officio e do controle de constitucionalidade difuso: a) realizar uma interpretação conforme em sentido amplo; b) realizar uma interpretação conforme em sentido estrito; c) inaplicação da lei quando as alternativas anteriores não puderem ser adotadas. • <i>Tesis LXX/2011</i>: controle de convencionalidade concentrado/direto será exercido pelo Poder Judiciário da Federação e o controle de convencionalidade indireto/incidental será exercício por todos os juízes locais • <i>Tesis LXXI/2011</i>: incompetência da jurisdição militar em casos de violações de direitos humanos
2014	Contradicción de tesis 293/2011	<ul style="list-style-type: none"> • Os direitos humanos contidos na CPEUM e nos tratados internacionais constituem o parâmetro de controle de regularidade constitucional. Mas, quando na CPEUM contiver uma restrição expressa a um desses direitos, essa prevalecerá. • A jurisprudência emitida pela CorteIDH é vinculante aos juízes mexicanos sempre que seja mais favorável a pessoa.

2015	Contradicción de tesis 299/2013	<ul style="list-style-type: none"> • A jurisprudência do SCJN não é suscetível ao controle de constitucionalidade e ao controle de <i>convencionalidade ex officio</i> por órgãos jurisdicionais inferiores.
------	---------------------------------	---

A construção do modelo de controle de regularidade mexicano pela SCJN, permitiu o desenvolvimento da *interpretação conforme* os tratados internacionais. Essa terceira fase da SCJN, além de apresentar um maior diálogo com a CorteIDH, também representa um maior uso da técnica judicial da *interpretação conforme* pelas salas da SCJN, em especial, quanto ao uso da *interpretação conforme* a partir da nova redação do artigo 1º da CPEUM⁴⁷; a partir da sua relação com o *princípio pró homine*⁴⁸.

47 DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El segundo párrafo del precepto citado, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro persona). Ahora bien, dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad. Esto es, tal consonancia consiste en que la ley permite una interpretación compatible con los contenidos de los referidos materiales normativos a partir de su delimitación mediante los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los criterios -obligatorios cuando el Estado Mexicano fue parte y orientadores en el caso contrario- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Amparo en revisión 173/2012. 6 de febrero de 2013).

48 INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas inconstitucionales, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prologa, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad

Além disso, também apresentam o debate quanto ao uso da *interpretação conforme* no recurso de *amparo*⁴⁹ e, relacionando-se com o entendimento da

o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. El juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. La interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma. (Amparo en revisión 159/2013. 16 de octubre de 2013).

- 49 REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. DIFERENCIAS ENTRE CUESTIONES PROPIAMENTE CONSTITUCIONALES Y SUPUESTOS DE INTERPRETACIÓN CONFORME, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE AQUEL RECURSO. El artículo 107, fracción IX, de la Constitución Federal, establece las bases procesales del juicio de amparo y contempla la existencia del recurso de revisión en el amparo directo, cuya procedencia se condiciona a la constatación de "cuestiones propiamente constitucionales". Así, para determinar cuándo se está en dichos supuestos, se han utilizado criterios positivos - que identifican su naturaleza-, así como negativos -que reconocen cuáles no lo son-; uno de estos criterios negativos consiste en identificar su opuesto, esto es, si se trata de una cuestión de legalidad, la que se define en términos generales como la atinente a determinar la debida aplicación de una ley. Sin embargo, esta distinción no es categórica, al existir casos en los cuales una cuestión de legalidad puede tornarse en una de constitucionalidad, por ejemplo, en el supuesto de la interpretación conforme. Ahora bien, de los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, deriva una exploración progresiva para diferenciar entre una cuestión propiamente de legalidad y una que encierre una interpretación conforme, relevante para determinar la procedencia del recurso de revisión, pues sólo esta segunda interpretación permite su admisión. En ese sentido, la división de categorías de legalidad en oposición a las de constitucionalidad, en términos generales, se ha establecido de la siguiente forma: 1) se tratará de una cuestión de legalidad cuando existan varias interpretaciones de una disposición, y ninguna de ellas tenga la potencialidad de vulnerar la Constitución, por lo cual la opción de una modalidad interpretativa no puede ser materia de escrutinio constitucional, y 2) se tratará de una cuestión constitucional cuando se cuestione que la modalidad interpretativa adoptada, aunque en el ámbito de legalidad, tiene el potencial de vulnerar la Constitución, siendo posible encontrar una intelección que la torne compatible con ésta, por lo que la opción de una modalidad sobre otra implica pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma. Por tanto, se está frente a una cuestión de legalidad cuando se reclame que una interpretación es mejor que otra a la luz de los fines de la figura legal en cuestión

Contradición de tesis 299/2013, a impossibilidade de aplicação da interpretação conforme em normas de natureza discriminatória⁵⁰.

A doutrina mexicana reconhece que os tratados de direitos humanos possuem aplicação direta desde o *Amparo de Revisión 120/2002*, mesmo a SCJN não se referindo expressamente a esses tratados. Além disso, entendem que, com a reforma constitucional de 2011 e com as obrigações de respeito e de adoção de disposições internas da CADH, a aplicação direta constitui uma obrigação às autoridades judiciais, administrativas e legislativas⁵¹. O pleno da SCJN não se posicionou diretamente sobre o assunto até a presente data, entretanto, as salas da SCJN em sede de *amparo de revisión*, confirmam o entendimento doutrinário⁵² a respeito do tema.

o se reclame que cierta opción es la que mejor acomoda todas las normas secundarias, pues aunque comparte con aquella la metodología de buscar la mayor conformidad con ciertos principios o fines, lo relevante es que se trata, en todo caso, de una cuestión interpretativa conforme a lo dispuesto por el legislador, pero no con lo previsto en un contenido constitucional. (Amparo directo en revisión 3850/2012 de enero de 2014).

50 NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME. Cuando una norma es discriminatoria no puede realizarse una interpretación conforme, pues la existencia jurídica de su redacción continuará siendo aplicable, pese a ser discriminatoria y contraria al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las obligaciones internacionales contraídas por México. Es decir, si del contenido literal de la norma analizada se obtiene un trato discriminatorio y, por tanto, su contenido es contrario al precepto indicado, entonces debe declararse inconstitucional por el órgano de amparo, ya que la interpretación conforme no repara el trato diferenciado generado, pues lo que se busca es suprimir la discriminación generada por la norma, cesando su constante afectación y la inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión. Además, realizar una interpretación conforme implicaría que el órgano de control constitucional ignore o desconozca que el legislador incumplió con la obligación positiva de configurar los textos legales evitando cualquier forma de discriminación, ya sea en su lectura o en su aplicación y, además, privilegiar una intelección de los preceptos que permita la subsistencia de un texto normativo discriminatorio. (Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014).

51 Referimo-nos a CABALLERO OCHOA (2015); HÉRNANDEZ CHONG (2007) e ROJAS AMANDI (2015).

52 Referimo-nos ao *Amparo direto 3664/2012* e o *Amparo direto 2479/2012*, respectivamente: DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, históricamente, son los principales responsables de velar por que los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a su soberanía sean respetados cabalmente en su espacio territorial, de donde se infiere la fórmula tradicional de que el ámbito internacional de protección tiene solamente una función "complementaria". Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente,

acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos de sus gobernados. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* -locución latina que se traduce como "lo pactado obliga"-, que expresa que toda convención debe cumplirse fielmente por las partes de acuerdo con lo estipulado y en términos del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los referidos tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Sobre el particular, destaca que la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional en junio de 2011, no fue para tornar "exigibles" a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que, se reitera, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como esta Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional. DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN CONSTITUYE UN TEMA PROPIAMENTE CONSTITUCIONAL PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN JUICIOS DE AMPARO DIRECTO. Los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano se vuelven parte del ordenamiento jurídico interno, de modo que amplían el catálogo de aquéllos, lo que fue uno de los objetivos de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y el 10 de junio de 2011. Así, en la primera reforma se amplió expresamente la procedencia del juicio de amparo a aquellos casos en los cuales se hubiesen violado derechos previstos en los tratados internacionales, con independencia de que estén reconocidos o no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mientras que en la segunda, se reconoció categóricamente que en México todas las personas son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución General de la República y en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano. Ahora bien, en atención a que el juicio de amparo es un mecanismo jurisdiccional creado para proteger los derechos humanos de las personas, los temas propiamente constitucionales -en el supuesto de interpretación directa de preceptos constitucionales- planteados en los juicios de amparo directo y, especialmente, en los recursos de revisión promovidos contra las ejecutorias que resultan de ellos, se referirán a la interpretación de derechos fundamentales. Por lo anterior, sería imposible impugnar en un recurso de revisión la falta o indebida interpretación de un derecho humano reconocido en los tratados internacionales si dicha interpretación no se considera como un tema propiamente constitucional, lo cual resultaría contrario al funcionamiento del amparo directo y del recurso de revisión, así como del propio texto constitucional, pues aun cuando el principio rector del recurso de revisión prevé un campo de acción limitado para su procedencia contra las sentencias de amparo directo, la Constitución Federal se reformó para incluir expresamente a los derechos reconocidos en los tratados internacionales como parte del catálogo de derechos que gozan de protección constitucional, lo cual

Ao classificarmos a postura da SCJN nesses três momentos (resistência, abertura ao diálogo e desenvolvimento da postura de engajamento), estamos demonstrando a complexidade com que o diálogo judicial entre a SCJN e a CorteIDH desenvolveu-se no México.

A complexidade desta comunicação transjudicial dar-se-á, principalmente, pela manutenção da postura monista nacionalista da SCJN na construção do controle de convencionalidade mexicano, pois se a simples adoção de um modelo de controle de convencionalidade por uma corte suprema indica uma preferência ao direito internacional do que ao direito interno, a SCJN provou o contrário.

Ao desenvolver o parâmetro de controle de regularidade, a SCJN construiu um modelo de controle de convencionalidade diferente do pensado originalmente pela CorteIDH, mas que representa a possibilidade do judiciário recorrer ou não à CADH e às sentenças da CorteIDH para melhor fundamentação da decisão, porém nesse controle de regularidade não há uma obrigação de deferência pelo entendimento da CorteIDH pela SCJN, mas que a fonte internacional deve ser levada em consideração no momento da motivação da decisão, mesmo que seja para mostrar o porquê do seu afastamento, pois não é a divergência com o tratado internacional que é incompatível com a postura de engajamento, mas sim, a total desconsideração e o silêncio quanto a ele.

5) Referências

ACUÑA, Juan Manuel. Constitucionalismo Local, Federalismo judicial y derechos humanos. In CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX FIERRO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coord.). Estado constitucional, derechos humanos, justicia

se armonizó con la reforma en materia de amparo que reconoció la procedencia del juicio para reparar las posibles violaciones cometidas a dichos derechos. En ese sentido, si bien dicha ampliación de los derechos tutelados vía juicio de amparo no se incluyó expresamente en el artículo 107, fracción IX, constitucional, ello no puede interpretarse aisladamente del resto de los principios constitucionales, especialmente de aquéllos recién modificados. Consecuentemente, el recurso de revisión en amparo directo procede para conocer de la interpretación que los tribunales colegiados de circuito hagan de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, independientemente de su reconocimiento en la Constitución, por ser un tema propiamente constitucional.

y vida universitária: estudios en homenaje a Jorge Carpizo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

BAEZ SILVA, Carlos. *El modelo actual de control del núcleo de derechos humanos de la Ley Suprema de la Unión, conforme a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. In Seminario Democracia, Constitucionalismo y Derechos Humanos pelo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE), México, 2015.

CABALLERO OCHOA, José Luis. *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Porrúa, 2013.

CARDENAS, Jaime. La nueva Ley de Amparo. In *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 29, julho-dezembro. México, 2013.

CABALLERO OCHOA, José Luiz; GARCÍA HUERTA, Daniel. Derechos del pueblo mexicano (em itálico): México a través de sus constituciones. 9ª edição. México: Porrúa, 2016.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad*: México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. (FUNDAp), 2012.

CDHDF, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Interpretação conforme: metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (Coord.). México, 2013.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. La reforma constitucional de derechos humanos: una revolución copernicana. In *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61, n. 256. México, 2011..

COSSÍO DÍAZ, José; CHAGOYÁN, Roberto Lara. ¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible? In *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 32, janeiro-junho. México, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: *El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: Fundación Unversitária de Derecho, Administración y Política (FUNDAp), 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GARCIA, Fernando Sila. Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C. T. 293/2011 del Pleno de la SCJN). In *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 30, janeiro-junho. México, 2014.

GARCÍA MORELOS, Gumesindo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. 2. ed. México: Ubijus, 2009.

HÉRNANDEZ CHONG, María Amparo. La contradicción entre leyes internas y tratados internacionales ante el juicio de amparo. In *Revista del Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta, Suprema Corte de Justiça de la Nación, Jerarquia Normativa*. México, 2007.

LÓPEZ, Luíz Miguel Cano. Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad. In: CORDERO, Sánchez; VILLEGAS, Paula M. (Coord.). *El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos*. México: Porrúa, 2014.

MÉNDEZ CORCUERA, Luis Alfonso. Contradicción de tesis 293/2011. Avance o retroceso en la protección de derechos humanos. In *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. Ano 2, núm. 3, 2013.

PÉREZ, Alberto Herrera. El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional: comentarios a la Jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. In *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 35julho-dezembro. México, 2016.

PEREZCANO DÍAZ, Hugo. Los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, [S.l.], jan. 2007. ISSN 2448-7872.

SIID, Servicio de Investigación y Análisis División de Política Interior. Lineamientos Constitucionales de la Política Exterior en México: estudio teórico conceptual, de antecedentes constitucionales, planes de gobierno, de derecho comparado, de iniciativas de reforma al artículo 89 constitucional, entre otros, y de reforma del estado. México: Cámara dos Diputados, 2005.

ROJAS AMANDI, Víctor. *La aplicación de los tratados en el sistema jurídico mexicano*. México: Bosch, 2015.

Brasil: As Promessas não Cumpridas da Supralegalidade

Antonio Moreira Maués¹

Introdução

Este trabalho busca sistematizar um conjunto de estudos sobre o caso brasileiro feitos no âmbito da Rede de Pesquisa “A Recepção da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Por essa razão, utiliza em grande parte materiais publicados no livro anterior que apresentou os resultados dessa pesquisa (MAUÉS; MAGALHÃES, 2017). Nosso objetivo é trazer elementos que ajudem a compreender as diferenças entre o STF e os demais tribunais analisados nesta obra, no que se refere à ausência de desenvolvimento do controle de convencionalidade pelo poder judiciário em nosso país.

1. As promessas da supralegalidade²

Desde a promulgação da Constituição de 1988, verificou-se no Brasil um grande debate sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, provocado pelo art. 5º, § 2º da CR³. Mesmo que Constituições anteriores afirmassem que o elenco de direitos previsto no texto constitucional não era exaustivo, a referência aos direitos reconhecidos em tratados internacionais aparecia, pela primeira vez, na história constitucional brasileira. A relevância

1 Professor Titular da Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

2 Esta seção reproduz trechos publicados anteriormente em Maués (2013).

3 “Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

prática desse debate residia no fato de que o Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, ratificara uma série de tratados de direitos humanos, o que exigia uma definição sobre seu nível hierárquico no direito interno.

Nesse momento, podiam ser identificadas três posições distintas sobre o tema: nível supraconstitucional dos tratados de direitos humanos; nível constitucional dos tratados de direitos humanos; nível legal dos tratados de direitos humanos. Durante vários anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) optou pela última posição, mantendo precedente do regime constitucional anterior⁴, que estabelecia que os tratados internacionais se incorporam ao direito interno no mesmo nível da lei, podendo, portanto, ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica.

Assim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.347, em outubro de 1995, o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro do controle de constitucionalidade, negando que Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portarias do Ministério do Trabalho. De acordo com sua ementa, essa ADI não foi conhecida pelo STF por não envolver violação direta da Constituição: “Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade – que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado – depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais – inclusive aqueles celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) – que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais”.

A principal referência dessa jurisprudência encontra-se na ADI 1.480, julgada em setembro de 1997, que buscava a declaração de inconstitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT em face do art. 7º, I da Constituição Federal. Nos termos da ementa: “No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções

4 Recurso Extraordinário (RE) 80.004, julgado em junho de 1977: “Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título”.

internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição de República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...) A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, aplicação alternativa do critério cronológico (“*lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.”

O STF também manteve esse entendimento no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos, inadmitindo qualquer particularidade decorrente do disposto no art. 5º, § 2º. Essa orientação tornou-se nítida nos casos que colocaram em conflito disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Constituição Federal. No mais famoso deles, opôs-se o art. 7º.7 da CADH (“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) ao art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”).

Como se nota, a Constituição de 1988 estabelece uma segunda hipótese de prisão por dívida, não contemplada na CADH. O STF julgou que a prisão do depositário infiel continuava constitucional mesmo após a ratificação do Pacto de São José pelo Brasil, não reconhecendo, nesse caso, nem mesmo a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, pois a norma constitucional autorizaria o legislador a editar uma lei especial. Dá-se, como exemplo, a decisão no Recurso Extraordinário (RE) 253.071, de maio de 2001, assim ementado: “Essa Corte (...) firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derroga, por ser norma infraconstitucional geral, as normas

infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.” Observa-se, nesses casos, que o STF admitiu inclusive a equiparação feita pela legislação infraconstitucional entre a figura do depositário infiel (art. 1.287 do então vigente Código Civil) e do devedor alienante (Decreto-Lei 911/69), apesar das diferenças entre os dois institutos.

Um primeiro sinal de mudança na jurisprudência do STF foi verificado no julgamento do Recurso em Habeas Corpus (RHC) 79.785, em março de 2000. Nesse julgamento, embora negasse ao duplo grau de jurisdição o caráter de uma garantia constitucional absoluta, limitando, portanto, a aplicabilidade do art. 8.2.h da CADH, o Min. Sepúlveda Pertence admitia que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que posicionados abaixo da Constituição, deveriam ser dotados de “força supra-legal”, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até mesmo contra leis ordinárias, “sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.”

Em 2008, o STF modificou sua orientação, passando a considerar “ilícita” a prisão civil do depositário infiel, chegando a editar uma súmula vinculante sobre o tema⁵. Assim dispõe a ementa do RE 466.343, decidido por unanimidade: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

Para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas “à luz” da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais

5 Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

leis; para a minoria, deve ser reconhecida aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.

Algumas mudanças constitucionais levaram o STF a rever sua jurisprudência. Destaca-se a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para as emendas constitucionais⁶; a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional⁷; e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos⁸. Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, fosse pela possibilidade expressa de reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados sobre a matéria, pela sujeição do país à jurisdição penal internacional, ou pela criação de mecanismos mais hábeis para cumprir com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

O sentido dessas mudanças também foi reconhecido pelo STF. Assim, o Min. Gilmar Mendes afirma em seu voto que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”, o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Min. Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da

6 “Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.

7 “Art. 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

8 “Art. 109, § 5º. Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.”

O ponto comum, compartilhado por todos os Ministros, de que o STF deveria reconhecer um papel normativamente mais forte às normas internacionais de proteção dos direitos humanos não elidia, contudo, uma polêmica sobre o nível hierárquico dessas normas. Superada a tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos, e sem que nenhum membro do STF defendesse a tese da supraconstitucionalidade, duas orientações disputaram o entendimento do STF.

Para a minoria, representada pelo voto do Min. Celso de Mello, os tratados internacionais de direitos humanos teriam caráter “materialmente constitucional”, mesmo que tenham sido aprovados antes da EC nº 45, compondo o “bloco de constitucionalidade”. Assim, o novel § 3º do art. 5º, ao atribuir formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com base nele, não teria vindo retirar a hierarquia constitucional material dos tratados ratificados anteriormente, reconhecida com base no dever do Estado de “respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”. Dessa forma, o § 3º reforçara a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que não seria razoável colocar em níveis hierárquicos distintos tratados que dispõem sobre a mesma matéria.

A maioria do STF entendeu, contudo, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem nível hierárquico supralegal. Dentre as razões apresentadas em favor dessa tese, podemos destacar:

a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;

b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;

c) o entendimento que a inclusão do § 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais.

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos,

a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitiam mais a continuação da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como solução que permitiria compatibilizar essas mudanças sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

Ademais, a própria decisão do caso indicava a possibilidade de interpretar a Constituição com base nos tratados de direitos humanos. Ao decidir os casos que envolviam a prisão do depositário infiel, o STF não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas interpretou a própria Constituição com base nesse tratado. Em decorrência da adoção da tese da supralegalidade, a disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel teve sua força normativa esvaziada: uma vez que essa figura está sujeita à regulamentação legal para ter plena eficácia, o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada, salvo a hipótese, quase cerebrina, de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam desse instituto, hoje constantes na legislação civil e processual civil. Mesmo nesse último caso, tal emenda constitucional estaria sujeita à revisão com base no princípio da proibição do retrocesso. Tendo em vista que o legislador não pode regulamentar o instituto da prisão civil sem desprezar a CADH, que é hierarquicamente superior às leis, essa regulamentação tornou-se juridicamente impossível, tal como exemplifica a própria Súmula Vinculante nº 25⁹.

Essa retirada de competência do legislador ordinário implica que o STF modificou a interpretação do dispositivo constitucional, restringindo o alcance da exceção nele prevista. A disposição que trata da prisão do depositário infiel deixou de ser interpretada como uma norma que obrigava o legislador a regu-

9 Essa mudança na interpretação da Constituição fica ainda mais evidente quando se contrasta com os fundamentos apresentados pelo Min. Moreira Alves no julgamento do HC 72.131, em novembro de 1995, que constituiu o *leading case* da matéria: “Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação constitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel (...)”.

lamentar o instituto e nem mesmo passou a ser interpretada como uma norma que lhe faculta essa competência, uma vez que o legislador não poderá exercê-la enquanto estiver em vigor no Brasil a CADH. Assim, podemos dizer que o STF reinterpretou a Constituição e estabeleceu uma norma que veda ao legislador ordinário regulamentar o instituto. Por essas razões, vemos que a expressão usada na ementa acima citada é fiel: não apenas a legislação ordinária, mas a própria Constituição foi interpretada “à luz” da CADH.

Assim, ao final de 2008, o STF indicava que sua jurisprudência passaria a um outro patamar no que se refere aos direitos humanos, uma vez que os tratados internacionais teriam efeito paralisante sobre as normas infraconstitucionais que lhes fossem contrárias. Além disso, tornava-se possível interpretar a própria Constituição de maneira conforme aos tratados de direitos humanos, de modo a buscar sua harmonização.

2. O (des)uso da supralegalidade

Quase uma década após essa decisão, verifica-se que a supralegalidade não favoreceu nem o uso da CADH, nem o desenvolvimento do diálogo judicial com a Corte IDH no Brasil, apesar das várias sentenças da Corte IDH em casos brasileiros¹⁰. Os seguintes dados sustentam essa conclusão:

a) o STF faz pouco uso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em suas decisões, embora admita a aplicação direta dos tratados de direitos humanos. Pesquisa feita no sítio eletrônico do STF na internet, por meio dos termos “convenção americana”, “convenção americana sobre direitos humanos”, “convenção americana de direitos humanos” e “convenção adj americana” identificou, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2015, somente 103 decisões que atendiam a esses critérios de busca (UCHOA; BEMERGUY; MAGALHÃES, 2017);

b) a maioria das referências feitas pelo STF à CADH limitam-se a complementar uma interpretação prévia do texto constitucional, ou seja, “o texto da CADH é citado por estar de acordo com a interpretação que o ministro fez da própria

10 Ximenes Lopes (2006), Nogueira de Carvalho e outro (2006), Escher e outros (2009), Garibaldi (2009), Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) (2010), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016), Favela Nova Brasília (2017), Povo Indígena Xucuru (2018) e Herzog (2018). Dentre esses, somente no Caso Nogueira de Carvalho o Brasil não foi condenado pela Corte IDH e, até esta data, somente a sentença do Caso Escher foi cumprida integralmente.

Constituição” (UCHOA; BEMERGUY; MAGALHÃES, 2017, p. 50). Além disso, em várias ocasiões o STF menciona a CADH sem indicar nenhum de seus artigos (ADPF 347 e 378) ou até mesmo cita a CADH ao lado de normas internacionais que não foram ratificadas pelo Brasil (ADI 4.815 e HC 97.665) ou que não são cogentes (HC 107.701) (UCHOA; BEMERGUY; MAGALHÃES, 2017, p. 50-53).

Segundo essas pesquisas, em nenhuma decisão a CADH foi utilizada para paralisar a eficácia de normas infraconstitucionais e identificam-se somente dois exemplos de interpretação da Constituição feita em conformidade com a CADH:

- RE 363.889: neste recurso, contestava-se decisão do STJ que julgou extinta ação de investigação de paternidade sob o fundamento de coisa julgada material. O autor havia proposto anteriormente ação semelhante, mas não pudera custear a realização do exame de DNA, o que se tornou possível quando o Distrito Federal passou a oferecê-lo de forma gratuita. No voto do Min. Luiz Fux, que compôs a maioria para julgar procedente o recurso, recorre-se aos arts. 17 a 19 da CADH para reconhecer um “direito fundamental à filiação”, que autoriza afastar a coisa julgada material em favor da proteção desse direito;

- ADPF 187: nesta ação, proposta pela Procuradoria-Geral da República, objetivava-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do Código Penal, que se refere à apologia do crime, de modo a considerar lícitas manifestações e eventos públicos em defesa da legalização de substâncias entorpecentes. O relator, Min. Celso de Mello, utilizou o art. 13.5 da CADH, que estabelece as hipóteses de restrições à liberdade de expressão, para concluir que elas não abrangem a proibição dessa expressão, o que ampliou a interpretação da liberdade de expressão no direito brasileiro;

c) pesquisa feita no sítio eletrônico do STF na internet, por meio do termo “corte adj interamericana” apresentou somente 31 referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos no período de 2009 a 2016¹¹. Dentre essas referências, devemos desconsiderar três delas, nas quais a menção à Corte IDH decorre de eventos por ela realizados que contaram com a presença de Ministros do STF, o que limita a 28 o número de citações à Corte IDH nesse período. Além disso, cabe destacar que 8 acórdãos desse conjunto referem-se exclusivamente ao Caso

11 Em trabalho ainda inédito, Paulo André Nassar, um dos autores desta obra, identifica 47 acórdãos do STF que fazem referência à Corte IDH, no período de 1988 a 2016, o que representa um número ínfimo em relação ao total de acórdãos do período. De acordo com o estudo, o percentual máximo alcançado pelas citações à Corte IDH foi de 0,08%, no ano de 2013.

Palamara Iribarne vs. Chile, nos quais o Min. Celso de Mello cita essa decisão ao discutir a competência da justiça militar para julgamento de civis, sem adotar integralmente, contudo, a interpretação da Corte IDH sobre a matéria.

O padrão das referências à jurisprudência da Corte IDH não difere do que foi indicado acima em relação às citações da CADH. Na maioria das vezes, as sentenças interamericanas são apresentadas em conjunto com sentenças de outros órgãos internacionais e tribunais estrangeiros e não contribuem de modo decisivo para a fundamentação do acórdão. Além disso, vale mencionar que há casos em que a referência à jurisprudência da Corte IDH aparece isolada em um voto concorrente (HC 124.306 – Min. Rosa Weber; ADPF 378, ADI 2.404 e ADC 43 – Min. Edson Fachin).

Exceções parciais a esse padrão podem ser encontradas em dois casos:

- RE 511.961: nesse recurso, o STF decidiu que a obrigatoriedade do diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista contrariava a liberdade de expressão. Em sua fundamentação, o relator, Min. Gilmar Mendes, utiliza a Opinião Consultiva nº 5/85 da Corte IDH para concluir que essa exigência não se inclui entre as restrições cabíveis à liberdade de expressão;

- RE 591.054: nesse recurso, o STF decidiu, com base no princípio constitucional da não culpabilidade, que inquéritos e processos criminais em curso não podem ser utilizados na definição de antecedentes criminais. No voto do relator, Min. Marco Aurélio, e no voto concorrente do Min. Celso de Mello, anota-se que a interpretação adotada está em consonância com a jurisprudência da Corte IDH, firmada nos casos Ricardo Canese, Cabrera García e Montiel Flores, Tibi e Cantoral Benavides.

Os acórdãos do STF que envolvem a jurisprudência da Corte IDH sobre crimes contra a humanidade oferecem um bom exemplo da atitude de resistência que o judiciário nacional mantém em relação ao exercício do controle de convencionalidade (MAUÉS; MAGALHÃES, 2017).

Ao julgar a ADPF 153, em abril de 2010, o STF, por maioria, decidiu em favor da recepção da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), aprovada durante a ditadura militar, pela Constituição de 1988. Nesse julgado, o STF recusou-se a usar os precedentes da Corte IDH sobre leis de anistia porque o Brasil reconheceu sua competência contenciosa somente para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998¹².

12 Cabe observar que, nesse acórdão, o Min. Celso de Mello utiliza a jurisprudência da Corte IDH em seu voto, mas a aplica de maneira equivocada, uma vez que afirma que a corte regional considera

Ocorre que, em novembro de 2010, a Corte IDH julgou o Caso Gomes Lund e outros, no qual o Estado Brasileiro foi considerado responsável pelo desaparecimento forçado de pessoas entre 1972 e 1975 durante a Guerrilha do Araguaia. Nesse julgado, a Corte IDH declarou que “As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

Para dar cumprimento a essa sentença, o Ministério Público Federal ajuizou várias ações criminais por crimes contra a humanidade cometidos no período da ditadura militar, porém, o prosseguimento dessas ações foi obstado pela aplicação da decisão da ADPF 153 (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017). Em um desses casos, o Min. Teori Zavascki, do STF, concedeu, em setembro de 2014, liminar em reclamação para suspender uma ação penal que havia sido recebida pela justiça federal do Rio de Janeiro (Rcl. 18.686). Além disso, o STF ainda não julgou os embargos de declaração da ADPF 153, nem a ADPF 320, ajuizada em maio de 2014, que busca determinar aos órgãos do Estado brasileiro o cumprimento integral à decisão do Caso Gomes Lund e outros.

Diante desses fatos, na supervisão de cumprimento da sentença do caso, emitida em outubro de 2014, a Corte IDH consignou que “La Corte considera que en el marco de las referidas acciones penales iniciadas por hechos del presente caso se han emitido decisiones judiciales que interpretan y aplican la Ley de Amnistía del Brasil de una forma que continúa comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado y perpetúa la impunidad de graves violaciones de derechos humanos en franco desconocimiento de lo decidido por esta Corte y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En las referidas decisiones judiciales no fue efectuado el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana”.

contrárias à CADH somente as leis de auto-anistia, enquanto a lei brasileira teria caráter bilateral. Essa interpretação foi refutada expressamente pela Corte IDH na sentença do Caso Gomes Lund e outros, em seu parágrafo 175.

O controle de convencionalidade nessa matéria também foi recusado pelo STF no julgamento da Extradicação 1.362, em novembro de 2016, na qual se discutia a extradicação de um cidadão argentino pela prática de crimes contra a humanidade. O Min. Edson Fachin, relator, deferiu o pedido de extradicação utilizando como um de seus fundamentos o entendimento consolidado da Corte IDH sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, que obriga os Estados a punirem seus responsáveis. Contudo, essa interpretação foi rejeitada pela maioria do STF, que não reconheceu o efeito *erga omnes* da jurisprudência interamericana e negou a extradicação, tendo em vista que os crimes estavam prescritos segundo a legislação brasileira.

Essas decisões (e a ausência delas) demonstram que, além da resistência que se manifesta sob a forma de indiferença, caracterizada pela ausência de diálogo com a Corte IDH, a postura do STF também se caracteriza como uma resistência ativa, ao negar o cumprimento de decisões da Corte IDH em casos brasileiros. Cabe observar que o Caso Gomes Lund e outros não constitui o único exemplo de omissão do poder judiciário frente a decisões da Corte IDH, uma vez que outras medidas de reparação relativas ao julgamento de responsáveis por violações de direitos humanos tampouco foram cumpridas integralmente pelo Estado brasileiro (NEVES; PACHECO; FERREIRA, 2017).

Diante desse quadro, podemos afirmar que as poucas reuniões oficiais que já ocorreram entre o STF e a Corte IDH não têm gerado resultados. Em novembro de 2013, a 49ª Sessão Extraordinária da Corte IDH foi realizada no Brasil, com o apoio do STF. Nessa ocasião, foi realizado o “Seminário Internacional: Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, no qual, pela primeira vez na história, membros do STF e da Corte IDH estiveram juntos para debater sua jurisprudência¹³.

Além disso, em março de 2017, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), em parceria com a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Programa Estado de Direito para América Latina da Fundação Konrad Adenauer, realizou o seminário internacional “Diálogo entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos”, com a participação de ministros do STF e do STJ e juízes da Corte IDH.

13 Anteriormente, a Corte IDH havia realizado sua 27ª Sessão Extraordinária no Brasil, em março de 2006, sob os auspícios do STJ.

3. Conclusão

Dentre todos os casos estudados nesta obra, aquele que mais facilmente pode ser classificado, sob o ponto de vista das categorias desenvolvidas por Jackson (2010) sobre o diálogo judicial, é o STF. A atitude de resistência, que considera irrelevantes as normas de direito internacional para a aplicação da Constituição, se aplica ao STF no que se refere à CADH e à Corte IDH, resistência que se apresenta tanto como indiferença quanto como resistência ativa.

Nesse sentido, não há desenvolvimento do controle de convencionalidade pelo STF, nem mesmo a partir dos casos brasileiros julgados pela Corte IDH. A possibilidade de realizá-lo a partir da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, seja pela paralisação dos efeitos das normas infraconstitucionais, seja pela interpretação conforme da Constituição, não se confirmou, e o STF carece de qualquer desenvolvimento consistente sobre a necessidade de harmonizar o direito interno com o direito internacional dos direitos humanos.

Referências

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO, 2. *Crimes da ditadura militar*. Brasília: MPF, 2017.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, n. 18, p. 215-235, jun./2013.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (Orgs.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (Orgs.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NEVES, Rafaela T. S.; PACHECO, Ana Paula O. S.; FERREIRA, Victória Cristine F. Como os Estados cumprem suas condenações internacionais? As medidas de adequação institucional criadas pelo Brasil e México para dar cumprimento às sentenças da CorteIDH. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (Orgs.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

UCHOA, Bruna Fonseca; BEMERGUY, Rafael Cruz; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal (2009-2015) e a supralegalidade: o discurso engajado e a prática resistente. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (Orgs.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales

Julieta Rossi¹,
con la colaboración de
Martina Olivera y
Alejandro Fernández².

1. Introducción

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el ámbito interno de los países de América Latina es un tema innegable de agenda política y académica respecto del cual se presentan importantes desafíos. Este foco de atención se corresponde con el creciente peso que el DIDH ha adquirido como fuente de derecho de los ordenamientos jurídicos domésticos en los países de la región y por tanto, en la progresiva adecuación de la jurisprudencia y la utilización de estándares internacionales por parte de los tribunales nacionales. Los tribunales latinoamericanos recurren cada vez más a menudo al derecho internacional: aplican tratados directamente, adoptan interpretaciones de la normativa fijadas por los órganos de protección o controlan la implementación nacional de decisiones o sentencias internacionales (ROSSI y FILIPPINI, p. 195 y 196). A su vez, este creciente peso del DIDH se visibiliza en la creación de institucionalidad pública en los ámbitos legislativo y ejecutivo para facilitar el proceso de adaptación y ajuste. En particular, se han generado y en algunos

1 Julieta Rossi, docente e investigadora del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y directora de la Maestría en Derechos Humanos de la misma universidad. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

2 Abogadxs por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e investigadores ad honorem del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Colaboraron en la investigación y extracto de los casos de la Corte Suprema que se reseñan en este documento. Agradezco especialmente su valioso aporte.

casos implementado propuestas legislativas y reglamentarias dirigidas a regular mecanismos internos para la aplicación y ejecución de decisiones adoptadas en foros contenciosos internacionales.

Ahora bien, la incorporación y aplicación del DIDH en el ámbito estatal interno no ha sido lineal ni pacífica. Dado que el derecho internacional de los derechos humanos, y las interpretaciones que de él realizan los órganos autorizados deben convivir con normas, regulaciones y prácticas nacionales, su efectivo ingreso al ámbito local está condicionado por una serie de cuestiones, entre las que pueden mencionarse, los mecanismos constitucionales y legales previstos para la incorporación de los tratados al sistema constitucional nacional, la jerarquía y el carácter operativo o programático de las disposiciones internacionales, la utilización de la jurisprudencia internacional por parte de los órganos internos y el valor a ella asignado en la interpretación de las normas de tratados, los mecanismos internos previstos para la ejecución de decisiones internacionales en el marco de casos contenciosos, el impacto del federalismo en la aplicación de los pactos internacionales, entre las más relevantes.

En este sentido, cuando un Estado ratifica un tratado y acepta la competencia de los órganos de aplicación y supervisión, asume la obligación de aplicar sus decisiones. Dentro de las competencias de los órganos de supervisión del sistema interamericano y del sistema universal de protección de derechos humanos concurren las de emitir recomendaciones, informes y directrices y dictar sentencias en casos contenciosos. En estos supuestos, suelen ordenarse remedios que consisten en la implementación de acciones positivas precisas tendientes a hacer efectiva la responsabilidad internacional de respetar y garantizar los derechos humanos.

De este modo, tales decisiones pueden obligar a los Estados a adecuar la normativa y las prácticas institucionales y/o a adoptar nuevas regulaciones administrativas y legislativas, políticas públicas e incluso dejar sin efecto decisiones judiciales de tribunales domésticos y reabrir investigaciones penales o administrativas. Por ello, el modo de incorporación y la armonización entre el derecho internacional en esta materia y el derecho interno es vital para que los derechos previstos en los instrumentos internacionales puedan ser ejercidos de manera efectiva y plena en el territorio de un Estado.

Por otro lado, el contenido y alcance de los derechos previstos en los instrumentos internacionales es fijado primordialmente por los órganos de control de modo tal que el valor asignado en el ámbito interno a estas

interpretaciones auténticas es crucial para la adecuada aplicación e incorporación de los pactos.

En este marco, se han producido avances considerables en la aplicación doméstica del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina³. Sin embargo, también se presentan importantes desafíos para que la incorporación del marco de derechos humanos se materialice plenamente. Al compás de la implementación de políticas regresivas en materia de derechos humanos en varios países de la región, en Argentina se registran retrocesos en la materia. Es muestra elocuente de ello, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, Corte Suprema) en el caso “Fontevicchia”⁴ de febrero de 2017 que, en un cambio abrupto de la doctrina mantenida hasta el momento, pone en duda el valor vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) y limita las posibilidades de su implementación y más ampliamente genera incertidumbre sobre el peso y el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

En igual sentido se inscribe la sentencia de aquel tribunal en el caso “Muiña”⁵, donde haciendo caso omiso de estándares internacionales, habilita –a partir de la aplicación de la ley 22.390– la reducción del período de privación de libertad a militares condenados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico militar⁶, para nombrar las más resonantes. Esta decisión no tuvo el efecto perseguido debido a la contundente reacción social y política contraria que se generó inmediatamente después de su emisión. Y a su vez,

3 Sobre la incidencia y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las adecuaciones a los instrumentos interamericanos en el ámbito doméstico de los Estados latinoamericanos, véase Revista Aportes, Fundación para el Debido Proceso (DPLF), N° 16, año 5.

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, Corte Suprema), Causa 368/1998(34-M)/CSI, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (caso “Fontevicchia”), 14 de febrero de 2017.

5 Corte Suprema, causa 1574/2014/RHI, “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/Recurso Extraordinario” (caso “Muiña”), 3 de mayo de 2017.

6 La ley 22.390 establece que a partir de los dos años de prisión sin condena firme se cuenta cada día de prisión preventiva como “dos de prisión o uno de reclusión”. El beneficio es conocido como 2x1.

provocó que la Corte debiera matizar esta posición refractaria y de quiebre hacia el derecho internacional de los derechos en decisiones posteriores⁷.

En este contexto, el diálogo transnacional y el intercambio de información y de buenas prácticas entre los distintos países latinoamericanos así como la promoción de investigaciones académicas por universidades de la región son un elemento clave hacia la visibilización de los problemas y desafíos comunes así como de los retos específicos para cada país, con miras, en última instancia, a consolidar regímenes democráticos basados en el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Este artículo hará foco en dos cuestiones centrales para la efectiva aplicación del DIDH por los tribunales domésticos, como son el valor asignado por la Corte Suprema de Justicia a las decisiones de tribunales y órganos internacionales en la tarea de interpretación de la normas internacionales de derechos humanos y la evolución en dicha consideración, así como la utilización de la jurisprudencia de dichos órganos, con particular referencia a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos). Nos interesa en particular dar cuenta de algunas áreas del derecho en la que la jurisprudencia internacional ha contado con mayor recepción, analizar si la aplicación de esta jurisprudencia es dirimente o en todo caso qué rol ocupa en la solución del caso, y por último, rastrear si en los casos analizados, se verifica un patrón en la aplicación de los materiales interpretativos internacionales o por el contrario, su utilización aparece aislada o poco sistemática.

2. Recepción del DIDH en el ámbito interno

El Estado argentino asumió claros deberes en materia de derechos humanos a partir de la ratificación de los principales tratados de derechos humanos, una vez restablecida la democracia en los años 80s y particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 que les otorgó jerarquía constitucional. Desde aquel momento, la agenda de derechos humanos ha sido central en la historia política e institucional de nuestro país, cuyo núcleo medular ha sido el proceso

7 Decisiones de la Corte Suprema en el mismo caso “Fontevicchia” y caso de “Sala, Milagro” reseñadas en los apuntes finales de este trabajo, del 5 de diciembre de 2017.

de Memoria, Verdad y Justicia por los crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de la dictadura cívico-militar en el período 1976-1983.

El derecho internacional de los derechos humanos y la intervención de instancias supranacionales del ámbito universal e interamericano han sido claves en múltiples ocasiones para profundizar aquel proceso y reactivarlo cuando quedó trunco por las leyes de Obediencia Debida, Punto Final y los indultos presidenciales. La propia Corte Suprema en el caso “Simón” (2005)⁸ posibilitó la reanudación de los juicios contra los militares responsables por aquellos crímenes, aplicando normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular la doctrina del caso “Barrios Altos vs. Perú” (2001)⁹.

Pero además, en el período 2003-2015, a partir de una nueva conformación de la Corte Suprema promovida por el gobierno de Néstor Kirchner, ese tribunal ha venido ensanchando el alcance y contenido de derechos humanos constitucionalizados a través de la aplicación extensiva de la jurisprudencia de los órganos de control de los pactos internacionales¹⁰, otorgándole un valor significativo como pauta de interpretación de las normas de tratados.

Esta incorporación sistemática fue posible gracias la norma contenida en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional¹¹. Esta norma: a)

8 CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad –causa N° 17.768–”, 14 de junio de 2005.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso, “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

10 Véase Pinto, Mónica, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Cels /Editores del Puerto, 2007.

11 El artículo 75, inc. 22 estipula: “Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos

establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes; b) otorga jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”; c) determina que estos tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”; d) incorpora un mecanismo especial para incorporar a la Constitución Nacional otros tratados de derechos humanos.

Esta norma “superpoderosa” insta a una integración plena del derecho internacional de los derechos humanos, despeja las dudas del período anterior respecto del rol del derecho internacional en el ordenamiento interno y cristaliza la doctrina adoptada por la Corte Suprema en el sentido de que los tratados de derechos humanos deben considerarse superiores a las leyes¹². A la vez, refuerza una concepción monista de la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional.

3. Valor de las decisiones de los órganos internacionales y control de convencionalidad

3.1. Valor de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En base a esta norma (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), la Corte Suprema se ha expedido sobre el valor de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y ha determinado que las decisiones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, representan una guía muy relevante, hasta “insoslayable” o “imprescindible” para la interpretación y aplicación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

12 Corte Suprema, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 7 de julio de 1992.

En el caso “Girolodi” (1995)¹³, la Corte expresó que “la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”¹⁴. Añadió que “por ello la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”. Tales pautas fueron reiteradas por ese tribunal al decidir el caso “Bramajo” (1996)¹⁵, en el que expresó que “...la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales...”¹⁶.

En la decisión del caso “Simón” (2005) antes reseñado, que declaró inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final, la Corte fue un paso más allá y reforzó el carácter vinculante de las decisiones de la Corte y Comisión IDH al calificarlas como “pautas imprescindibles”. En este sentido, consideró que “tal como ha sido reconocido por esta Corte en varias oportunidades, la jurisprudencia de la Corte IDH así como las directivas de la CIDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁷.

13 Corte Suprema, “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93”, 7 de abril de 1995.

14 Corte Suprema, “Girolodi”, cit., considerando 11. Agregó: “... en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional” (considerando 12).

15 Corte Suprema, “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación -causa n° 44.891-”, 12 de septiembre de 1996.

16 Corte Suprema, “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación -causa n° 44.891-”, cit., considerando 8.

17 Corte Suprema, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros”, 14 de julio de 2005, considerando 17.

Posteriormente, en el caso “Mazzeo” (2007)¹⁸, ese tribunal se refirió de modo expreso y por primera vez al “control de convencionalidad”, una creación doctrinaria de la Corte Interamericana que obliga a todos los jueces nacionales de los países firmantes de la Convención Americana a ejercer un control sobre la efectiva aplicación de dicho tratado. Así, sostuvo lo siguiente: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”¹⁹.

En el caso “Videla” (2010), la Corte vuelve a calificar las interpretaciones y a robustecer el grado de obligatoriedad, esta vez sólo de la Corte Interamericana, como “pauta insoslayable”. En tal línea, sostuvo: “...esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁰. En el caso “Rodríguez Pereyra” (2012), la Corte Suprema se pronunció en sentido similar, delineando mayores precisiones sobre la doctrina del “control de convencionalidad”²¹.

18 Corte Suprema, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13 de diciembre de 2007, considerando 21.

19 La Corte IDH inaugura la doctrina del control de convencionalidad en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006) donde sostuvo que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

20 Corte Suprema, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, 31 de agosto de 2010, considerando 8.

21 Corte Suprema, “Rodríguez Pereyra c/ Ejército Nacional”, 27 de noviembre de 2012, considerando 12.

3.2. Valor de las decisiones de órganos de tratados del Sistema Universal

En el marco del sistema universal de protección de derechos humanos, en particular si consideramos el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Suprema ha apelado profusamente al derecho internacional aplicando normas del sistema universal (incluso en el área específica del derecho internacional laboral) y del sistema interamericano²².

En relación al valor de las decisiones e interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), la Corte ha estipulado desde el caso “Aquino”²³ (2004) que este órgano es “el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el plano internacional” y sus decisiones deben ser tenidas en cuenta porque los tratados rigen, en las condiciones de su vigencia según el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional²⁴. Luego,

22 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y convenios sobre distintas materias de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre los más relevantes.

23 Corte Suprema, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, sentencia del 21 de septiembre de 2004.

24 Corte Suprema, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, cit., considerando 8. Dijo allí la Corte: “En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral. Por ejemplo, no ha faltado en el seno de ese órgano la censura a la New Zealand Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act de 1992, en cuanto ponía en cabeza del trabajador víctima de un accidente una parte del costo del tratamiento médico (Comisionado Simma, Summary record of the 25th meeting: New Zealand. 22/12/1993, E/C.12/1993/SR. 25, párr. 17). A su vez, las Directrices relativas a la Forma y el Contenido de los Informes que deben presentar los Estados Partes, elaboradas por el citado Comité, requieren que éstos den cuenta de las disposiciones legales, administrativas o de otro tipo, que prescriban condiciones mínimas de seguridad e higiene laborales, y proporcionen los datos sobre el número, frecuencia y naturaleza de accidentes (especialmente fatales) o enfermedades en los últimos 10 y 5 años, comparándolos con los actuales (HRI/GEN/2, 14-4-2000, párr. 16.a y b). Agrégase a ello, que no son escasas las advertencias y recomendaciones del mencionado órgano internacional, dirigidas a los países en los que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente, de lo que resulta un número relativamente elevado de accidentes laborales tanto

la Corte se ha pronunciado en igual sentido en los casos “Torrillo” (2009)²⁵ y “ATE” (2013)²⁶, entre los más relevantes.

De igual modo en una práctica ya consistente, la Corte Suprema ha considerado las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT como una pauta de interpretación relevante de las normas de los convenios de la OIT (casos “Rossi”, 2009²⁷ y “ATE”, 2013²⁸, entre otros).

A partir del alto valor otorgado a la jurisprudencia internacional, la Corte Suprema se ha valido de manera importante de sus interpretaciones para darle sentido a las normas de los tratados internacionales y en última instancia, en muchos casos a la propia Constitución Nacional. La consideración de tales materiales, en muchos casos, significó orientar la decisión en el caso judicial concreto o complementar de manera relevante la interpretación que surge de la propia Constitución Nacional, según daremos cuenta en el siguiente apartado.

en el ámbito privado como en el público (vgr., Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia, E/C.12/Add.26, 16-6-1998). Respecto de nuestro país, el Comité mostró su inquietud con motivo de la "privatización de las inspecciones laborales", y por el hecho de que "a menudo las condiciones de trabajo [...] no reúnan las normas establecidas". De tal suerte, lo instó "a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo [...], a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales" (Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.38, párrs. 22 y 37) ..." (considerando 8).

- 25 Corte Suprema, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, 31 de marzo de 2009, considerando 4.
- 26 Corte Suprema, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, 18 de junio de 2013, considerando 7. Dijo la Corte allí: “De ahí que, a su vez, corresponde resaltar dos circunstancias. Por un lado, que tal como lo sostiene el intérprete más autorizado del PIDESC en el plano internacional, esto es, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Torrillo”, Fallos: 332: 709, 713 -2009-), solo es calificable de “trabajo digno” el que “respete los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de [...] remuneración” (Observación general N° 18. El derecho al trabajo, párr. 7; “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, cit., p. 2054)” (considerando 7).
- 27 Corte Suprema, “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”, 9 de diciembre de 2009, considerando 6.
- 28 Corte Suprema, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, cit., considerando 4.

4. Áreas específicas de recepción de estándares internacionales por parte de la Corte Suprema: igualdad y no discriminación y derechos sociales (laborales y de seguridad social)

En lo que sigue, haremos un análisis de la recepción de las decisiones de órganos internacionales, con particular referencia a la Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, en dos áreas específicas, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho laboral y de seguridad social. Según referimos en la introducción, nos interesa en particular dar cuenta de algunas áreas del derecho en la que la jurisprudencia internacional ha contado con mayor recepción, analizar si la aplicación de esta jurisprudencia es dirimente para la solución del caso, qué rol ocupa en la solución del caso, y por último, rastrear si en los casos analizados, se verifica un patrón en la aplicación de los materiales interpretativos internacionales o por el contrario, su utilización aparece aislada o poco sistemática.

4.1. Igualdad y no discriminación

Principio estructural del orden jurídico nacional e internacional y carácter de jus cogens

La Corte Suprema ha ido progresivamente incorporando las normas internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de control tanto del sistema interamericano de derechos humanos como del universal para moldear su interpretación del contenido y alcance del derecho a la igualdad y no discriminación. El tribunal ha reconocido que el derecho a la igualdad y no discriminación se vio reforzado y fortalecido por el derecho internacional de los derechos humanos incorporado a nuestro orden jurídico interno. Así, en el caso “Álvarez” (2010)²⁹, donde el tribunal debió decidir en una acción de amparo en la que los actores alegaban que habían sido despedidos a causa de su actividad sindical, explicó que “el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución

²⁹ Corte Suprema, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7 de diciembre de 2010.

Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el derecho internacional de los derechos humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo)". Además citó de manera exhaustiva el marco internacional que recepta el derecho a la igualdad y no discriminación con jerarquía constitucional y supralegal³⁰, a la par que hizo referencia a la protección de este derecho en el marco laboral internacional específicamente (por la materia del caso tratado).

En este sentido, la mayoría de la Corte hizo mención a los estándares de la OIT al respecto, previstos en el Convenio 111 sobre Discriminación en materia de empleo y ocupación, "por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto"³¹.

30 El tribunal cita la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Añade a este listado, en el plano supralegal, la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Destaca, además, que este principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.).

31 Menciona, además, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresa que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, "tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (...) d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación" y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008. Cita, por último, la Declaración Socio-Laboral del Mercosur (1998), que prevé que todo trabajador "tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación

A partir de este reconocimiento, sostiene el carácter fundamental y de *jus cogens* de este derecho, tomando como fuente directa de esta consideración la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH³² y entiende que es aplicable tanto a los agentes del Estado como a los particulares que actúen bajo su tolerancia o aquiescencia. Sostuvo la Corte que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, "puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"³³.

En la misma línea, en el caso "Sisnero" (2014)³⁴ donde la Corte Suprema entendió en una pretensión individual contra un grupo de empresas de transporte público de la provincia de Salta por discriminación en base al género debido a la imposibilidad de la demandante de acceder al puesto de chofer en las empresas demandadas y en otra colectiva por la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de dichas empresas³⁵, la Corte expresó que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional, citando el artículo 16 de la Constitución Nacional y normativa internacional pertinente, en particular, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el

(...) en conformidad con las disposiciones legales vigentes" y dispone que los Estados Partes "se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación (...)" (art. 1°). Cfr. Corte Suprema, "Álvarez", cit., considerando 3.

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

33 Corte Suprema, "Álvarez", cit., considerando 4. Con cita directa y extensa de la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema continúa expresando: "... Así, por su carácter 'imperativo', rige en el derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares (...)"

34 Corte Suprema, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", 20 de mayo de 2014.

35 Corte Suprema, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", cit.

Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo³⁶.

Categorías sospechosas y test de escrutinio estricto

La Corte Suprema ha recurrido de modo decisivo a la normativa internacional donde se encuentra prevista la prohibición de discriminación como principio y obligación de primer orden, por una serie de motivos expresamente previstos — como la raza, la religión, el sexo, la condición social, entre otros— para delinear la doctrina de las “categorías sospechosas”.

En este sentido, el tribunal ha establecido que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias y este principio implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros. A los efectos de decidir si una diferencia de trato es legítima o no, debe analizarse su razonabilidad³⁷.

El tribunal ha esbozado dos tests que se aplican alternativamente: el de mera razonabilidad y el de escrutinio estricto. El primero de ellos implica un estándar más laxo de revisión y en mayor medida deferente a las decisiones de los poderes ejecutivo y legislativo, según el caso y parte de la presunción de validez de la norma objeto de cuestionamiento. Con relación al segundo examen, si la distinción afecta una categoría sospechosa, se activa un estándar de revisión —más riguroso— que parte de una presunción de invalidez de la norma o práctica en cuestión. Sobre el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas, la Procuración General de la Nación ha afirmado que reside en “...revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad”³⁸.

36 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 2.

37 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, considerando 18.

38 Procuración General de la Nación, dictamen en el caso “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ amparo”, cit. Véase, Treacy, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, 2011, 181-216.

La Corte Suprema ha aplicado el test de escrutinio estricto en los casos “Hooft” (2004)³⁹, “Gottschau” (2006)⁴⁰ y Mantecón Valdés (2008)⁴¹, donde se impugnaban distinciones legales efectuadas en base al origen nacional o la nacionalidad de la persona. Posteriormente y de manera reciente, la Corte ha reafirmado la aplicación de este criterio en el caso “Castillo” (2017)⁴².

En el primer caso (“Hooft”), la Corte refiere expresamente que la situación del demandante —a quien le era impedido ser designado juez de cámara de casación en tanto la Constitución provincial requería para acceder a dicho cargo "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero"— encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Según la Corte, ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el "origen nacional"), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba⁴³. Por consiguiente, el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales -antes que meramente convenientes- y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad⁴⁴.

39 Corte Suprema, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16 de noviembre de 2004, considerando 2.

40 Corte Suprema, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, 8 de agosto de 2006, considerando 10.

41 Corte Suprema, “Mantecón Valdés Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca) s/ amparo”, 12 de agosto de 2008.

42 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12 de diciembre de 2017. Cita allí la doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6 y sus citas (considerando 19).

43 Corte Suprema, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, cit., considerando 4.

44 Corte Suprema, “Hooft”, cit., considerando 6. Dijo expresamente la Corte: “Que la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no

En el caso “Gottschau” —donde se discutía la validez del requisito de nacionalidad argentina que estipulaba una norma local de la Ciudad de Buenos Aires para concursar al cargo de secretario del poder judicial de primera instancia—, la Corte aplicó igual criterio que en el caso “Hoof”⁴⁵. Igual doctrina aplica en el caso “Mantecón Valdéz”.

A diferencia de los casos anteriores, en el caso “R.A, D” (2007)⁴⁶, la mayoría de la Corte utilizó algunas disposiciones de instrumentos internacionales relacionados con el derecho a la seguridad social y los derechos de las personas con discapacidad⁴⁷, para afirmar que el requisito de la residencia mínima de 20 años impuesto a las personas extranjeras para acceder a una pensión por invalidez desconocía lisa y llanamente el derecho a la seguridad social, comprometiéndose de esta forma el derecho a la vida⁴⁸. La mayoría del tribunal no hizo mención a la cuestión de la igualdad y no discriminación.

Sin embargo, otros votos particulares utilizaron como argumento para declarar la invalidez de la norma en cuestión la distinción efectuada entre nacionales y extranjeros. En este sentido, los jueces Petracchi y Argibay plantearon que la norma prevé un trato diferenciado entre ambos grupos, imponiéndoles a los extranjeros mayores exigencias⁴⁹. Esta situación, entienden los jueces, se contrapone con “las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional”⁵⁰ —receptado en diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos—, lo que “obliga a considerar a la categorización

existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”.

45 Dijo la Corte “... cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” como sucede en el sub lite corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (conf. causa “Hoof”, Fallos: 327:5118, considerando 4° y sus citas)” (considerando 5).

46 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, 4 de septiembre de 2007.

47 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., considerando 3.

48 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., considerando 7.

49 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., voto de los jueces Petracchi y Argibay, considerando 11.

50 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., voto de los jueces Petracchi y Argibay, considerando 11.

realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad”⁵¹.

Como sustento de aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas y el estándar agravado de escrutinio de la norma, el voto hace referencia a los precedentes ya citados “Hooff” y “Gottschau” donde la Corte delinea con mayor precisión y aplica la doctrina de las categorías sospechosas y el estándar de revisión más estricto⁵². En base a este estándar, concluye que el Estado no pudo dar razones de mérito para sostener tal discriminación y, por ende, determina la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Interesantemente, el voto trata el argumento del Estado sobre supuestas restricciones presupuestarias y lo desestima. Sostiene que si bien es cierto que el Estado debe en principio atenerse al presupuesto que se destina a cierta actividad o prestación pública, resulta evidente que no puede pretender alcanzar tales fines haciendo destinatarios exclusivos de los costos de tal restricción a los extranjeros radicados en el país a quienes la Constitución ha invitado para que habiten nuestro territorio. Precisa que las dificultades presupuestarias, si existieren, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos⁵³.

Por último, en el reciente y ya citado caso “Castillo” (2017), donde se discutía la constitucionalidad de la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta, la Corte reafirma la doctrina de las categorías sospechosas y la aplicación del estándar de revisión estricto⁵⁴. Allí la Corte, determinó que el

51 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., voto de los jueces Petracchi y Argibay, considerando 11.

52 En este sentido, ambos jueces afirmaron que el escrutinio estricto implica “una inversión de la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma (en este caso, el Estado Nacional) la que deberá realizar “una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., voto de los jueces Petracchi y Argibay, considerando 11.

53 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., considerando 12.

54 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, cit. Dijo allí la Corte: “Que esta perspectiva de la igualdad conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad. En este enfoque

fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras⁵⁵.

Deber de respetar el derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares: aplicación horizontal

En lo atinente a la aplicación horizontal entre particulares, la Corte Suprema ha recurrido de manera central a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos para determinar de modo categórico que este derecho es netamente aplicable en las relaciones entre los particulares. De este modo, en el caso *Álvarez* (2010)⁵⁶, luego de reafirmar el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, según lo ya referido, la Corte con base en la Opinión Consultiva 18 del 2003 de la Corte IDH ya citada, precisó que el deber estatal implica tanto abstenerse de realizar cualquier acción que viole este principio como adoptar las medidas necesarias para remediar patrones sociales de discriminación. Particularmente, los Estados deben velar para que las normas de derecho privado, que regulan las relaciones entre particulares, no propicien situaciones discriminatorias. Por ende, los empleadores están obligados a respetar los derechos de sus trabajadores y el Estado puede ser responsable si no garantiza que así sea⁵⁷. Con base en este

tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas) (considerando 19).

55 Corte Suprema, "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo", cit, considerando 19.

56 Corte Suprema, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 7 de diciembre de 2010, considerando 1.

57 Corte Suprema, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", cit., considerando 4.

argumento consideró aplicable la ley 23.592 contra actos discriminatorios a las relaciones laborales entre privados.⁵⁸

En el caso “Pellicori” (2011)⁵⁹ donde la Corte abordó la demanda de una persona que alegaba haber sido despedida por razones discriminatorias, invocando el artículo 1 de la ley 23.592, sostuvo, al igual que en “Alvarez” (2010), que el principio de igualdad y no discriminación ostenta el status de norma *jus cogens*, tal como fue reconocido por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 18/03. A partir de allí, determinó que este principio le impone al Estado la obligación de cumplir un mínimo fundamental y de adoptar medidas de efecto inmediato, incluso con respecto a interferencias cometidas por terceros particulares, bajo pena de incurrir en un ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N^o 10, el Derecho al Trabajo)⁶⁰.

58 Corte Suprema, “Álvarez”, cit, considerando 6. Expresa la Corte: “El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares (...)”. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas “perentorias” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, “independientemente de cualquier circunstancia o consideración”, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos entre privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (Corte IDH, OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151)”.

59 Corte Suprema, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15 de noviembre de 2011.

60 Corte Suprema, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, cit., considerando 5.

En la causa “Sisnero” (2014), la Corte Suprema, en un breve fallo, citando la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 2, incisos e y f), que obliga al Estado a adoptar medidas para remediar las prácticas discriminatorias cometidas por cualquier persona,⁶¹ ha reafirmado la validez horizontal de los derechos humanos, es decir, su aplicabilidad a las relaciones entre particulares y no solamente a los actos ejecutados por la autoridad estatal⁶².

En este sentido, recordó que los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares (con cita de los precedentes “Kot” y “Álvarez” así como de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en la que se expresó que “en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares, esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes)”⁶³.

La prueba de la discriminación: a cargo del demandado

En el caso “Pellicori” (2011)⁶⁴ en relación a las cargas procesales en materia probatoria, en este caso, de un alegado despido discriminatorio, la consideración de las interpretaciones de órganos de supervisión de derechos humanos parece haber tenido un peso determinante en la solución. En este sentido la Corte hizo propio el criterio mantenido por distintos Comités de Naciones Unidas como el Comité contra la Discriminación Racial en distintas Observaciones Finales de países⁶⁵, el Comité de Derechos Económicos,

61 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 2.

62 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 3.

63 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 3.

64 Corte Suprema, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, cit.

65 Corte Suprema, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, cit. Sostiene la Corte que “... cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a

Sociales y Culturales, en su Observación General N^o 20⁶⁶, y sus observaciones finales de países⁶⁷, los Comité de Derechos Humanos y sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁸. Estos órganos recomendaron a los Estados regular las cargas procesales de modo tal que, una vez que el reclamante hubiera probado, *prima facie*, que fue víctima de discriminación, está en cabeza del demandado justificar de manera objetiva y razonable el trato diferente.⁶⁹ De igual manera hizo referencia a normativa de la OIT y las interpretaciones de sus órganos de aplicación⁷⁰.

los Estados a atenderlo cabalmente. Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado “*prima facie*” que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente” (considerando 6).

- 66 Por su parte, según la Corte, el Comité DESC, Observación General N^o 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2009, que tuvo por objeto aclarar la comprensión del art. 2.2 del PIDESC, reitera la perspectiva enunciada (párrs. 6 y 40) (considerando 6).
- 67 Corte Suprema, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, cit. Agrega que “los descriptos resultan lineamientos tan sólidamente arraigados como extendidos, según lo demuestra su presencia en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto para la discriminación en general (v.gr. Observaciones finales: Hungría, 2007, E/C.12/HUN/CO/3, párrs. 8 y 31), cuanto para la referente a la relación de empleo (Concluding observations: Liechtenstein, 2006) E/C.12/LIE/CO/1, párrs. 7 y 26; Concluding observations: Luxembourg, 2003, E/C.12/1/Add.86, párr. 10; Observaciones finales: Grecia, 2004, E/C.12/1/Add.97, párr. 6; Observaciones finales: Polonia, 2002, E/C.12/1/Add.82, párr. 7)” (considerando 6).
- 68 Comité de Derechos Humanos (Observaciones finales: Islandia, 2005, CCPR/CO/83/ISL, párr. 5; Observaciones finales: Chile, 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 18) y Comité contra la Discriminación de la Mujer (Observaciones finales: Alemania, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, párrs. 17 y 18; asimismo: Observaciones finales: Luxemburgo, 2003, A/58/38, párr. 295; Observaciones finales: Lituania, 2008, CEDAW/C/LTU/CO/4, párr. 5) (considerando 6).
- 69 Corte Suprema, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, cit., considerando 6.
- 70 En este sentido, expresó la Corte que “la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo, máxime dado el especial y casi centenario cuidado puesto por ésta a los principios de igualdad y de no discriminación en el universo laboral, reafirmados e integrados, para 1998, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (2.d). Así lo demuestra el estudio especial Igualdad en el empleo y la ocupación, elaborado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de dicha Organización, en 1988, íntimamente vinculado con normas fundamentales de esta última, así como con el Convenio N^o 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (ratificado en 1968), de jerarquía supralegal, como todos los de su género, de acuerdo con el art. 75.22, primer párrafo, de la Constitución ... En un análogo orden de ideas se inscriben los estudios especiales de la mencionada Comisión de

En el caso “Sisnero” (2014), la Corte aplicó la doctrina de la carga dinámica de la prueba y sostuvo que la sentencia de la instancia anterior que rechazó la demanda no había respetado los criterios establecidos en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el que aquí se ha planteado, y en consecuencia, ordenó su revocación⁷¹.

Para ello, citó la doctrina expuesta en el precedente “Pellicori”, que parte de asumir que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual, sostuvo el tribunal, “es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de la veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”⁷². A partir de allí, estableció el estándar probatorio aplicable a estas situaciones según el cual “para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos, que prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”⁷³.

Asimismo, expresó que “este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tiene sus orígenes en la jurisprudencia norteamericana y se encuentra actualmente consolidado en el derecho internacional y comparado”⁷⁴.

Expertos, de 1996, homónimo al antedicho (párr. 264); de 1986, titulado Igualdad de remuneración (párrs. 102 y 167), y de 1983 sobre Libertad sindical y negociación colectiva (párr. 280; v. asimismo: Observación individual sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) Uruguay (ratificación: 1989) Publicación: 2010), segundo párrafo)” (considerando 7).

71 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 7.

72 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 5.

73 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 5.

74 Corte Suprema, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., considerando 5.

Desigualdad estructural: deber de revertir patrones de discriminación

La Corte Suprema ha adoptado una concepción estructural de la igualdad. En el caso “Castillo” (2017) ya citado fue explícita al respecto y se vale de manera importante de normas internacionales además del artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional⁷⁵. Señala que estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. Explica la Corte que el análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen⁷⁶. En esta línea, el tribunal argentino expresa que esta perspectiva de la igualdad ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caracterizar al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho humano que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género

75 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, cit., considerando 18. Dijo la Corte allí que: “Que para realizar esa determinación se debe tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del arto 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional (“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, arto 11; “Declaración Universal de Derechos Humanos”, arto 7°; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, art. 24; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, arts. 2.1 Y 26; “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, arts. 2.2 y 3°; “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, arts. 2° a 7°; “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, arts. 2°, 3° Y 5° a 16 y “Convención sobre los Derechos del Niño”, art. 2°)”. Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen”.

76 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, cit., considerando 18.

humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación (Corte IDH. Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 79 y 124)⁷⁷.

En el caso “Sisnero” (2014) antes referido, cabe mencionar el dictamen de la Procuración General de la Nación en tanto se explaya de modo abundante y en mayor medida que la Corte Suprema sobre la noción de igualdad sustantiva. Allí cita la Opinión Consultiva 18/03 al decir que el principio de igualdad y no discriminación no sólo prohíbe la adopción de normas y políticas discriminatorias sino que también exige una actitud activa contra las prácticas que tengan efectos discriminatorios. Luego reitera lo ya dicho sobre el análisis de razonabilidad al que debe someterse cualquier norma o práctica que incluya una categoría sospechosa y la aplicabilidad de estos estándares incluso a las relaciones laborales entre privados⁷⁸. La conclusión de la Procuradora fue que las empresas demandadas no habían logrado acreditar el fin legítimo por el cual excluían sistemáticamente a la actora del puesto para el cual postulaba y respecto del que reunía las condiciones necesarias, particularmente considerando que se trataba de una actividad flagrantemente segregada en base al género⁷⁹.

El dictamen refiere que el Estado y los particulares están obligados a adoptar medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género: “Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político,

77 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, cit., considerando 18.

78 Procuración General de la Nación, caso “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, dictamen, punto V.

79 Procuración General de la Nación, caso “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, cit., punto VII.

económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22).

En particular, el dictamen da cuenta de la recomendación del Comité en el sentido de que los Estados deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). En particular, en sus Observaciones Finales para la Argentina de 2010, expresó su preocupación ‘por la persistencia de la segregación ocupacional’ (párr. 35) e instó al Estado a ‘que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales’ (párr. 36)”.

Por lo tanto, concluye que “es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles”.

A su vez, estableció que el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral sea modificado. En este sentido, estima que “el compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación —correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones— de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales⁸⁰. En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a

80 Con cita a Owen M. Fiss, ‘Groups and the Equal Protection Clause’, *Philosophy & Public Affairs*, vol 5 [1976], págs. 107 ss.; también, ‘A Community of Equals’, Boston, Beacon Press, 1999; y, en especial, en relación con la discriminación en contra de las mujeres, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas’, OEA/Ser. L/V /II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 71, 74, 75 y 77, y sus citas.

los actores responsables por la conformación de este mercado —entre ellos, los responsables por las contrataciones— el deber correlativo de modificarlo”.

Discriminación indirecta

En “Castillo” (2017)⁸¹, la Corte Suprema sostuvo que una ley formulada en términos neutros, sin dar preferencia a ningún grupo o sin dar o quitar derechos, podía, al aplicarse en un contexto social determinado, tener un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Con base en la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (puntos 10 y 12) sostuvo que estas leyes son causantes de una “discriminación sistémica (...) que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”.⁸² Probado el efecto desigual, si el Estado no logra justificar la necesidad del impacto desproporcionado, la norma se volverá violatoria del principio de igualdad y no discriminación y, por ende, inconstitucional.⁸³ La Corte explica que “lo central del razonamiento propuesto es que de no recurrir a un análisis que se centra en la norma como causante de efectos discriminatorios -y, por tanto, constitucionalmente indeseables- el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra vez, se invaliden las prácticas, pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite. Es por ello que resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña”.⁸⁴

81 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12 de diciembre de 2017, considerando 1. La Corte de Justicia de Salta, al ratificar la constitucionalidad de las normas cuestionadas, había manifestado que no violaban la libertad de culto y de conciencia no expresaba preferencias por una religión determinada y permitía optar por no recibir instrucción alguna. Recordó que la Constitución Nacional afirmaba la existencia de Dios y que nuestro país está organizado como una nación católica, religión a la que adscriben la mayoría de los habitantes de Salta. Añadió que la imposibilidad de acceder a la educación religiosa en las escuelas públicas afectaría a los niños de menores recursos o alejados de los centros urbanos, quienes no podrían recibirla en una institución privada. Consideró razonable y no discriminatorio, además, el requisito de comunicar a la autoridad escolar las el tipo de educación religiosa que deseaban –o no– recibir (considerando 2).

82 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, *cit.*, considerando 20.

83 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, *cit.*, considerando 22.

84 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, *cit.*, considerando 23.

El Tribunal tuvo en cuenta que, pese a que la ley era aparentemente neutral –al no mostrar predilección por ninguna religión–, se aplicaba en un contexto social caracterizado por el predominio del catolicismo, y había tenido como efecto la exclusión de los credos minoritarios y la ausencia de alternativas para los no creyentes. Así pues, el artículo 27, inciso ñ, al incluir a la educación religiosa dentro del horario de clases, llegó a favorecer conductas discriminatorias en perjuicio de los niños que no profesaban la religión dominante.⁸⁵

4.2. Derechos laborales y de la seguridad social

La Corte Suprema ha utilizado la jurisprudencia de los órganos de control de derechos humanos respecto de la garantía de los derechos laborales y de seguridad social y de los económicos, sociales y culturales más ampliamente. La Corte Suprema, además, ha aplicado normas de tratados e interpretaciones de órganos internacionales en materia de derecho laboral y de seguridad social, complementando principios y derechos del ordenamiento laboral con el principio de progresividad y no regresividad fuertemente anclado en la jurisprudencia internacional del Comité DESC, Comisión y Corte IDH y ha avanzado un concepto amplio del derecho a la vida.

En este período, la Corte ha apelado profusamente al derecho internacional de los derechos humanos, aplicando normas del campo de los derechos laborales y de la seguridad social de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y convenios sobre distintas materias de la Organización Internacional del Trabajo, entre los más relevantes.

Incluso ha aplicado el Convenio 87 de la OIT sobre Libertad Sindical y le ha asignado rango constitucional al considerar que en tanto el PIDESC y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluyen dicho convenio

85 Corte Suprema, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, cit., considerando 24.

en su normativa y éstos poseen rango constitucional, entonces aquel también debe ser considerado como parte de nuestro ordenamiento interno con igual rango (caso “ATE”, 2008⁸⁶).

De igual modo, ha considerado la jurisprudencia de órganos internacionales para argumentar en favor de interpretaciones amplias y protectoras de los derechos a un nivel de vida digno, a la salud, a una vivienda adecuada, al agua potable y se ha hecho eco de las interpretaciones efectuadas por los órganos de la OIT para dar amplio alcance a los derechos laborales y de la seguridad social.

En particular, la Corte Suprema ha venido apelando a las interpretaciones emanadas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales — órgano de aplicación del PIDESC— en sus Observaciones Generales y Observaciones Finales emitidas luego del proceso de evaluación internacional respecto de países y otros comités (de Argentina y de otros países). Ha considerado Observaciones Generales vinculadas al derecho a la salud, a la vivienda, derechos laborales y a la seguridad social, derechos de las personas con discapacidad, entre otras áreas específicas.

Obligación de progresividad y no regresividad

En relación a la obligación de progresividad y no regresividad, la Corte Suprema la menciona de modo genérico en el caso “Aquino” (2004), como un argumento adicional para sustentar la inconstitucionalidad de la ley de accidentes de trabajo que fundamentalmente basa en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Cita allí la Observación General N° 3 y deja planteado el estándar, pero no realiza un análisis de regresividad en el caso concreto⁸⁷.

En el caso ATE (2013)⁸⁸, la Corte analizó la validez constitucional de la reducción en la retribución de trabajadores públicos, dispuesta por la autoridad municipal de la ciudad de Salta con base en una invocada situación de emergencia económica. Allí sostuvo, utilizando en el caso concreto los criterios de interpretación del Comité DESC, que medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en materia de derechos humanos, tal como

86 Corte Suprema, “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, 11 de noviembre de 2008, considerando 5.

87 Corte Suprema, “Aquino, Isacio Isaac c/Cargo Industriales S.A. s/ accidente de trabajo 9688”, 21 de septiembre de 2004.

88 Corte Suprema, “ATE s/ acción de inconstitucionalidad”, 18 de junio de 2013.

el decreto 5/2003 impugnado, requieren la consideración “más cuidadosa” y deban “justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles”. Existe una “fuerte presunción contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC”. La Corte justifica la utilización de este estándar agravado de revisión fundamentalmente en la Observación General N° 18 del Comité DESC y de modo menos central en las Observaciones Generales N° 14, 15, 17 y 19⁸⁹.

De igual manera, para su comprensión del principio de progresividad y no regresividad, la Corte Suprema se apoya en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú⁹⁰ y en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros - El Salvador⁹¹. Con cita del caso “Acevedo Buendía” de la Corte IDH (voto de juez García Ramírez), la Corte Suprema concluye que la regresividad “contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos”⁹².

En situaciones de emergencia, el Estado puede disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados pero debe cumplir con ciertas condiciones y límites inquebrantables que, según el tribunal, el decreto ha traspasado abiertamente y largamente. Provocó quitas de entre el 20 y el 30% sobre remuneraciones que, por sus más estrechas cuantías, resultaban marcada y particularmente sensibles a una reducción. Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), la quita implicaba emplazar a todas las retribuciones por debajo de la línea de pobreza y a las de menor cuantía apenas por encima de la línea de indigencia. Además, utiliza otras dos premisas relevantes: medidas de

89 Corte Suprema, “ATE s/ acción de inconstitucionalidad”, cit., considerando 9.

90 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú excepción preliminar y fondo, 1-7-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103.

91 Comisión IDH, Informe 27/09, caso 12.249, 20 de marzo de 2009, párr. 105 y ss. Refiere además, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un "orden social justo", convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, del principio según el cual "el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia (art. 45.b).

92 Corte IDH, caso Acevedo Buendía, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21.

ajuste derivadas de crisis económicas y una grave escasez de recursos hacen que los esfuerzos de las autoridades para proteger los derechos sociales deban ser mayores y no menores. Además, se debe priorizar y dar protección especial a las capas más vulnerables de la población (con cita en la Observación General N° 2 y Observaciones finales de Bulgaria, 1999), cuanto más en el campo laboral⁹³.

Contenido mínimo del derecho a la seguridad social

En el caso Etchart (2015)⁹⁴ donde se reclamaba la paridad entre los montos de una renta vitalicia por invalidez otorgada por el sistema privado (AFPJ) y los del haber mínimo de las jubilaciones y pensiones del sistema público, la Corte Suprema incorpora en su análisis si la medida que objetaba el demandante alcanzaba el piso o contenido mínimo del derecho a la seguridad social, concepto articulado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en varias de sus observaciones generales. Haciendo mérito del derecho a acceder a los beneficios de una jubilación (art. 14 bis de la Constitución Nacional y tratados que garantizan el derecho a la seguridad social) sostuvo que las prestaciones de la seguridad social deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho, citando la Observación General N° 19 del Comité DESC. La pretensión vinculada a la renta vitalicia debe analizarse según los propósitos que rigen el sistema previsional: la cobertura de riesgos de subsistencia y la protección integral de la familia. El carácter alimentario y la naturaleza de subsistencia de los beneficios previsionales obligan a dejar de lado fundamentaciones restrictivas y a sostener el principio de favorabilidad⁹⁵.

93 Corte Suprema, “ATE s/ acción de inconstitucionalidad”, cit., considerando 11.

94 Corte Suprema, “Etchart, Fernando Martín c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos”, 27 de octubre de 2015.

95 Expresó la Corte Suprema textualmente: “...en la Observación General N° 19 relativa al derecho a la seguridad social del arto 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité respectivo ha interpretado que resultan aceptables diversas formas de seguridad social siempre que, cualquiera que fuese el sistema elegido, esté amparado por el Estado y se respeten los elementos esenciales del derecho de la seguridad social (conf. punto 5 de la Observación General N° 19), en particular, ha señalado que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de la seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de ese derecho humano (conf. punto 4, observación citada)” (Corte Suprema, “Etchart, Fernando Martín c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos”, cit., considerando 16).

Derecho a la vida como derecho a condiciones de existencia digna

En varios precedentes, el máximo tribunal, se sumó a la visión amplia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida, que incluye las condiciones que permiten tener acceso a una existencia digna y determina el deber del Estado de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna.

En el caso ya citado “R.A, D” (2007)⁹⁶, la Corte se pronunció sobre el requerimiento de residencia mínima de veinte años exigida por la ley para acceder a la pensión por invalidez, y con cita del precedente “Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud” determinó que la restricción a la seguridad social en el caso era de tal magnitud que comprometía el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado constitucionalmente y cuya garantía mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergradable de las autoridades públicas⁹⁷.

De allí con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. Citando el caso “Villagrán Morales y otros” de la Corte IDH (sentencia del 19 de noviembre de 1999), determinó que el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico. Concluye (trayendo a colación el voto de los jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli) que las necesidades de protección de los más débiles “requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna” (párr. 7)⁹⁸.

En este caso, la Corte no solamente utiliza jurisprudencia de la Corte IDH, sino que también acude a otra jurisprudencia internacional para fallar. Así hace mención a la Observación General nro. 5 del Comité de DESC en los siguientes términos: “[l]os regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad.

96 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit.

97 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., considerando 7.

98 Corte Suprema, “R. A., D. c/ Estado Nacional”, cit., considerando 8.

Como se indica en las Normas Uniformes⁹⁹: 'Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo' (Observación General N° 5. Las personas con discapacidad, párr. 28)¹⁰⁰.

En el caso "ATE" (2013)¹⁰¹ la Corte estableció la centralidad del salario como instrumento para obtener acceso a bienes mínimos que permitan a los trabajadores/as llevar adelante una vida digna¹⁰². En este caso, la Corte señala varios principios del derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizado para resolver el conflicto planteado. Entre ellos, puntualiza "el deber (positivo) de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, citando varios casos de la Corte IDH, como el caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay y el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, mayormente cuando el derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a "elevar el nivel de vida" (Observación general N° 18, cit., párr. 26; Declaración Socio-Laboral del Mercosur, art. 14), el cual especifica la obligación general de asegurar el derecho de las personas "a una mejora continua de las condiciones de existencia" (PIDESC, art. 11.1. Y, por el otro, el compromiso (negativo) de "respetar" los mentados derechos, lo cual le requiere abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado (Observación general N° 18, cit., párr. 22).

Es evidente que si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas positivas, con mayor razón está obligado a no adoptar las que contradigan dicha obligación (Corte IDH, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50

99 La referencia es a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, anexo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/96, 20-XII-1993.

100 CSJN, "R. A., D. c/ Estado Nacional", 4 de septiembre de 2007, cit., considerando 6.

101 Corte Suprema, "ATE s/ acción de inconstitucionalidad", cit., considerando 10.

102 Allí la Corte estableció que el salario "es uno de los medios mayores, por cierto, que tributan o tienden a posibilitar que la persona humana pueda llevar una vida digna en la existencia, lo cual deriva, naturalmente, de su dignidad esencial" (considerando 8).

y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, párr. 26; 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, párrs. 33 y 36)¹⁰³.

Otros derechos sociales: derecho a la vivienda

Si tenemos en cuenta otros derechos sociales, la Corte Suprema de igual modo ha venido tomando en cuenta de manera incremental el derecho internacional de los derechos humanos. En materia de derecho a la vivienda, en “CEPIS” (2016)¹⁰⁴, caso de gran trascendencia social debido a un fuerte aumento de las tarifas de los servicios públicos decretadas por el Poder Ejecutivo sin consulta o participación social de ninguna naturaleza, la Corte Suprema resolvió que la audiencia pública es de cumplimiento obligatorio previo a decretar aumentos de tarifas dispuestos por el Poder Ejecutivo en el servicio de gas. Allí, consideró el derecho a la vivienda como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1 del PIDESC) y lo conceptualizó desde una mirada comprensiva. Con cita – por primera vez – de la Observación General N° 4 del Comité DESC, sostuvo que el derecho a una vivienda adecuada incluye servicios públicos básicos, como gas y electricidad y que los servicios públicos deben ser asequibles, es decir accesibles en términos económicos¹⁰⁵.

Asimismo, manifestó que en el reajuste de tarifas se deben tener en cuenta criterios como la razonabilidad, gradualidad y universalidad del servicio básico. Agregó que “la tarifa no puede ser ‘confiscatoria’, en tanto detraiga de

103 Corte Suprema, “ATE s/ acción de inconstitucionalidad”, cit., considerando 10.

104 Corte Suprema, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18 de noviembre de 2016.

105 Dijo la Corte textualmente: “A estos fines adquiere especial significación el criterio que surge de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, titulada “El derecho a una vivienda adecuada”, del 13 de diciembre de 1991, en la que se emitió opinión sobre el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). En el punto 8.b se afirma que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, y que todos “los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado” (considerando 33).

manera irrazonable una proporción excesiva de ingresos del grupo familiar”¹⁰⁶. Haciendo mérito de la Observación General 4 (punto 8.c) adujo que “los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción' de otras necesidades básicas" propiciando que los Estados adopten "medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso”¹⁰⁷.

En un caso anterior, “Quisberth Castro” (2012), de gran relevancia para el derecho a la vivienda, donde se ponía en juego la política de atención a las personas en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires, la Corte aplicó por primera vez el concepto de garantía mínima o contenido mínimo, derivado de la obligación de adoptar medidas de manera progresiva que fue precisado por el Comité DESC en su Observación General N° 3 y luego reiteradamente invocado en sucesivas observaciones generales.

A la luz de este concepto, el tribunal descarta que los paradores nocturnos ofrecidos por el Gobierno de la CABA a las personas en situación de calle, puedan ser considerados como la garantía mínima del derecho a la vivienda¹⁰⁸. Esta interpretación sumamente restringida, inconstitucional y opuesta a los principios más elementales del derecho a la vivienda había sido adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de CABA. Sin embargo, la Corte Suprema acota la aplicación de este concepto cuando considera que esta garantía opera cuando está amenazada “la existencia misma de la persona”¹⁰⁹. En el caso se encontraba en juego el derecho a una vida digna y a una vivienda adecuada de

106 Corte Suprema, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, cit., considerando 33.

107 Corte Suprema, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, cit., considerando 33.

108 La Corte Suprema ordena brindarle una asistencia integral en materia de salud para el niño, vivienda adecuada con todas las condiciones de habitabilidad, seguridad, salubridad, etc. para ambos y trabajo para la madre a través de la acción articulada entre distintas agencias del Estado. El voto del juez Petracchi, detalla los principios que deben considerarse en la planificación de políticas públicas en esta materia. Allí determina la utilización de test de escrutinio estricto. Cuando surge que políticas y recursos afectados al cumplimiento de este derecho, dejan al margen a los sectores más desprotegidos de la sociedad, existe una presunción de que las políticas son irrazonables, inconstitucionales y por tanto se invierte la carga de la prueba y es el Estado quien debe demostrar que tuvo en cuenta el orden de prioridades de la Constitución Nacional y se afectaron los recursos de acuerdo a ese orden.

109 La Corte Constitucional Colombiana ha fijado una amplitud mayor al concepto de garantía mínima o niveles mínimos de los derechos. Véase la sentencia T-025/04.

una persona con su hijo menor quien padecía una seria discapacidad. Habrá que estar pendiente de la evolución de la jurisprudencia para determinar si este concepto servirá para ampliar la protección de los derechos sociales o dejarlos en un umbral sólo referido a situaciones de extrema vulnerabilidad.

5. Recapitulando: apuntes finales

La Corte Suprema de Justicia ha utilizado de manera profusa el derecho internacional de los derechos humanos en sus decisiones y en ocasiones los estándares del sistema interamericano de derechos humanos han sido determinantes en la orientación de la solución adoptada en los casos analizados. No abogamos aquí por una adopción acrítica de las decisiones internacionales por parte de la Corte Suprema y en general por los tribunales inferiores, pero indudablemente la adopción de pactos de derechos humanos con jerarquía constitucional ha reconfigurado el panorama normativo y el acervo jurisprudencial que debe ser tenido en cuenta por los tribunales locales y los otros poderes del estado.

Recapitulando, podemos observar un alto grado de utilización de normativa internacional en las decisiones de la Corte Suprema en las áreas seleccionadas, así como de las decisiones de los órganos creados para su interpretación y aplicación. En los casos analizados, la Corte Suprema no sólo ha tomado en cuenta estas interpretaciones sino que en muchas ocasiones, su consideración parece ser decisiva para la orientación de la solución dada al caso. En particular, respecto del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Suprema ha tomado interpretaciones de la Corte IDH sobre la entidad de este principio tanto a nivel interno como internacional y su carácter de *jus cogens* y a partir de allí ha evolucionado en doctrinas claves en la materia y acordes a los avances registrados en el derecho internacional de los derechos humanos.

A su vez, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH el tribunal ha determinado la aplicación horizontal de este principio, es decir en el marco de las relaciones entre particulares, fortaleciendo un estándar que ya había esbozado varias décadas atrás y dando cuenta de la importancia de que este derecho sea garantizado en el ámbito privado, en particular en el campo del derecho laboral.

Adicionalmente, la Corte Suprema utiliza normas del sistema internacional que prohíben la discriminación en función de ciertos motivos prohibidos y a partir

de allí y tomando además interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre normativa similar del convenio europeo y jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, construye la doctrina de las categorías sospechosas y el test de escrutinio estricto para evaluar distinciones efectuadas en razón de motivos prohibidos por la normativa internacional. El tribunal reconoce que el fundamento de esta doctrina es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

La Corte ha sufrido una importante evolución en esta materia consolidando la utilización de esta doctrina en una serie de casos vinculados a distinciones realizadas en función de los motivos prohibidos (en especial la nacionalidad y el origen nacional) de hasta reafirmarla recientemente en el caso “Castillo” de 2017. Este cambio implica otorgar una protección de mayor intensidad a las personas que sufren discriminación al poner en cabeza del Estado mayores cargas de justificación y probatorias respecto de la existencia de un accionar discriminatorio.

De igual modo, la Corte avanza hacia un modelo de igualdad sustantiva o estructural, igualdad como no sometimiento, donde considera al individuo en tanto integrante de un grupo. Esta perspectiva toma en cuenta el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados.

En el campo de los derechos sociales, en particular el de los derechos laborales y de seguridad social, la Corte ha tomado un concepto amplio de derecho a la vida, fundamentalmente extraído de decisiones de la Corte IDH que en los últimos años ha adoptado un enfoque que extiende el alcance del derecho a la vida tradicionalmente entendido desde un punto de vista de las obligaciones negativas del Estado hacia un concepto que incluye el deber estatal de adoptar medidas positivas y efectivas en pos de generar condiciones de vida digna para las personas. Este derecho ha sido considerado en conjunto con las garantías laborales del salario mínimo y el monto de la seguridad social. Además, la Corte ha recurrido en varias oportunidades al principio de progresividad y no regresividad, contenido en pactos que protegen derechos económicos, sociales y culturales y precisado por los órganos de control, en particular por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

para invalidar normas que retrocedían en el reconocimiento y garantía de derechos laborales, entre ellos el derecho a un salario digno. Asimismo, la Corte ha delineado el concepto de nivel mínimo o garantía mínima de los derechos sociales, entre ellos el derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda, tomando como las interpretaciones del Comité DESC del principio de desarrollo progresivo de los derechos sociales.

Por último, y retomando lo expresado en la introducción de este trabajo, debemos mencionar que a la par de este panorama favorable configurado en los últimos años, en coincidencia con el cambio de gobierno ocurrido en diciembre de 2016 así como en la composición de la Corte Suprema¹¹⁰, decisiones recientes de ese tribunal ha venido a poner en duda el valor, peso e impacto del derecho internacional de los derechos humanos y su consideración en el ámbito judicial específicamente, pero con implicancias para todos los poderes del Estado.

En la citada decisión en el caso “Fontevéchia”¹¹¹, a partir de un cambio abrupto de la doctrina mantenida hasta el momento, la Corte Suprema pone en cuestión el valor vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y limita las posibilidades de su implementación en casos contenciosos contra Argentina¹¹². Pero además, y quizás el punto más

110 A partir de junio de 2016, la Corte Suprema quedó compuesta con dos magistrados nombrados durante el gobierno de Mauricio Macri, de la alianza partidaria Cambiemos: Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti, jueces que aceptaron ser nombrados por el Poder Ejecutivo en comisión, un mecanismo de dudosa constitucionalidad, aunque finalmente y debido al rechazo judicial, político y social generalizado, debieron someterse a los pasos estipulados en la Constitución Nacional para el nombramiento ordinario de los jueces del máximo tribunal.

111 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Causa 368/1998(34-M)/CS1, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (caso “Fontevéchia”), 14 de febrero de 2017.

112 Entre los numerosos comentarios críticos a esta decisión, pueden citarse: Abramovich, Víctor, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso ‘Fontevéchia’” de la Corte Suprema, Revista Pensar en Derecho N° 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2017, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/revista-pensar-en-derecho-10.pdf>; Pinto, Mónica, exposición en la charla debate, Los Derechos Humanos en cuestión. Alcances de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, organizada en la Facultad de Derecho el 3 de abril de 2017, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Iw7g2hfMM-U>; Furfaro, Lautaro, “Las ataduras al mástil reforzado de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso *Fontevéchia* de la Corte IDH”, Revista Pensar en Derecho N° 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2017; De Antoni, Román, *¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo “Fontevéchia”*, disponible en el Blog Palabras de Derecho, 15 de febrero de 2017; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Sobre el caso

grave y controvertido de esta decisión, es que el cambio que impulsa aparece infundado, escasamente meditado y con serios problemas de argumentación. La decisión desdeña o incluso parece desconocer principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional público así como la estructura de funcionamiento de los sistemas de protección de derechos humanos.

En igual sentido, se inscribe la sentencia de aquel tribunal en el caso “Muiña”¹¹³, donde haciendo caso omiso de estándares internacionales, permite la reducción del período de privación de libertad a militares condenados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico militar¹¹⁴.

Bajo un prisma esperanzador, cabe mencionar que esta decisión provocó una reacción social poderosa que implicó una masiva movilización a la Plaza de Mayo y el tratamiento legislativo de urgencia de un proyecto de ley para neutralizar la decisión judicial, que resultó votado por todo el arco político. En el mismo sentido, fiscales y tribunales de instancias inferiores, ante peticiones de militares condenados de que se les aplique el beneficio del 2x1, adoptaron en general una postura contraria a su otorgamiento¹¹⁵ y expertos nacionales e internacionales rechazaron la actuación de la Corte Suprema¹¹⁶. El contundente reclamo social y político frente al caso “Muiña” da muestras de que hay umbrales alcanzados que representan un consenso social mínimo en materia de derechos humanos que no pueden traspasarse y menos aún, a partir de la decisión de un

"Fontevicchia y otros c/ República Argentina", Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los derechos humanos en la Argentina, 18 de febrero de 2017. Otras posturas críticas pueden encontrarse en el blog “Saber Leyes no es Saber Derecho” en <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>. En una posición intermedia, véase Gargarella, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, Suplemento La Ley, 23 de febrero de 2017.

113 CSJN, Causa 1574/2014/RHI, “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/Recurso Extraordinario” (caso “Muiña”), 3 de mayo de 2017.

114 La ley 22.390 establece que a partir de los dos años de prisión sin condena firme se cuenta cada día de prisión preventiva como “dos de prisión o uno de reclusión”. El beneficio es conocido como 2x1.

115 Por ejemplo, en línea con lo dictaminado por el fiscal general competente, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó la aplicación del cómputo de “2x1” al ex Jefe de Institutos Militares de Campo de Mayo, Santiago Omar Riveros.

116 Un grupo de expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas solicitaron a la Corte Suprema de Justicia de Argentina que considere la revisión de su fallo y reconozca la extrema gravedad de los crímenes de lesa humanidad y el requisito de asignar penas apropiadas y proporcionales a las personas condenadas por estos delitos.

grupo reducido de jueces faltos de representatividad social y política¹¹⁷. Hasta el momento, la Corte no se ha expedido sobre la aplicación de la nueva ley¹¹⁸ que exceptúa de la aplicación del beneficio del 2x1 a los responsables por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, se ha pronunciado en dos casos donde parece volver sobre sus pasos, al menos parcialmente. En este sentido, la Corte ha resuelto tomar en consideración una de las formas de cumplimiento sugeridas por la Corte IDH en el caso “Fontevecchia”. En su resolución del 18 de octubre la Corte Interamericana interpretó que el Estado Argentino podía cumplir con su orden original mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia” como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana” (párrafo 21). La Corte Suprema entendió que la interpretación formulada por la Corte Interamericana es consistente con su decisión de febrero de 2017, ya que una medida como la sugerida no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27). Por ello, ordenó que se asiente junto a la decisión en el caso la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 21 de noviembre de 2011)”¹¹⁹.

Por otro lado, en el caso de la referente política y social Milagro Sala, a quien se le dictó la prisión preventiva en el marco de un proceso penal, la Corte Suprema requirió a las autoridades judiciales a cuya disposición está detenida que, con urgencia, se cumpla con la decisión dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre que resolvió que debe sustituirse la prisión preventiva de la Sra. Sala por la medida alternativa de arresto domiciliario o por cualquier otra medida menos restrictiva¹²⁰.

117 Recientemente un grupo de organismos de derechos humanos, presentaron un pedido de juicio político contra los ministros Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco por “mal desempeño de sus funciones”. Critican a los jueces por la sentencia en el caso “Muiña” en tanto entienden que favorecieron la impunidad de los responsables del terrorismo de Estado.

118 Ley 27.362

119 Corte Suprema, Resolución Nro. 4015/17 de fecha 5 de diciembre de 2017.

120 Corte Suprema, “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 5 de diciembre de 2017.

Resta por ver cuáles serán las proyecciones de las decisiones que iniciaron en rumbo regresivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. La pregunta más relevante que surge es si quedarán como precedentes aislados o si marcarán un giro permanente hacia una recepción más tibia o incluso refractaria a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

Referencias

ABRAMOVICH, Víctor, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Comentarios sobre el caso ‘Fontevicchia’ de la Corte Suprema”, *Revista Pensar en Derecho* N° 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2017, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/revista-pensar-en-derecho-10.pdf>

ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Ed.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década.*, Buenos Aires: CELS, 2007.

DE ANTONI, Román, *¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo “Fontevicchia”*, disponible en el Blog Palabras de Derecho, 15 de febrero de 2017;

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Sobre el caso "Fontevicchia y otros c/ República Argentina"*, Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los derechos humanos en la Argentina, 18 de febrero de 2017.

FILIPPINI, Leonardo, GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín, “El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse”, 2010, disponible https://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf

FILIPPINI, Leonardo. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo; reflexiones a la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz*, *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 8, n° 01, p. 191-202, 2007.

FURFARO, Lautaro, “Las ataduras al mástil reforzado de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso *Fontev ecchia* de la Corte IDH”, *Revista Pensar en Derecho* N° 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2017.

GARGARELLA, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *Suplemento La Ley*, 23 de febrero de 2017.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino”, 2011, disponible en <https://es.slideshare.net/apuntesallprint/dip-gonzalez-napolitano-silvina-s-las-relaciones-entre-el-derecho-internacional>

KRSTICEVIC, V. y TOJO, L. (Coord.) *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Derechos Humanos y Políticas Públicas Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires, CEJIL: 2007.

MAUÉS, Antonio Moreira, *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial em MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (organizadores), O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos, Brasil, Argentina, Colombia e México*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAUÉS, Antonio Moreira y MAGALHAES, Breno Baía, “A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais Nacionais: Sentenças Paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil” en MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (organizadores), *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos, Brasil, Argentina, Colombia e México*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PINTO, Mónica. El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Ed.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década.*, Buenos Aires: CELS, 2007, p. 119-152.

_____. National and International Courts: deference or disdain? *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Vol. 30, n^o 03, 2008, p. 247-273

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 2, p. 269–295, 2003.

ROSSI, Julieta y FILIPPINI, Leonardo, “El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, en P. Arcidiácono, N. Espejo and C. Rodríguez-Garavito, *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, CELS y Universidad Diego Portales, 2010.

ROSSI, Julieta, “Ejecución de Decisiones internacionales en materia de derechos humanos por tribunales domésticos en Argentina: el giro a partir del caso ‘Fontevicchia’”, en MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (organizadores), *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos, Brasil, Argentina, Colombia e México*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SABA, Roberto, “La Corte Suprema y los Derechos Humanos como ideales sociales. A propósito del caso Bignone”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N^o 06, julio de 2017.

CLERICO, Laura, ALDAO, Martín y RONCONI, Liliana, “Igualdad” en Gargarella R. / Guidi S. (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016.

TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, 2011, 181-216.

La recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH en casos de derechos sociales resueltos por la Corte Suprema de Justicia Argentina

Liliana Ronconi¹

Lucía Montes²

Introducción

Desde la última reforma constitucional del año 1994 el derecho internacional de los derechos humanos ha cobrado especial importancia en el ordenamiento jurídico interno y ha dado lugar a grandes modificaciones legales e institucionales.³ Ello en virtud de la incorporación en el art. 75 inc. 22 de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se otorgó jerarquía constitucional, estableciéndose, a su vez, el mecanismo para otorgarles esa jerarquía a otros tratados de derechos humanos en el futuro.

Especialmente, cabe destacar que el desarrollo internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) ha reconfigurado las

-
- 1 Doctora en Derecho (UBA), Becaria de Post-Doctorado CONICET. Coordinadora del área de Investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Email: lronconi@derecho.uba.ar
 - 2 Abogada (UBA), M.Sc. en Sociología (UvA). Miembro del equipo de Investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Email: luciamontes87@hotmail.com
 - 3 Algunos ejemplos de ello lo constituyen la reapertura de los juicios contra los responsables de crímenes de lesa humanidad en la última dictadura tomando como base lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Barrios Altos”, la sanción de la Ley de Migraciones 25.871 en el año 2003 como consecuencia de una solución amistosa en el marco de una petición ante la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, CIDH), entre otros. Es posible notar que esta incorporación no está libre de objeciones. Sin embargo, no nos detendremos en ellas en este trabajo. Al respecto, ROSENKRANTZ (2005); FILIPPINI (2007); ABRAMOVICH (2011). En particular en Argentina el debate se hizo más presente luego de que la CSJN resolviera el caso en el caso “Fonteviechia”. Al respecto, v. AAVV (2017); PINTO/MAISLEY (2019).

posibilidades de institucionalidad al pasar de un enfoque asistencial de las políticas sociales, considerando a la persona como mero beneficiario, a otra en la cual esta se transforma en titular de derechos pudiendo reclamar su cumplimiento (ABRAMOVICH/ PAUTASSI, 2009).⁴ De esta manera, las facultades discrecionales de las autoridades administrativas quedan delimitadas por las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁵ En lo que respecta, al reconocimiento de DESC nos encontramos frente al siguiente panorama: a) en el ámbito interno, en especial en Argentina, abundan casos sobre reconocimiento a violaciones de DESC (vivienda, salud, educación, entre otros) (BERCOVICH/ MAURINO, 2013; CLÉRICO/ RONCONI/ ALDAO, 2013; BENENTE, 2018) donde el derecho internacional ha tenido una fuerte influencia, sin embargo, como veremos esta situación no se verifica en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN); b) en el ámbito interamericano, en especial en la Corte IDH, los casos que se han resuelto alegando una violación directa a derechos sociales son escasos.

En el presente trabajo se analiza en primer lugar 1) los estándares en materia de DESC existentes en el sistema interamericano (en adelante, SIDH) y luego 2) la receptividad que ha dado la CSJN al derecho internacional de los derechos humanos en los casos de derechos sociales dictados durante los últimos 10 años (2007-2016).⁶ Con este propósito, se analizarán diversas sentencias donde, entendemos, se encontraba en juego 2.a) el derecho a la salud, 2.b) el derecho a la educación y 2.c) el derecho a la vivienda y 2.d) derecho a la alimentación, agua potable y medio ambiente,⁷ precisando el rol que los

4 En Argentina los derechos sociales fueron incorporados en el art. 14 bis en la reforma constitucional del año 1957 (artículo que continua vigente). Sin embargo, “la mayor parte de la doctrina constitucionalista sostuvo entonces que se trataba de derechos “progrmáticos” esto es, que no pueden exigirse judicialmente sin una reglamentación previa del Congreso o del Ejecutivo, o que su texto indica que se requiere una ley para su vigencia efectiva” (ETCHICHURY, 2013: 740).

5 Esta nueva concepción no solo se ha reflejado a nivel local sino también regional a través del MERCOSUR, proceso de integración que ha incorporado una faceta social y de derechos humanos en la construcción de institucionalidad. V. ROSSI, 2013.

6 El relevamiento de las sentencias se llevó a cabo por un grupo de estudiantes y jóvenes graduados/as de la Facultad de Derecho de la UBA en el marco de un proyecto de Investigación sobre Estándares de DIDH y aplicación del derecho local desarrollado del Centro de Derechos Humanos (<http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/nuestro-trabajo/exigibilidad-de-desc-problemas-actuales.php>)

7 La selección de estos derechos se debe a entender a los mismos como los más novedosos reconocidos y cuya vigencia a sido más cuestionada en el plano dogmático y jurisprudencial, no sucediendo lo mismo con los derechos sociales clásicos como los laborales y los de seguridad social. Al respecto, v. J. Rossi en esta publicación

estándares internacionales en materia de DESC y en especial las sentencias de la Corte IDH han tenido en el ámbito local. Esto nos permitirá afirmar que, por un lado, existe escaso desarrollo en el ámbito interamericano, en especial en la Corte IDH, de estándares aplicables a los DESC.⁸ A su vez, en el ámbito local, si bien es amplio el reconocimiento de DESC, este se realiza con escasa utilización/ aplicación del DIDH.

1. Los DESC en el sistema interamericano

En el plano internacional, las normas que protegen los DESC son el art. 26 de la CADH,⁹ el PIDESC,¹⁰ y otras que se refieren a grupos específicos (mujeres, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescente, entre otros), entre aquellas que gozan de jerarquía constitucional en Argentina.

Asimismo, el Protocolo de San Salvador (en adelante, PSS) complementa este entramado normativo sobre derechos sociales. En su artículo 1 establece que los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento. Resulta de suma importancia hacer hincapié en que este instrumento, ya que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 2.1 del PIDESC, se establece que se debe tener en cuenta el grado de desarrollo de los Estados parte a la hora de medir el cumplimiento de estos derechos.

En el SIDH la Corte IDH se ha caracterizado, en general, por no utilizar la perspectiva DESC sino que en su enfoque prevalece una lectura del caso en clave de violación de derechos civiles y políticos (Ronconi, 2016). En este sentido, en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentra desarrollado, y fuertemente arraigado, el reconocimiento de los DESC pero solo de manera indirecta. Su protección se logra por medio de un derecho civil (derecho a

8 El objetivo del artículo no es hacer una retrospectiva de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales. Al respecto, entre otros, v. ROSSI/ABRAMOVICH (2009); KRSTICEVIC (2006); PARRA VERA, (2018), entre otros.

9 Estableciendo el compromiso de los Estados a adoptar medidas para el desarrollo progresivo de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y culturales incorporadas a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires (1967).

10 Sobre el impacto del PIDESC en América Latina, v. PINTO/ SIGAL (2018).

la vida “digna”, a la integridad personal, entre otros); sin embargo no existe, sino hasta hace muy poco, un reconocimiento directo de la violación de un derecho social.¹¹

En este sentido, la Corte IDH ha tenido una primera aproximación a la temática, en materia de seguridad social, recién en el año 2003, donde se expidió a favor de la justiciabilidad de los DESC en forma autónoma por violación del art. 26 de la CADH, específicamente de la obligación que le corresponde al Estado de garantizar condiciones mínimas del derecho, de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos (principio de progresividad) y, correlativamente, del “deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas” (COURTIS, 2014: 660). Aparece, sin embargo, una postura ambivalente en relación con el principio de no regresividad. En el caso “Cinco Pensionistas”,¹² el Tribunal debía pronunciarse en relación con la adopción de un Decreto que reducía las pensiones que debían cobrar las víctimas del caso. Allí la Corte sostuvo que el análisis de una violación de una obligación en relación con los DESC debe basarse en el examen del disfrute de la totalidad de esos derechos por parte de la población en general. Como en el caso solo se trataba de la afectación de un grupo reducido de personas la Corte omitió pronunciarse sobre la violación al art. 26 CADH. Posteriormente, en el caso “Acevedo Buendía”, la Corte define sus alcances jurisdiccionales sosteniendo que tiene competencia para analizar la violación al artículo 26 de la CADH y establece los alcances del principio de progresividad/ no regresividad. En cuanto a la progresividad de los DESC, sostuvo la Corte IDH que debe medirse en cuanto a la creciente cobertura de ellos sobre la totalidad de la población y teniendo en cuenta los imperativos de la equidad social y no sobre una persona o un grupo determinado que no necesariamente representan al todo de la sociedad. Toda medida de naturaleza legislativa, que resulte regresiva de los

11 Se podría argumentar que la Corte carece de competencia para analizar la violación de tales derechos ya que el PSS establece que solo tiene competencia en los casos relativos a educación y derechos sindicales (Art. 19). Sin embargo, consideramos que tal objeción se ve saldada por aplicación del art. 26 de la CADH y la plena competencia que tiene la Corte IDH al respecto, y que ella misma ha reconocido.

12 Previamente a este fallo la Corte IDH resolvió otros casos, por ejemplo, el caso “Niños de la Calle” y se refirió al “derecho a la vida digna” que tenían los menores, estableciendo implícitamente obligaciones para los Estados en materia de DESC.

DESC, será a su vez violatoria de la obligación de progresividad (párr. 107). Agrega, además, que si un Estado adoptara una medida regresiva, la misma se deberá analizar en función de las circunstancias concretas del país que se trate y a la luz de ciertos criterios objetivos (párr. 103).

Posteriormente, en materia de educación, la Corte se enfrentó al caso Yean y Bosico.¹³ En este caso el Estado negó la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, solicitada mediante el procedimiento de declaración tardía, a pesar de haber nacido en territorio dominicano. La falta de reconocimiento de la nacionalidad ponía a las niñas en una situación de peligro inminente de ser expulsadas del país; además, no podían ingresar a la escuela ni acceder a servicios de salud y asistencia social por carecer de un documento de identidad. La Corte resolvió que el estado dominicano violó los derechos por la falta de adopción de medidas de protección, a la igualdad y no discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos de ciudadanía debido a su ascendencia. La Corte IDH reconoce la situación estructural de desventaja del grupo pero aplicando un argumento de igualdad no desde el argumento del incumplimiento del Estado de sus obligaciones en materia de DESC (por ejemplo, por violación del derecho a la educación).

Años más tarde, la Corte resolvió el caso “Artavia Murillo”, en el cual se cuestionaba una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica por la cual se declaró inconstitucional un Decreto Ejecutivo que autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La sentencia de la Sala Constitucional implicó que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas y una clara violación de las obligaciones que le corresponden al Estado y que se desprenden del art. 26 de la CADH (progresividad y no regresividad) en materia de derecho a la salud. Sin embargo, en el caso, el argumento fuerte aparece vinculado al derecho a la no violación de la vida

13 Otros casos donde pudiera haber existido reconocimiento de la violación de distintos derechos sociales son Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor”; Caso “Ximenes Lopes”; Caso “Montero Aranguren”; entre otros.

privada y la no discriminación, pero no aparece el argumento relativo a la obligación que tiene el Estado de no volver hacia atrás en el reconocimiento de derechos (no regresividad del derecho a la salud, por ejemplo).

En los últimos dos casos presentados estaban en juego derechos sociales, educación y salud respectivamente, sin embargo estos no aparecen en el argumento de la Corte IDH. En ambos casos, se trataba de un incumplimiento del art. 26 de la CADH, pues implicaban una violación al principio de “no regresividad”.

Años más tarde comienza a vislumbrarse, un enfoque distinto en el reconocimiento de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH. El caso “Gonzales LLuy” fue paradigmático en este sentido. En este caso se reclamaba por la violación de diversos derechos de Talía Gabriela Gonzales Lluy y su familia. Cuando Talía tenía tres (3) años de edad fue contagiada con el virus de VIH al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica privada de salud. Se determinó que la sangre transfundida a Talía estaba contagiada con el virus y no había sido (suficientemente) analizada en el banco de sangre ni en la clínica. Más allá de las idas y vueltas judiciales, la vida de Talía y su familia sufrió un fuerte impacto desde el contagio de VIH a la niña: a) Afectación en la salud de Talía y en la de su familia; b) Situación de pobreza de la familia; y c) Derecho a la educación de Talía.

El caso fue celebrado desde diversos ámbitos de los derechos humanos (activistas, académicos) ya que fue la primera vez que la Corte IDH reconoce la violación de un derecho garantizado en el PSS (art. 13, educación). Sin embargo, las críticas pueden dirigirse en dos sentidos:

a) Si bien en el caso, existe un reconocimiento de la violación al derecho a la educación (art. 13 PSS) esta se otorga en función de su fuerte vinculación con el principio de igualdad y la razonabilidad (proporcionalidad) de la distinción efectuada por las autoridades educativas (separar a la niña de la escuela). Abordar el caso solo por trato discriminatorio parece mostrar que se trata de un caso aislado de violación de DESC, cuando en el contexto latinoamericano la falta de acceso o goce de los derechos sociales para las poblaciones más vulnerables (como por ejemplo las personas portadoras de VIH) indica que es necesario reforzar el reconocimiento de estos derechos y las obligaciones del Estado en la materia. Como la propia Corte reconoce, en el caso no sólo existió discriminación por ser una persona con VIH sino principalmente por falta de acceso a los derechos sociales básicos por parte de Talía (salud, educación,

vivienda) y su familia (salud, vivienda, derechos laborales, entre otros). No se trata entonces de un caso individual de violación sino de la situación en la que se encuentran los DESC en la región.

b) La Corte IDH reconoció la violación del Derecho a la vida y a la integridad personal de Talía y su familia sin embargo es poco lo que dice respecto de la violación del derecho a la salud. Solo reconoce la violación del derecho a la salud, pero por conexión con otros derechos. En este sentido, la Corte recordó la fuerte interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales, reconociendo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos sino que además deben adoptar medidas positivas, en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho. Lo que estaba en juego era principalmente el derecho a la salud de Talía y su familia. Específicamente, la obligación que le corresponde al Estado (en virtud del art. 26 CADH) de garantizar condiciones mínimas del derecho y de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos. El Estado no garantizó las condiciones mínimas para realizar transfusiones de sangre seguras y esto es contrario a la obligación de progresividad. El reconocimiento de la violación directa al derecho a la salud (no vía un derecho clásico) requiere necesariamente la determinación de las obligaciones concretas del Estado en la materia.

En este caso, el Juez Ferrer Mac-Gregor parece ir más allá, pues si bien aclara que está de acuerdo con el voto de la mayoría, emite su voto porque considera necesario “enfaticar y profundizar algunos elementos del caso, que consider[a] fundamentales para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: (...) II) la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana (...); y III) la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano (...)” (cons. 4).¹⁴

14 Esta postura ya había sido sostenida por el Juez Mac-Gregor en voto concurrente en el caso Corte IDH, Caso “Suárez Peralta”, y será reiterada en el voto concurrente en el caso Caso “Chinchilla Sandoval”. En el primero de los casos, se trataba la violación de diversos derechos de la Sra. Suarez Peralta a raíz de una intervención quirúrgica llevada a cabo por una persona que no tenía habilitación como profesional de la salud, lo que derivó en una mala praxis médica, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, provocando distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana. Si bien la Corte resuelve el caso a favor de la actora, el Juez Mac-Gregor argumenta sobre la posibilidad de haber abordado el caso

Respecto de la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa sostiene que la Corte IDH tiene plena competencia para atender en el caso y declarar la violación de ese derecho en virtud del art. 26 de la CADH.¹⁵ Afirma que, pese a los avances producidos en la protección de los DESC, la protección por vía indirecta “no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia” (cons. 15).

Este es el punto, la determinación de una violación directa de un derecho social (como por ejemplo, el derecho a la salud), constituye una herramienta orientadora de las obligaciones de los Estados en materia de DESC. En este sentido, “hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, (...). Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud” (párr.

desde el derecho a la salud de manera directa y autónoma (artículo 26). Sostuvo, en el párrafo 11 de su voto que “sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de todos los derechos conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos. Opinión que reiteraría en el párr. 71 del Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. En un sentido similar había manifestado su voto concurrente la Jueza Margarette May Macaulay en el caso “Furlán”, analizando “el tema de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1). En el mismo sentido, puede leerse el voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso “Canales Huapaya”.

- 15 Al respecto, afirma que “es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José” (cons. 15).

15). La justiciabilidad directa “implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública” (párr. 102).

Por su parte, en el caso “Lagos del Campo” la Corte IDH reconoce la violación directa del art. 26 de la CADH,¹⁶ recordando su competencia para atender y resolver en controversias relativas a este artículo. El Sr. Lagos del Campo fue despedido como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de una empresa. En las instancias internas este despido se entendió como justificado. La Corte IDH entiende que la estabilidad laboral queda amparada por el art. 26 de la CADH (desarrollo progresivo).¹⁷ Dio por probado que se trató de un despido discriminatorio originado en las manifestaciones del Sr. Lagos del Campo y sostuvo que ante un despido discriminatorio el Estado “no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros” (párr. 151), vulnerando la estabilidad laboral y demás beneficios de la seguridad social. Tenemos entonces aquí una nueva sentencia en donde la mayoría reconoce la violación directa al art. 26 de la CADH en lo relativo a derechos laborales.

Por último, y en forma muy reciente, la Corte IDH resolvió el caso “Poblete Vilches” en el cual se declaró la violación del art. 26 de la CADH en tanto el estado chileno no garantizó a la prestación de medidas de carácter básico (*contenido mínimo*) del derecho a la salud. El señor Vinicio Antonio Poblete Vilches falleció el 7 de febrero de 2001, a la edad de 76 años. Días antes ingresó al Hospital Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Estuvo durante cuatro días hospitalizado en la UCI Médica. Luego, ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos. Días después el señor Poblete Vilches fue dado de alta pese al mal estado de salud en el que se encontraba. Días después fue nuevamente ingresado al Hospital donde se les informó a los familiares que tenía una “simple bronconeumonía” que requería que ingresara a la unidad de cuidados intensivos y el apoyo de ventilador mecánico. Este ingreso no fue garantizado pues no había camas disponibles. Tampoco el ventilador y la familia

16 Solo los jueces Vio Grossi y Sierra Porto votaron en contra en este punto.

17 Es necesario tener presente, que la Corte IDH se manifiesta sobre el punto (estabilidad laboral) aun cuando no había sido solicitado por la CIDH, sin embargo surgía de las manifestaciones del Sr. Lagos del Campo como de los reclamos en las instancias internas la posible violación a este derecho.

carecía de recursos para poder conseguir uno por su cuenta. Dos días después se produce el deceso.

Los familiares iniciaron denuncias criminales, civiles y administrativas para lograr identificar la existencia de negligencia médica y en su caso a los/as responsables de la muerte del señor Poblete Vilches, pero sin embargo estas fueron archivadas en las diferentes instancias.

La Corte entendió que el estado chileno violó el art. 26 CADH, en base a los siguientes argumentos:

a) El derecho a la salud se encuentra protegido por el artículo 26 de la CADH

Entendió la Corte IDH que el derecho a la salud está protegido por el art. 26 de la CADH, ya que es un derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Agrega además, que desde la Opinión Consultiva OC-10/89, se sostuvo que los Estados Miembros han entendido que la Declaración Americana de Derechos Humanos 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 (cons.107). En especial, en este caso resulta esencial el art. 29 de la Declaración donde se reconoce el derecho a la salud.

A raíz de esto, el tribunal entiende que tiene competencia para analizar casos donde se denuncia la violación de este derecho (salud).

b) El art. 26: diferentes tipos de obligaciones

Entiende la Corte IDH que del art. 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y por otro lado la adopción de medidas de carácter *inmediato* (cons. 104). La realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de

contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano (cons. 104). Asimismo, se impone, la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.

Respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.

En este caso, entiende la Corte IDH que no se trataba de valorar las acciones u omisiones del Estado en lo que respecta al desarrollo progresivo sino “la prestación de medidas de carácter básico e inmediato a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches” (cons. 134).

c) *Obligaciones de contenido mínimo en situaciones de urgencia*

La obligación general de garantizar contenidos mínimos de derechos, en particular del derecho a la salud, se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Corresponde a los Estados garantizar la *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad* (OG Nro 14 Comité DESC) respecto del derecho a la salud, como asimismo el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas.

Así, consideró la Corte IDH que las medidas que debían adoptarse en el caso del señor Poblete Vilches eran básicas dadas su condición de salud. En este sentido, el alta temprana no fue acorde con el estado de salud de la persona, teniendo esta un impacto considerable en el deterioro de la salud del paciente (*calidad*). Tampoco se brindó a los familiares indicación alguna de cómo cuidar al paciente en su domicilio ni cuáles podrían ser las señales de alarma (*aceptabilidad*). Posteriormente, se le negó el acceso a la unidad de cuidados intensivos, que resultaba vital dada su condición de salud como también el acceso a un respirador artificial (*accesibilidad*), asimismo, no se buscó el traslado de la persona a otro lugar donde pudiera recibir estos cuidados básicos

(disponibilidad). Esto implicó que la muerte del señor Poblete Vilches se produce como consecuencia de la negación de un tratamiento médico adecuado y básico para preservar su salud.

d) La situación de las personas adultas mayores

Sostuvo la Corte IDH que el derecho a la salud debe garantizarse en el mayor nivel posible y sin discriminación (cons. 127). En general, los DESC deben ser gozados en condiciones de igualdad. Esta afirmación implica, tener en cuenta, por un lado que “el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados” (cons. 123).¹⁸

Por otro lado sostuvo que la adopción de estas medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad. Reconoce la Corte IDH que las personas mayores son un grupo que merece especial protección. Sostuvo que el artículo 1.1 de la Convención Americana, no representa un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo y deja abierta la inclusión de otras categorías con el término “otra condición social”. Así, la Corte entiende que la edad es también una categoría protegida por esta norma.

De esta manera y luego de reconocer los avances normativos a nivel internacional y regional respecto de los derechos de las personas adultas mayores, la Corte resalta la particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud (cons. 131), indicando la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Reconoce que esta particular vulnerabilidad se hace especialmente visible en lo que refiere al derecho a la salud.

Así concluye que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada, lo que exige la adopción de medidas diferenciadas. En el caso, el

18 Estas son identificadas por la doctrina como Igualdad como no discriminación arbitraria e Igualdad como no sometimiento. Al respecto, v. SABA, 2016; RONCONI, 2018.

señor Poblete Vilches era un adulto mayor en condiciones de salud delicadas, sin embargo, no recibió del estado la atención médica básica que garantizara su salud. Por esto, considera que “el Estado violó el derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Poblete Vilches” (cons. 143).

Como puede notarse, entonces, el desarrollo de estándares en materia de DESC en el sistema interamericano es escaso.¹⁹ Teniendo esto presente, analizaremos, en lo que sigue, los casos de DESC resueltos por la CSJN, buscando determinar la influencia (o no) del DIDH, en especial de los estándares interamericanos.

2. Casos de DESC resueltos por la CSJN durante el período 2007-2016

En general, en la región Latinoamericana se ha dado una ampliación respecto de la judicialización de los DESC. Esto puede deberse a la combinación de diversas causas: reconocimiento normativo (legal, constitucional y/o convencional), marcadas situaciones de desigualdad estructural que caracterizan a grandes grupos de la población, mayor activismo de las organizaciones sociales o de organismos de la defensa pública, entre otras. Esta mayor judicialización tuvo efecto también en los casos que fueron resueltos por la CSJN en Argentina. Sostiene Etchichury que “la Corte Argentina comienza a hacer lugar gradualmente a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, en un proceso que aún está en desarrollo. A partir del 2000, el máximo tribunal reconoce la vigencia del derecho a la salud y la responsabilidad del Estado como garante de su efectividad, incluyendo la provisión de medicamentos (...) en 2006 la Corte toma medidas de emergencia para asegurar la alimentación y la salud de los hijos menores de una mujer desempleada y sin recursos (...) A pesar de estos avances, las pautas antiguas siguen vivas, especialmente cuando se trata de ciertos derechos sociales. Entre ellos, el derecho a la vivienda...” (ETCHICHURY, 2013: 741).

19 Respecto de la situación de reconocimiento de los DESC en la CIDH, v. entre otros: SALVIOLI, 2004; SALMÓN/ BREGAGLIO, 2014; ABRAMOVICH/ ROSSI, 2007. Asimismo, Informe 2/16; Informe No. 38/09; Informe No. 100/01; Informe No. 38/10, entre otros.

Durante el período analizado (2007-2016), la CSJN conoció encerca de 247 causas en materia de derecho a la educación (7), derecho a la vivienda (13), derecho a la salud (69) y derecho al agua y al medio ambiente (158). En el período analizado no hubo casos respecto del derecho a la alimentación.

En este relevamiento debe tenerse presente que la CSJN tiene competencia *originaria*²⁰ y *por apelación* por la presentación de Recurso extraordinario o Recurso de Queja por Recurso Extraordinario Denegado. Sin embargo, a través de la facultad que le otorga el art. 280 del CPCCN puede controlar qué casos someterá a su conocimiento y cuáles serán desestimados sin dar motivo alguno (solo por la sana discreción del Tribunal). El “280” más que como una herramienta normativa funciona como un modo en que la Corte construye autoridad y ejerce su poder, ya que cuando rechaza algún reclamo por ser inadmisibile, lo hace a través de un mecanismo de ficción “como si” lo fuese, cuando en realidad los procedimientos, prácticas y rutinas de formación de conocimiento permanecen ocultos a la “mirada común” de la práctica judicial cuyo único acto visible es la sentencia (BARRERA, 2012; BARRERA, 2018).²¹ Así, en los casos en los que la Corte decidió aplicar el art. 280, al no ser posible conocer el fondo del caso, no podemos conocer si se trataba de la afectación de alguno de los derechos sociales aquí analizados y contabilizarlos como tal. Sin embargo, en algunos de ellos, la existencia de votos en disidencia permite conocer el fondo en discusión. Por ello existe un margen de error en el conteo señalado teniendo en cuenta que podrían existir más casos que llegaron a la Corte por violación de DESC y que esta decidió rechazar aplicando “el 280”.

Tomando en cuenta, entonces, los casos relevados,²² un análisis particular de cada uno de los derechos y el uso de estándares internacionales en materia de DESC y en especial estándares del SIDH, indica que:

20 El artículo 117 de la CN delimita dos grupos de casos en donde la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción originaria y exclusiva: 1. todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y 2. aquéllos en los que alguna provincia fuese parte.

21 Sobre la diferencia entre los casos resueltos por la CSJN y las sentencias elaboradas v. ARBALLO, 2016. Esta diferencia permite vislumbrar que muchos de los casos resueltos lo son por aplicación del art. 280.

22 El relevamiento se realizó mediante la página web de la CSJN (<https://sj.csjn.gov.ar/sj/>) como asimismo mediante el análisis de los Acuerdos (<https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=inicio>). Es necesario destacar que no existe una Secretaría en la CSJN que se dedique a la resolución de casos de DESC (al respecto v. SABELLI, 2007: 1163), es por esto que la búsqueda se realizó mediante el “tesauro” con la utilización de palabras claves.

2.a) Derecho a la salud

El derecho a la salud tuvo reconocimiento explícito en el ordenamiento jurídico argentino a partir de la reforma constitucional de 1994. Entre los artículos que incorporó esta reforma, el 41 se refiere al vínculo entre salud y medio ambiente, el 42 al vínculo entre la salud y la relación de consumo y de usuario de servicios públicos. Sin embargo, es el art. 75, inc. 22 el que dio jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina, reconociendo, de esta manera, el derecho a la salud en forma amplia.²³ En consecuencia, se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art 12 PIDESC). Asimismo, el art. 75, inc. 23 se refiere a las medidas de acción positiva que debe adoptar el estado para garantizar el pleno goce de los derechos para ciertos grupos vulnerados.

La Argentina ha establecido un sistema tripartito de salud, compuesto por un subsistema privado (de medicina prepaga), uno público (financiado mediante el sistema impositivo) y uno de obras sociales (generado a partir de los aportes de trabajadores registrados y sus empleadores). Se encuentra regulado por la ley la ley N° 23.661 que crea el Sistema Nacional de Salud, y establece el marco de un “sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada”. Así, el Poder Ejecutivo de la Nación ha establecido el Plan Médico Obligatorio (PMO) que conforma “un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto” que es actualizado en forma constante por vía legislativa, resolutive o incluso judicial (Clérico/ et. al, 2013).

Los casos que llegan a la CSJN, en general, versan sobre demandas que realizan los particulares a sus obras sociales o empresas de medicina prepaga para obtener la cobertura necesaria que les permita garantizar el acceso a los tratamientos requeridos.²⁴ Éstos, junto con el resto de los casos analizados,

23 Previo a esto, el derecho a la salud se entendía como uno de los derechos implícitos del art. 33 de la CN. Al respecto, CLÉRICO, 2009.

24 En este sentido, es interesante ver que en materia de derecho a la salud de un “análisis documental de 125 litigios con sentencias dictadas entre 1994 y 2013. Se observó una preeminencia de la reclamación individual (88% reclamantes personas físicas individuales), y de reclamantes afiliados a la seguridad social o a seguros privados (64%), con un esquema típico del derecho privado (87% reclama cobertura de un servicio médico)”. GOTLIEB/ YAVICH/ BÁSCOLO, 2016.

comprenden una selección de casos relevantes que, en materia de salud, ha recibido la Corte Suprema argentina en el período estudiado. Debe tenerse presente que en el período 2007-2016 la Corte resolvió un total de 77 fallos sobre salud: en 6 casos la Corte resolvió sólo cuestiones de competencia; en 7 se abocó a la procedencia de las acciones interpuestas en instancias previas; en 3 declaró que el recurso devino abstracto; en 53 resolvió cuestiones de fondo y 8 fueron declarados por la mayoría de la Corte inadmisibles por aplicación del art. 280 del CPCCN²⁵.

Analizaremos, en lo que sigue, algunas de estas sentencias a fin de detectar el uso (o no) por parte de la CSJN del derecho internacional de los derechos humanos. Para esto, dividiremos el trabajo en función de ciertos ejes:

a) Cobertura respecto de las personas con discapacidad

La CSJN tuvo la oportunidad de expedirse sobre el punto, entre otras, en el marco de la causa **A., M. G.** de 2016 donde una persona con discapacidad, que padecía pérdida total de la visión, interpone una demanda para obtener cobertura de su obra social. La reclamante buscaba que la obra social provea de rehabilitación y apoyo, a los fines de poder continuar con su formación universitaria. El caso llega a la Corte porque, aun cuando se encuentra en trámite un beneficio de litigar sin gastos, se le exige prestar caución (garantía). La Corte resuelve que la interpretación que el tribunal inferior hace del Código Procesal representa un rigorismo formal irrazonable que vulnera el acceso igualitario a la protección judicial efectiva. Para así decidir, hace suyo el dictamen de la Procuración que fundamenta su postura en la CN, arts. 8 y 25 de la CADH y art. 14 del PIDCyP. Asimismo, además de basarse en fallos de la CSJN, toma el caso “**Furlan**”, a fin de sostener que “*la Corte IDH ha enfatizado que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. En ese marco, el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación*”. Si bien el fallo citado no es dirimente para resolver el caso, establece una unión

25 Estos fueron los que pudimos relevar por que existía un voto en disidencia que se expedía sobre el fondo, sin duda son muchos más los casos denegados por aplicación del art. 280.

estrecha entre la necesidad de garantizar el acceso a la justicia y la obligación de tener en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad, aún sin hacer referencia a la cuestión del derecho a la salud en juego. De esta manera, se aplica el derecho internacional, en especial un estándar del sistema interamericano, para identificar las obligaciones que le corresponden al Estado respecto de un grupo especialmente protegido, como lo es el de las personas con discapacidad.

Anteriormente, la Corte tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en la causa **ICF** de 2008. En este caso, la actora inicia acción judicial para obtener la cobertura integral de la prestación educativa “formación laboral, jornada doble”, a favor de su hija menor con discapacidad, en un centro de educación especializada que no tiene vínculo contractual con la demandada. La Corte, con fundamento en la ley orgánica del instituto demandado, en las constituciones provincial y nacional, fallos de la propia Corte y tratados internacionales que resguardan la vida y la salud de los niños²⁶ falla a favor de la accionante, obligando a cubrir el 100% de la prestación, con independencia de las acciones que la demandada tenga luego para reclamar parte de ese costo al Estado. La CSJN reconoce que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y que es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental. Además argumenta que “con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas”. Agregó además que “los tratados internacionales con jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 41, inc. 11 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, del art. 24, inc. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

26 Entre ellos, cita: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 41, inc. 11 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, del art. 24, inc. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del art. 12, inc. 11, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y de los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

del art. 12, inc. 11, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y de los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar. Esto debe ser interpretado juntamente con la normativa local y nacional por lo que, entiende, el Instituto demandado debe garantizar la cobertura integral de las prestaciones requeridas. Debe tenerse presente que el reconocimiento del derecho se realiza considerando la especial situación de las personas con discapacidad pero sin embargo no existe mayor argumento sobre la importancia del derecho a la educación.²⁷

En una causa similar, **Segarra**, de 2008, en la que la madre y curadora de su hijo con discapacidad reclama cobertura integral en un instituto educativo, la Corte falla a favor de la actora, entendiendo que no puede exigírsele la prueba de falta de fondos para solventar el gasto (tal como lo exige la legislación local). Para decidir de esta manera, se funda en el sistema local de protección integral de personas con discapacidad y, asimismo, entiende que la jerarquía de los intereses en juego, los que se fundan en la Convención de Derechos del Niño, amerita no imponer a la actora cargas procesales de prueba y demoras que frustren el ejercicio de su derecho.

Lo mismo sucede en **LSR**, de 2013, donde se reclama la cobertura para un menor con discapacidad y se resuelve que el excesivo formalismo vulnera la exigencia de tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estos últimos fallos no recurren a precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, sí existe una utilización del derecho internacional que da fundamento al principio de protección de los derechos de las personas con discapacidad como obligación estatal por sobre la observancia

27 En el caso CSJN, “Rivero, Gladys” la parte actora, en representación de su hija discapacitada, solicitaba la cobertura total del rubro educación por parte de la Obra Social, la CSJN resuelve remitiendo al caso “ICF” aquí comentado. Años más tarde, la causa **PL**, de 2014, con idéntico reclamo que la anterior, llega a la Corte Suprema. Para resolver el caso, tanto la CSJN como la instancia anterior, invocan lo resuelto en **ICF**. La Corte entiende que la carga probatoria de falta de recursos propios para afrontar el gasto del tratamiento, contradice la obligación impuesta al estado argentino mediante tratados internacionales (art. 75 inc. 22) de realizar acciones positivas para garantizar el derecho a la salud como integrante del derecho a la vida. La Corte recurre al art. 4.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para sostener y reforzar (junto con legislación y jurisprudencia local) la responsabilidad de todos los niveles estatales de hacer efectivo el ejercicio de los derechos, resaltando, asimismo, la directa aplicación al caso que tienen los arts. 24 (educación), 25 (salud) y 26 (habilitación y rehabilitación) de la Convención.

de rigorismos formales que frustran el acceso a la justicia. Por lo demás, es interesante resaltar que en muchos de estos reclamos se trataban del acceso a la educación de las personas con discapacidad. Sin embargo, las demandas y sus respuestas giran en torno al derecho a la salud.

b) Cobertura

Los reclamos por acceso a las coberturas de salud que han sido resueltos por la CSJN fueron amplios. En general, el reconocimiento a las prestaciones reclamadas ha sido otorgado por la CSJN argumentando la aplicación de la normativa local. Sin embargo, nos interesa resaltar tres casos.

En primer lugar el caso **Núñez**, de 2008, donde la actora inicia acción de amparo para obtener cobertura de la alimentación parenteral que requiere dada la resección de su intestino delgado. La negativa de la demandada se debe a que la mencionada ablación fue consecuencia de la práctica de un aborto clandestino. En el caso se resuelve sobre el fondo pero solo aplicando normativa local. Surge, entonces, una oportunidad para ampliar el debate sobre los efectos de una práctica prohibida (aborto) con consecuencias letales para las mujeres. Sin embargo, la CSJN no se explaya sobre el punto pero tampoco pasa inadvertido. En este sentido, la Corte remite al dictamen de la Procuración, donde se sostiene que la cuestión escapa lo meramente contractual para adentrarse en el campo de los derechos humanos. Explica que, tal como lo establece la Corte Interamericana (Opinión consultiva Nro. 2 y 3)²⁸, la directiva axiológica y hermenéutica *pro homine* debe guiar la labor de los jueces. Se funda, asimismo, en el derecho internacional y local, el derecho a la vida²⁹ y a la salud³⁰, a los que endiente como íntimamente ligados y, en este caso, vulnerados por la demandada. Finalmente, la Procuración sostiene que, más allá de lo excesivo de la cláusula mediante la cual la demandada pretende desligarse de su obligación de cobertura, una interpretación armónica del ordenamiento jurídico debe

28 Opinión Consultiva OC-2/82 y Opinión Consultiva OC-3/83.

29 Del Dictamen de la Procuración, pág.s 7 y 8; entre ellos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -art. 12.1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 4.1 y 5.1-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 6.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. 1-; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 3.

30 Del Dictamen de la Procuración, pág. 8.

considerar los derechos de toda persona "al disfrute del más alto nivel posible de salud..." y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia...", enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tanto la Corte como el dictamen de la Procuración entienden, además, que el PMO contempla expresamente el tratamiento requerido y que ello es independiente de la causa que origina su necesidad, pues la ley no hace referencia ni distinción alguna al respecto.

En la causa **Duich**, de 2014, se discute si la cirugía con endoprótesis, una técnica de aparición reciente cuya cobertura reclama la actora, está comprendida dentro del PMO, que no la contempla expresamente sino que incluye un método anterior, más invasivo pero menos costoso. Para resolver el caso, la Corte entiende que el enfoque restrictivo desnaturaliza el régimen propio de la salud cuyo estándar es proporcionar *el mejor nivel de calidad disponible y a una mejora continua de las condiciones de existencia*, reconociendo que este estándar se funda, no sólo en la ley local (23.662) sino también en el PIDESC (art. 12 y 11). Así, la Corte reconoce "la índole dinámica de la ciencia médica de donde deriva la necesidad de una adecuación permanente", reconociendo, en consecuencia, el carácter progresivo del ejercicio del derecho a la salud.

Por su parte, en la causa **AMG** de 2017, donde se trata el reclamo que realizan los padres de un menor con discapacidad para obtener el reintegro de los gastos efectuados en el tratamiento de su hijo menor con discapacidad. La negativa de la obra social se fundaba en que el menor no contaba con certificado de discapacidad, tal como lo establecía el reglamento de la obra social. Tras reconocer el marco normativo aplicable al caso³¹, la Corte sostuvo que la sentencia de Cámara que había hecho lugar a la demanda se apartaba en forma arbitraria de la legislación que regula este procedimiento. Entendió así que, si el requisito de certificado de discapacidad se flexibilizara, la cobertura caería en la discrecionalidad de las obras sociales. Es importante destacar que la Corte consideró que en el caso "*no está en juego la salud, la vida o la integridad del niño*", pues el menor ya fue atendido, y que el reclamo del caso es de índole patrimonial. Para decidir de esta manera, la Corte no recurre al Derecho Internacional, ni para pronunciarse sobre el fondo del reclamo ni para la identificación del sujeto vulnerado.

31 Las leyes 22.431, de Protección Integral del Discapacitado, y 24.901, del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

Por último, en el fallo **L.E.S.**, de 2014, se resuelve a favor de la aseguradora médica privada (sistema prepago) y en contra de la actora que reclamaba cobertura de un medicamento experimental, no contemplado en el contrato que unía a las partes. La CSJN entendió que las sentencias de anteriores instancias que ordenaban brindar cobertura se apartaban de la normativa que rige el caso sin debida fundamentación, pues no se explicaban debidamente los motivos que justificaban apartarse del contrato suscripto por las partes, exigencia que hace al estado de derecho y que encuentra reconocimiento en precedentes propios de la Corte argentina, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (causas **Cantos** y **Claude Reyes**) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 25 y 8.1).

Como vemos, en este último caso, si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el derecho internacional no son utilizados para un pronunciamiento sobre el fondo del debate, operan como fundamento central para sostener la ilegalidad de los pronunciamientos anteriores que se apartaban de manera arbitraria del derecho vigente.

c) Aborto no punible

La causa **FAL** de 2012 fue uno de los casos de mayor trascendencia del período. Se trata de una mujer que, en representación de su hija de 15 años de edad, embarazada producto de la violación cometida por su padrastro, solicita autorización para que se le practique un aborto encuadrado dentro de las excepciones de punibilidad previstas en el art. 86 2do párr. inc. 2 del Código Penal argentino.³² La petición fue denegada en primera y segunda instancia, y concedida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. El caso responde a una disputa histórica en la interpretación del mencionado artículo del código penal entre la interpretación amplia, sostenida por quienes entienden que se excluye de responsabilidad penal a los abortos practicados como consecuencia de dos causales (1. Violación; 2. Atentado al pudor de mujer demente o idiota) y la interpretación restringida, que sostienen quienes entienden que se trata de una sola causal (violación/atentado al pudor de una mujer idiota o demente).

32 Sobre la situación del aborto en Argentina, v. BERGALLO (comp.), 2011; BERGALLO, JARAMILLO SIERRA, VAGGIONE (comp.), 2018.

Si bien el caso era abstracto al momento de la resolución por parte de la CSJN, el máximo tribunal no dejó pasar la oportunidad de tomar partido en esta disputa histórica.³³ Así, tras un pormenorizado análisis del texto del art. 86, y de las normas constitucionales y convencionales aplicables al caso, la Corte concluye que las causales de excepción al aborto punible deben ser interpretadas en forma amplia y que, en consecuencia, la causal de violación (de una mujer no demente o idiota) se encuadra entre los supuestos de aborto no punible establecidos por la legislación argentina. En este sentido, sostiene que en el debate se requiere considerar especialmente los derechos de las mujeres en estado de embarazo por haber sido “objeto” de violencia sexual y las restricciones que sufren a sus derechos cuando se les obstaculizan los pedidos de aborto (cons. 7, 8 y 15). Entre las normas citadas, las del SIDH adquieren especial relevancia: la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4)³⁴ y el caso *BabyBoy*.³⁵ Asimismo, la

33 Previamente, la CSJN se había expedido sobre cuestiones formales en dos casos referidos a derechos de salud reproductiva de las mujeres. En el caso "Mujeres por la Vida" donde la Corte Suprema decidió que una asociación civil de la Provincia de Córdoba estaba legitimada activamente (art. 43 de la Const. Nac.) para solicitar que suspendieran la aplicación del programa de salud sexual y reproductiva implementado por el gobierno nacional en todo el país (Ley N° 25.673), porque consideraba que dicha norma era violatoria de los "derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad". Posteriormente la Corte resolvió el caso "Yapura" sobre un amparo iniciado por una mujer que solicitaba autorización para que se le practicara una ligadura de trompas, luego del parto de su cuarto hijo, por encontrarse en una situación de pobreza extrema. La justicia provincial entendió que el amparo no era la vía adecuada. El caso llegó por apelación extraordinaria a la Corte, quien dejó sin efecto la sentencia, alegando que cuando está en juego el derecho a la vida, a la libre determinación y a la intimidad, el amparo era la vía idónea para tratar este tipo de cuestiones. La Corte se pronuncia así sobre la admisibilidad de la acción de amparo y devuelve el caso para que el tribunal local emita sentencia sobre el fondo del asunto. CLÉRICO/ RONCONI, 2012.

34 En este sentido, la Corte aclara que el derecho internacional de los derechos humanos no puede ser utilizado como argumento convincente para sostener la interpretación restrictiva de los supuestos de abortos no punibles, antes bien es un argumento para la tesis de la interpretación amplia del art. 86 inc. 2. En este sentido, analiza el art. 4 de la CADH en cuanto se refiere a la protección de la vida "en general, a partir del momento de la concepción" debe interpretarse conforme lo sostenido por la CIDH en "*Baby Boy*". La Corte en F.A.L. utiliza también como argumento la interpretación que debe darse a la Convención de los Derechos de los Niños. En este sentido sostiene que (a) no se desprende de dicha convención que el derecho a la vida deba ser protegido desde la concepción, esto es que debe darse una interpretación restrictiva del art. 86 inc. 2 CP. (b) Aclara asimismo que "el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención "*debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*", no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [sino] una declaración interpretativa".

35 CIDH, Resolución No. 23/81, donde se sostuvo que la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida del nasciturus.

sentencia dictada por la Corte IDH en **Fernández Ortega vs. México**³⁶ del 30/08/10 resulta ser el fundamento mediante el cual la Corte argentina sustenta el “*deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral tanto de emergencia como continuada*” a la mujer (cons. 15).

La Corte se dedica específicamente también a aclarar cuál interpretación debe darse a la norma en cuestión cuando se trata de niñas. De esta manera, establece que aun cuando la norma no se refiera específicamente a la situación de las niñas, es totalmente aplicable el art. 86 inc. 2 C.P., ya que “la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación” (cons. 18).

En relación a las demoras e impedimentos que suelen enfrentar las mujeres en situación de acceder a un aborto no punible, la Corte argentina señala que los obstáculos injustificados, esto es, aquellos no exigidos expresamente por el legislador (ej. autorizaciones judiciales, solicitud de consultas, obtención de dictámenes, entre otros.), contravienen lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art 7) y pueden ser considerados actos de violencia institucional (con arreglo a la ley local 26.485). Como consecuencia de ello, además de zanjar la cuestión de interpretación sobre los casos de aborto no punible, establece que la sola declaración jurada de la víctima es suficiente para habilitar su acceso, al mismo tiempo que exhorta a las provincias a dictar protocolos de actuación para garantizar el efectivo ejercicio de este derecho.³⁷

En este caso, entonces, la influencia del derecho internacional de los derechos humanos fue decisivo para la interpretación amplia de los abortos permitidos y para fijar las obligaciones de los estados provinciales en la materia.

d) Autonomía y salud

En diferentes causas, la CSJN tuvo oportunidad de expedirse respecto del vínculo entre salud y autonomía. Así, en el caso NN de 2012 (deber de vacunar

36 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual cometida en perjuicio de Inés Fernández Ortega por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.

37 Este fallo fue uno de los principales argumentos que se utilizaron para defender la despenalización y legalización del aborto llevado a cabo en el Congreso de la Nación Argentina durante los meses de marzo- agosto del 2018.

y derecho la salud), donde la Asesoría Tutelar inicia una acción de protección de un menor nacido por parto domiciliario por falta de cumplimiento del calendario de vacunación y cuyos padres se amparaban en su derecho de elegir el propio proyecto de vida³⁸, la Corte, remitiéndose al dictamen de la Procuración, afirma que no se discute el derecho de los padres de elegir el modelo de vida familiar sino su límite, pues su negativa incide directamente en la salud pública y por lo tanto incide en derechos de terceros (art. 19 CN). Entiende que la obligación de vacunar establecida en la ley local (22.909) se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general. Para ello, explica que entre los objetivos de la OMS están el de erradicación de enfermedades prevenibles y la disminución de la mortalidad infantil. Asimismo, recurre al informe de la OMS (PLOTKIN/ ORENSTEIN/ OFFIT, 2008) que señala a las vacunas como uno de los factores más relevantes (junto con el agua limpia) para reducir la mortalidad infantil.

Sin embargo, como se adelantó, el caso se resuelve al determinar el límite del derecho de los padres, establecido tanto por la normativa local como internacional, aplicables al caso. Así, la ley 26.061³⁹ establece que debe garantizarse el acceso a servicios de salud de menores respetando las pautas familiares y culturales “*siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad*” (art. 14). Asegura, asimismo, que el Estado argentino ha asumido responsabilidad internacional⁴⁰ de la que no puede desligarse por estar los niños a cargo de sus padres pues está en juego el interés superior del niño. En línea con este razonamiento, cobra relevancia la cita que hace la Procuración de precedentes de la Corte Suprema donde se recupera la interpretación que se ha hecho sobre el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño en el sentido de establecer que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés superior del niño separa conceptualmente *el interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, e incluso, el de los propios padres, por más legítimos que resulten*” (cons. 18). De esta manera,

38 Básicamente invocan el Art. 11. Inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

39 Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y la Constitución Argentina.

40 Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales; artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

la regla que resuelve el caso, se funda, en última instancia en el derecho internacional con jerarquía constitucional.

La relación de la autonomía de la voluntad con la salud también se pone en juego en la causa **DMA** de 2015. Aquí, las hermanas de MAD, quien se encuentra en estado de inconsciencia, irreversible e incurable, desde hace 20 años, se presentan ante la justicia para solicitar la suspensión de la hidratación, alimentación y de todo tratamiento que lo mantenga con vida de forma artificial. Entre sus argumentos, la Corte recurre a jurisprudencia comparada⁴¹ para sostener que la alimentación e hidratación artificiales son una forma de tratamiento médico. Se toma, asimismo, el caso "Lambert" del TEDH que convalidó este encuadre y, en un caso similar al de MAD, autorizó la suspensión de la alimentación e hidratación artificiales. Allí se dejó asentado que el consentimiento del paciente debe primar incluso cuando es incapaz de expresarlo. Incluso cuando la jurisprudencia comparada es utilizada para resolver el caso, no existen citas ni referencias a estándares internacionales o interamericanos. En relación al fondo del reclamo y conforme lo establece la Ley argentina de los Derechos del Paciente, se resuelve que, ante la imposibilidad de conocer la voluntad de MAD en forma directa, sus hermanas se encuentran autorizadas a manifestar la voluntad del paciente en relación a la continuidad del tratamiento. Esta idea fue reforzada con el derecho a la autodeterminación consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional y en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, en la causa **Albarracini**, de 2012, se dirime el pedido que efectúa un padre ante la justicia para solicitar se autorice a los médicos que tratan a su hijo (testigo de Jehová) a efectuarle una transfusión de sangre necesaria para su restablecimiento. De las directivas anticipadas dadas por el paciente mediante instrumento certificado por escribano público surge de manera inequívoca su negativa a recibir transfusiones de cualquier tipo. Por ello, tanto el juez de grado como la Cámara reconocieron el derecho a la autodeterminación del paciente y rechazaron el pedido del padre. La Corte, asimismo, confirmó la sentencia. Para ello hizo referencia al artículo 19 de la Constitución Nacional, y a fallos

41 Suprema Corte de los Estados Unidos, "Cruzan v. Director Missouri Department of Health", 497 U.S. 261, voto concurrente de la jueza O' Connor, 25 de junio de 1990; Cámara de los Lores del Reino Unido, "Airedale NHS Trust vs. Bland" [1993] 1 All ER 821, 4 de febrero de 1993; Corte Suprema de Casación de Italia, sección primera civil sentencia N° 21748/07 del 16 de octubre de 2007, (caso "Englaro"); Consejo de Estado Francés, "Mme. F.I. et autres", 24 de junio de 2014.

propios como “Bahamondez” y “Ponzetti de Balbín”, que sustentaron la idea de la existencia de una esfera de señorío, entre otras cosas, sobre el propio cuerpo, sujeta a la voluntad individual. Fundamentó también en la ley local el reconocimiento expreso del derecho a aceptar o rechazar determinados tratamientos médicos y por último recuperó un precedente de la Corte Europea,⁴² que en un caso similar, se pronunció a favor de este derecho. Por ello concluyó que no resulta constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad. Si bien, como vimos, la Corte recurre al derecho comparado, no se sirve del derecho internacional para fundamentar su fallo.

En estos casos en donde está en juego el derecho a la autonomía y el derecho a la salud, prima en la argumentación y en el uso de estándares por parte de la CSJN el derecho a la autonomía. Sin embargo, son escasos los argumentos de derecho a la salud allí aplicados.

e) *Internación*

El caso **RJM** de 2008 se trata de la internación psiquiátrica de una persona declarada insana (sobreséida del delito de homicidio por ser considerada inimputable), y llega a la Corte para resolver qué juzgado es el competente. Sin embargo, cobra relevancia debido a que la Corte advierte que, dado el tratamiento que se le ha dado a la causa, se han violado los derechos del internado garantizados tanto en el ordenamiento local como internacional.⁴³ Ello es así en tanto que se advierte que la internación llevaba ya 25 años sin que en ese lapso se tomaran medidas de protección ni evaluación del estado de salud del internado. En este marco, la Corte recupera los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de la ONU, a los que recurre y cita profusamente para reprochar la ausencia de debido control periódico sobre la legalidad y condiciones de la detención del

42 TEDH, Testigos de Jehová de Moscú y otros c/ Rusia” del 10 de junio de 2010.

43 Invoca los art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7, 9, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros convenios en vigor para el Estado Nacional como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

internado, y por considerarlos el estándar para la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales, además de servir de guía para trazar y delinear el sistema de salud mental. Recuerda, asimismo, que dichos principios han sido tomados por la CIDH y por la Corte IDH como fundamento para decidir en los casos "**Víctor Rosario Congo**" y "**Ximenes Lopes**". Este último fallo refuerza el estándar establecido en los Principios sobre *"la especial atención que los estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad. En tal sentido, estableció la responsabilidad estatal por los actos u omisiones provenientes de instituciones de salud no estatales y, a la vez, afirmó la existencia de la violación del derecho al recurso efectivo y a las garantías del debido proceso, del derecho a la integridad personal de los familiares, y el alcance de la reparación adecuada dado que "toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos"* (cons. 12). Vemos que el fallo citado sirve tanto para delinear el grupo vulnerado comprendido por las personas con discapacidad mental, como así también para establecer la responsabilidad estatal indelegable y la especial obligación de extremar medidas para garantizar el respeto de sus derechos.⁴⁴

En la misma línea, en **S de BM**, de 2009, se dispuso la internación involuntaria de la actora (por personalidad psicopática descompensada con ideación deliroide y epilepsia de base) en una clínica psiquiátrica. Una serie de comunicaciones entre la jueza a cargo de la causa y la directora del instituto y de medidas dilatorias motivaron que la disidencia compuesta por tres jueces de la Corte llamara la atención de la actuación del juzgado.⁴⁵ Los jueces, en este caso, también fundaron su voto en los Principios de Salud Mental. El voto en disidencia remite, asimismo, al fallo RJM mencionado previamente y a la sentencia en el caso "**Ximenes Lopes c. Brasil**". En esta oportunidad, sobre el fallo de la Corte IDH además se agrega que *"no basta con la mera abstención del Estado, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables*

44 Asimismo, la Corte recurre a precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando los fallos "Winterwerp c. Países Bajos" y "Slawomir Musial v. Polonia" para explicar que la Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado necesaria la concurrencia de ciertos requisitos esenciales para garantizar la legalidad del internamiento de quienes se encuentran detenidos en establecimientos psiquiátricos por haber cometido actos constitutivos de infracciones penales.

45 La mayoría del tribunal dispuso el rechazo del recurso por aplicación del art. 280.

en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho (...)". Con base en estos fundamentos, sostuvieron que la actuación del juzgado no se condice con su obligación de limitar internaciones innecesarias, de evitar su prolongación sin sustento, de supervisión de la internación, junto con garantías del debido proceso. Concluyeron que la institucionalización de un paciente cuando no medie, de manera innegable, un propósito terapéutico debe interpretarse como un tratamiento arbitrario, una verdadera "detención".

Con este recorrido por los casos de derecho a la salud resueltos por la CSJN, podemos concluir que: a) Llegan muchos casos donde lo que está en juego es la salud de la persona y que estos en general se resuelven por la aplicación de la normativa local; b) El derecho internacional de los derechos humanos y en particular los estándares del sistema interamericano se aplican no para resolver el fondo de la cuestión (acceso o alcance del derecho a la salud) sino para o bien identificar obligaciones del Estado respecto de ciertos grupos especialmente protegidos (niños o personas con discapacidad) o para delinear las obligaciones del Estado como garante del acceso a la justicia.

En algunas oportunidades, vemos que la Corte utiliza el derecho internacional, junto con normativa local, para reconocer y sustentar el derecho a la salud (y su íntima relación con el derecho a la vida). Finalmente, en algunos casos aislados, la Corte ha recurrido a instrumentos de *soft law internacional* como los Principios de Salud Mental o informes de la OMS, cuyo uso, si bien aislado, fue determinante para resolver casos de relevancia.

2.b) Derecho a la educación

En Argentina la educación ha sido reconocida desde la Constitución histórica (1853/60) sin embargo, adquiere el rol de derecho humano recién con la reforma del año 1994 y principalmente con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, específicamente mediante el art. 13 del PIDESC, los arts. 28 y 29 de la CDN, entre otros.

En el período analizado fueron resueltos por la CSJN solo 5 casos donde se encontraba en juego el derecho a la educación o que fuera considerado de esa manera por el Tribunal.⁴⁶

46 Se dejan afuera aquellos que involucran cuestiones laborales de los docentes u autonomía universitaria. Notables excepciones fuera de este período lo constituyen los casos "González de

Como sostuvimos en el apartado de salud es notable identificar que muchos de los casos donde lo que se reclama es que se garantice la cobertura de la educación para las personas con discapacidad han tramitado como cuestiones de salud, sin invocar fuertemente la violación del derecho a la educación.⁴⁷ Esto puede deberse en parte a que las prestaciones son brindadas en muchos casos por prepagas u obras sociales que atienden primordialmente cuestiones de salud. También, implica un entendimiento de la discapacidad como un problema de “falta de salud” que dichos organismos deben soportar.⁴⁸

La CSJN tuvo oportunidad de expedirse sobre los alcances de “educación inclusiva” al momento de resolver el caso **Naranjo**. Sin embargo, el recurso presentado fue rechazado por aplicación del art. 280. Emiliano Naranjo un joven con discapacidad motriz solicitó a la Universidad Nacional de la Matanza (UNLAM) la inscripción en el Profesorado Universitario en Educación Física. El joven había cursado, y obtenido su título de Licenciado en Educación Física,⁴⁹ en la misma universidad y se desempeñaba como docente ayudante en gimnasia deportiva en un club. Sin embargo, la Universidad negó sistemáticamente su ingreso al profesorado universitario, argumentando que “no reunía las condiciones requeridas por el Plan de Estudios al que pretendía acceder”. Básicamente, sostenía que Naranjo no podía desarrollar el aspecto práctico que tanto la aprobación de las materias como la profesión requieren. La jueza de primera instancia, hizo lugar al pedido de Naranjo y ordenó a la Universidad la inscripción a la carrera de Profesorado Universitario de Educación Física, teniendo por aprobadas todas las materias que requerían rendimientos físicos, debiendo rendir, en ese caso, solo los aspectos teóricos. Para así resolver sostuvo que:

-La discriminación por razones de discapacidad se encuentra prohibida. Para esto invoca, además de la normativa constitucional, el PIDESC (art. 13

Delgado”, donde se cuestionaba la posibilidad de las mujeres a ingresar a una prestigiosa escuela secundaria y “Castillo” donde se cuestionaba la enseñanza de religión católica en las escuelas públicas de Salta. Al respecto, RONCONI, 2018, y Rossi, en esta publicación.

47 Sostienen Arcidiácono y Barrera que “el tema de la discapacidad y de la educación inclusiva atraviesa la agenda del litigio en derechos sociales. Los cambios normativos, las prácticas de familias, los propios procesos de inclusión educativa, iniciados por muchas escuelas, dieron origen, poco a poco, a numerosos litigios, muchos de los cuales tienen el fin de lograr la vacante de sus hijos/as en las escuelas comunes, asegurar condiciones reales de inclusión, evitar la expulsión...” ARCIDIÁCONO/ BARRERA, 2018.

48 Sobre los modelos de entender la discapacidad, v. PALACIOS, 2008.

49 En la Universidad existían dos planes de Estudio: Plan A, que otorgaba el título de Profesor y el Plan B que otorgaba el título de Licenciado. El enfoque era más práctico en uno que en el otro.

inc. c) y la DUDH (art. 1). Respecto de las obligaciones del Estado en materia de educación respecto de las personas con discapacidad aplica la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (art. 24 inc. 5 respecto de los ajustes razonables en la educación superior) y por último, cita alguna jurisprudencia y doctrina locales.

-En la Universidad no existía ningún tipo de adaptabilidad curricular, sino que por el contrario existían dos planes de estudio diferenciados que entregaban títulos diferenciados. Sostuvo que negar el pedido de adecuación del plan de estudio implicaba no solo una forma de discriminación sino también una directa violación del derecho a enseñar y aprender;

- Que lo que hace la Universidad es reproducir una imagen sobre los rasgos físicos que debe tener una persona para ser profesor de educación física, pero esto no responde al nuevo paradigma que asocia la discapacidad a las barreras sociales que impiden el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad.

El fallo fue apelado y uno de los argumentos de la UNLAM era el principio de igualdad. Básicamente sostuvo que la eximición del Sr. Naranjo de las materias o contenidos prácticos implicaba un trato discriminatorio para el resto de los estudiantes que debían cursar y aprobar en forma obligatoria todas las materias prácticas para obtener su título. La Cámara confirma la sentencia en 2014, pero realiza una modificación en la forma de evaluación que se había ordenado en la instancia anterior, lo cual implica un mayor desafío para la UNLAM: la Universidad no debe dar por aprobadas las materias de contenido práctico sino que debe “revisar los métodos de examen en cuanto a los requerimientos físicos, con los 'ajustes razonables' y acordes a las destrezas del actor para no resultar de imposible cumplimiento en contra de los antedichos principios de igualdad de oportunidades e inclusión académica y social” (cons. III *in fine*). La CSJN, aplicando el Art. 280, rechazó el recurso de queja interpuesto por la Universidad demandada, dejando firme la sentencia de Cámara.

De esta manera, tenemos que, en lo que respecta al derecho a la educación el uso del derecho internacional es muy limitado y en general está vinculado a la identificación de la existencia de un grupo desaventajado (como los niños y niñas, personas con discapacidad, personas en condiciones de detención) y no en particular a la afectación del derecho o de su contenido. Además, es necesario recalcar la escasa cantidad de casos que se reclaman ante el Máximo

tribunal del país en este tema, cuando estos casos abundan en los tribunales locales (por ejemplo, en el ámbito de la CABA).⁵⁰

2.c) Derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda digna y adecuada se encuentra reconocido en el texto constitucional⁵¹ y en los tratados de derechos humanos a los que se le ha otorgado jerarquía constitucional.

Sin embargo, y pese a este reconocimiento, el desarrollo de sus alcances por parte de la CSJN aún es limitado y los estándares para su exigencia todavía imprecisos. Muestra de esto son los casos que analizaremos en este trabajo los cuales versan sobre cuestiones relativas al derecho a la vivienda digna y adecuada. Sin embargo, salvo excepciones aisladas, su resolución no conlleva un análisis en profundidad sobre los alcances y estándares de exigencia. Durante el período analizado la CSJN resolvió cerca de 13 fallos en la materia.

Es de notar que del análisis estos casos se puede concluir que si bien la Corte recurre al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para resolver en materia de vivienda, no existe aplicación de precedentes de la Corte IDH, mientras que la referencia a estándares internacionales es limitada. Como veremos en este apartado y ya adelantamos precedentemente, el uso mínimo no sólo se refiere al tratamiento del derecho a la vivienda sino en relación a todas las temáticas que son abordadas en los casos estudiados (ej. niñez, discapacidad, ejecuciones hipotecarias, cuestiones procesales de legitimación activa en reclamos colectivos, entre otras).

En lo que respecta a las **ejecuciones hipotecarias**⁵², como consecuencia de la crisis del año 2001 y la posterior salida de la convertibilidad, las deudas contraídas en dólares para la adquisición de bienes inmuebles con destino a

50 Ver, por ejemplo, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, “Informe Anual 2017”. En el mencionado informe se destaca que, sólo en 2017, fueron presentados 293 reclamos frente a la Defensoría del Pueblo sobre la cuestión educativa. Ver también: “Otro jaque judicial por las vacantes”, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-240215-2014-02-20.html>.

51 El derecho a la vivienda digna había sido incorporado en la Reforma Constitucional de 1949, quedando derogada luego del Golpe de Estado de 1955. Algunos de sus principios fueron posteriormente incluidos en la Reforma Constitucional de 1957 quedando consagrados en el art. 14bis.

52 Fueron resueltos los casos “Breitfeld” de 2011; “Ruiz” de 2012; “Piacquadio” de 2015; “Krieger” de 2016; “Dalamarca” de 2016.

vivienda familiar se tornaron excesivamente onerosas para el tomador del préstamo. Como consecuencia de ello, y ante la imposibilidad del pago de la deuda contraída, un gran número de familias se encontró amenazada por la posibilidad de pérdida de su vivienda. Si bien en estos casos la CSJN resuelve fallar a favor de la conservación de la vivienda única y familiar, lo cierto es que, para así decidir, recurre a las sancionadas leyes de emergencia económica y de refinanciación hipotecaria, es decir, a legislación local de contingencia sin invocación del derecho internacional.⁵³

Aunque el desarrollo de los argumentos en la mayoría de los casos estudiados se centra en la aplicación de estas leyes, el precepto constitucional que manda proteger la vivienda y su conservación resulta el fundamento último de la decisión. Se trata de un principio que deviene dirimente en todos los casos. El fondo se resuelve fundado en la conveniencia de decidir en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna y la protección integral de la familia, con cita al art. 14 bis de la CN, es decir, mediante un reconocimiento explícito de la manda constitucional en relación a la vivienda. Sin embargo, no existe mención a normativa ni jurisprudencia internacionales.

En materia de **acceso al derecho a la vivienda**, el caso “**Q.C.S.Y.**”, es tal vez el más paradigmático de este período (y podría decirse en general, en la historia de la CSJN). Se trata del pedido de acceso a la vivienda de un niño con discapacidad y de su madre, quienes, tras haber cumplido el plazo máximo para la recepción de un subsidio habitacional previsto por el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, quedaron en situación de calle y sin amparo del Estado. Se tuvo por acreditado que la familia se encontraba en situación de extrema vulnerabilidad por tratarse la reclamante de una persona migrante, sin trabajo y en situación de calle con un hijo con discapacidad. La mayoría de la CSJN resuelve que las autoridades de la CABA no han cumplido con sus deberes respecto del derecho a la vivienda de la accionante y su hijo, y ordena distintas medidas para remediar la situación.⁵⁴

53 En este sentido, la CSJN podría haber utilizado diferentes estándares establecidos por el Comité DESC tanto en su OG Nro. 4 y la OG Nro. 7 que específicamente trata estas cuestiones.

54 Ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que intervenga con equipos de asistencia social y salud para garantizar la atención y cuidado del menor; y que provea a la actora de asesoramiento y orientación necesarios para la solución de la problemática habitacional. Asimismo, ordena garantizar a la actora un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de buscar una solución definitiva.

Para resolver el caso, la Corte realiza una reseña del derecho aplicable, con referencias a la Constitución Nacional, la normativa local y tratados internacionales⁵⁵, entre ellos, los del SIDH. Invoca, asimismo, otros instrumentos internacionales como el Protocolo Facultativo del PIDESC y la Observación General N°5 sobre Personas con Discapacidad del Comité de DESC. En este marco, realiza un control de constitucionalidad y de convencionalidad de la normativa y políticas locales.

Si bien aquí la Corte presenta un desarrollo extenso de los alcances del derecho a la vivienda, no ofrece una definición que clarifique parámetros claros para su exigencia al Estado, de manera que pueda sentarse un precedente aplicable a otros casos. Por el contrario, el análisis de idoneidad de las políticas públicas que existen en la Ciudad de Buenos Aires destinadas a paliar la emergencia habitacional se ciñe al caso concreto, considerando únicamente las circunstancias y hechos del caso.

La argumentación de la Corte comienza por reconocer la operatividad de los derechos fundamentales, para pasar a sostener que, en el caso del derecho a la vivienda, esta operatividad es derivada. Seguidamente, explica que eso significa que ella está sujeta al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que “la razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. Así, entiende que los ciudadanos no pueden accionar contra el Estado para solicitar la provisión de una vivienda digna sino sólo en aquellos casos en los que las políticas estatales se consideren irrazonables. Esta nueva distinción que establece la Corte entre operatividad directa y derivada es de gran trascendencia pues parece recuperar la vieja discusión que entendía a los DESC como derechos programáticos. Es que el carácter de *derivado* que la Corte asigna a los DESC tiene como consecuencia limitar su justiciabilidad “puesto que inhibe al Poder Judicial de hacerlos exigibles cuando no existe ley o política pública que lo haga” (Benente, 2018: 31). Salvo en casos de vulnerabilidad muy extrema como el presente, “no habría posibilidad de

55 Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 23, 24 y 27); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 7 y 28); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. 3).

denunciar una inconstitucionalidad por omisión” (Etchichury, 2013: 741), es decir, de accionar judicialmente ante el silencio o falta de respuesta del ejecutivo o legislativo para exigir el cumplimiento de los DESC.

Resta aclarar, a los efectos de este trabajo, que resulta llamativo el uso del derecho internacional en la construcción de esta distinción, pues el reconocimiento de la operatividad de los DESC se sustenta tanto en normativa local como internacional. Puntualmente nos referimos a la OG5 que estableció que “garantizar” (la efectividad de los derechos) significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad” (párrafo 9). Sin embargo, para la construcción de la operatividad derivada, la Corte se sirve de las atribuciones constitucionales (derecho local) que se asignan a cada poder.⁵⁶ Es que no existe normativa internacional que pueda sostener esta distinción, la que, asimismo, parece contradecir a la OG5 citada que reputa a las omisiones, también como violaciones de derechos.

Como vimos, el ámbito de discrecionalidad que tiene entonces el poder ejecutivo para implementar derechos fundamentales encontraría su límite sólo frente a casos extremos. En este sentido, la sentencia ha sido criticada pues “parece limitar este derecho a casos de extrema vulnerabilidad. Un enfoque basado en la prioridad de ciertos grupos o personas no resulta compatible con el texto y el espíritu de los tratados de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional” (Etchichury, 2013: 743). En efecto, la Corte sostuvo que “*es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle*” (cons. 12). Así, parecería que la sentencia tiene por acreditada la falta de garantías mínimas sólo en situaciones de extrema desesperación, estableciendo un estándar muy bajo que se aleja de un reconocimiento generalizado del derecho a la vivienda que permita su exigibilidad judicial en circunstancias, si bien degradantes y violatorias de derechos, no tan extremas como las que se presentan en este caso.

Debe destacarse, sin embargo, que la Corte recupera dos estándares de relevancia en la exigibilidad de DESC. Por un lado, entiende que la razonabilidad

56 La Corte sostiene que la *operatividad* de los derechos fundamentales, que ya ha sido reconocida por la propia Corte argentina (fallos 327:3667; 332:2043), se sustenta en la Constitución Nacional y OG N°5. Su carácter de *derivada* se sostiene mediante argumentos propios al establecer que compete al Ejecutivo y al Legislativo valorar la manera en que estos derechos serán implementados (cons. 10, 11 y 12).

de las políticas públicas también debe ser evaluada a través del estándar de uso del **máximo de los recursos** disponibles y para ello, la Corte cita al Protocolo Facultativo del PIDESC y la “Evaluación...”⁵⁷ para establecer sus alcances. Siempre en referencia al caso concreto, entiende que “*aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable...no parece encontrar la solución más eficiente y de bajo costo*” (cons. 15). En este sentido, es relevante destacar que la Corte identifica al Comité de DESC como el intérprete autorizado del Pacto, al mismo tiempo que sostiene que sus pronunciamientos constituyen “las condiciones de vigencia” de este instrumento (cons. 10), de manera que transforma en obligatoria la aplicación de los estándares que establece el Comité en los términos del art. 75,inc. 22 de la Constitución argentina.

El estándar de **progresividad**, por otro lado, sí tiene sustento en el SIDH. Así, con cita al art. 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, se sostiene el deber de eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración.⁵⁸ Sin embargo la Corte no se adentra en un análisis de su cumplimiento en el caso concreto.

Del análisis de este caso, vemos que tampoco en esta oportunidad la Corte ha fundado su resolución en sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, como vimos, algún estándar del SIDH se utiliza para fundar la vigencia el derecho a la vivienda, principalmente para sostener el estándar de progresividad reconocido en materia de DESC, y el deber de protección del Estado respecto de las personas con discapacidad.

Finalmente, creemos necesario destacar los votos concurrentes del presente caso, pues representan un avance en materia de derechos. El voto del juez Petracchi sostiene que el efectivo reconocimiento del derecho a la vivienda importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo, adoptando para ello, medidas proporcionadas, que respeten las prioridades que la Constitución asigna, y haciendo *el mayor*

57 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por ley 26.663 publicada en el B.O. del 12 de abril de 2011) y punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1.

58 El estándar de progresividad se funda también, más adelante, en el art. 4.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (cons. 14).

esfuerzo posible en razón de lo previsto por el PIDESC (cons. 10). En este sentido, establece que el desamparo de personas en situación de extrema vulnerabilidad impone la *presunción de que prima facie*, las políticas públicas implementadas no son razonables y, en consecuencia, esa presunción de inconstitucionalidad pone en cabeza de la demandada la carga probatoria de que los recursos del gobierno han sido ejecutados al máximo nivel posible y que su distribución ha tenido en cuenta las prioridades asignadas por la Constitución. Dado que la demandada no ha probado nada de ello, concluye que los recursos del gobierno han sido asignados de manera irrazonable. Parece, entonces, estar un paso adelante respecto del voto de la mayoría, pues la presunción establecida y la carga probatoria impuesta, trascienden el caso concreto para pasar a ser aplicables a otros casos en los que se exija el efectivo cumplimiento de los DESC.

Por su parte, el voto concurrente de la jueza Argibay, se centra en destacar que la normativa, especialmente la internacional, sobre personas con discapacidad aplicable al caso⁵⁹, impone al Estado la obligación de establecer medidas especiales distintas a las diseñadas en el régimen general y que, en consecuencia, es irrazonable incluir a la actora y a su hijo dentro del mismo grupo en el que se encuentran las personas sin discapacidad. Vemos entonces que este voto también agrega un punto relevante, cual es la necesidad de políticas diferenciadas y específicas para personas con discapacidad debido a la condición especial que revisten.

Por esto, es posible afirmar que la sentencia, que ha sido aplaudida desde diversos ámbitos, implica avances y retrocesos. Pueden identificarse como avances, tanto el reconocimiento del Comité de DESC como intérprete del Pacto homónimo, así como el rechazo del argumento de la escasez de recursos como excusa para la falta de cumplimiento de garantías mínimas. Sin embargo, también se advierte que la Corte ha dejado pasar una oportunidad para establecer parámetros que operen como estándar de exigibilidad del derecho a la vivienda (y de otros DESC) que puedan ser aplicados en futuros casos. Es llamativo que no haya recurrido a la Observación General N 4 sobre parámetros

59 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 inc. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, art 3, Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 28 y 7.

del derecho a la vivienda, a la que sí ha recurrido en otras sentencias en las que se encontraba en juego este derecho. Asimismo, ha despertado preocupación la introducción de una distinción entre operatividad directa y derivada, pues introduce limitaciones a la exigibilidad judicial de los DESC.

Por otro lado, se han analizado las decisiones de la CSJN en relación a los recientes aumentos de **tarifas de servicios** decretados por el Poder Ejecutivo Nacional y que motivaron una enorme cantidad de amparos (individuales y colectivos) con el objeto de dejar sin efecto su implementación, entendiendo como parte integrante del derecho a la vivienda digna la disponibilidad de los servicios de energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado comprende su asequibilidad a un costo razonable (OG 4, Comité de DESC).

El caso “**Centro de Estudios**” es un amparo colectivo que pretende dejar sin efecto un aumento tarifario significativo dispuesto para los usuarios residenciales del servicio de gas a nivel nacional, hasta tanto se celebre la audiencia de participación ciudadana prevista por la legislación. La Corte falla a favor de los actores y para hacerlo se basa en los arts. 42 y 43 de la CN que tienen por objeto la protección colectiva de usuarios y consumidores. En el desarrollo argumentativo se destacan diversas temáticas: servicios públicos, desequilibrio fiscal, financiación del estado, sistema republicano, participación ciudadana. Entre ellas, solo en materia de servicios públicos se recurre a la utilización de estándares del derecho internacional. Mediante legislación local (ley 24076 de privatización del servicio de gas), la Corte destaca que la determinación de la tarifa debe ser compatible con la seguridad del abastecimiento, al mismo tiempo que recupera la OG N4 para recordar que la vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables. La presente observación del Comité de DESC tiene especial relevancia en este caso pues es la normativa mediante la cual se la Corte establece que la necesidad de contar con servicios públicos asequibles es parte integrante del derecho a la vivienda digna. Asimismo, se basa en fallos propios para sostener que es el mercado el que debe adaptarse a los moldes que la Constitución y el Derecho Internacional establecen para el ejercicio de los derechos y del bien común.

La misma OG es tomada por la CSJN en el caso “**Escobar**” para recordar, esta vez, que el derecho a la vivienda comprende, también, la seguridad jurídica. En el marco de la discusión por el delito de usurpación de una

vivienda, el caso llega a la Corte para resolver la admisión como parte de la Asesoría Tutelar en representación de los menores que habitaban en ella.⁶⁰ Si bien se desestima el reclamo de la Asesoría de ser tenida como parte, se obliga a los jueces de instancias inferiores a mantenerla informada de la situación de los niños/as involucrados/as, tras entender que la afectación de su derecho a la vivienda es anterior al desalojo que se pretendía evitar y que esos niñas y niños no son imputados por el delito que se investigaba. Se funda en la Convención sobre los Derechos del Niño para poner de resalto la importancia de la vivienda en el desenvolvimiento efectivo de los niños y niñas. Sin embargo, no existen referencias al SIDH.

Por último, la causa “**Mendoza**”⁶¹ llega nuevamente ante la Corte Suprema como consecuencia de un oficio remitido por la Asesoría Tutelar en virtud del peligro que representan para la salud de niños/as y adolescentes involucrados las demoras en la relocalización de los grupos familiares que residen en el camino de sirga del Riachuelo de las villas 21/24 y 26, dada la alta contaminación de la zona. Se trata de una resolución que, sin profundizar sobre el derecho a la vivienda (tampoco cita jurisprudencia ni legislación sobre el tema), se remite a lo decidido por propia CSJN, anteriormente en la misma causa⁶², sobre la prioridad que debe darse al proceso de relocalización de las familias mencionadas.

Si bien el caso debería tener un alto impacto en el derecho a la vivienda de los habitantes de los barrios afectados como en el desarrollo del ambiente sano, la Corte no se pronuncia sobre el contenido de estos derechos, y en consecuencia, tampoco hace uso de estándares de DIDH.

El análisis de estos fallos relativos al derecho a la vivienda que han llegado y han sido resueltos por la CSJN en los últimos años nos permite afirmar que existen algunas referencias a los estándares establecidos en el sistema

60 Solo se toma este caso en materia de usurpación porque allí la CSJN fija estándares en materia de derecho a la vivienda y no se resuelve solo como una cuestión penal.

61 CSJN, “Mendoza” del 19 de diciembre de 2012, donde se ordenó a los jueces de ejecución hacer especial énfasis en la erradicación y relocalización de barrios de emergencia y asentamientos poblacionales precarios.

62 El 8 de julio de 2008 la Corte Suprema de Justicia argentina dictó sentencia en la causa “Mendoza” iniciada por un conjunto de vecinos para demandar la recomposición ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y alrededores. Se trata de un fallo histórico que ordenó el saneamiento del Riachuelo y la relocalización de las viviendas que se encuentran en el camino de sirga de ese río, dados los altos niveles de contaminación. Al respecto, v. AA.VV (2014), BERGALLO (2014), entre otros.

internacional de protección de derechos humanos. Por ejemplo, en lo que se refiere al reconocimiento del derecho a una vivienda digna y adecuada (tratados internacionales), a su contenido (OG4 Comité de DESC), a los estándares de exigencia (OG5 Comité de DESC). Sin embargo, las referencias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos son escasas, mientras que no existe utilización de jurisprudencia de la Corte IDH. Ni siquiera para aplicar estándares en la identificación de grupos vulnerados.

2.d) Derecho al agua potable y al ambiente sano

Durante el periodo 2007-2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió 158 casos en materia de derecho al ambiente sano. Sólo en 17 de esos fallos la Corte resolvió sobre el fondo de la controversia planteada,⁶³ mientras que en los restantes 141 se limitó a pronunciarse sobre cuestiones de competencia, jurisdicción y legitimación para accionar. En este período hubo un único caso en que la Corte trató el derecho al agua potable. Con respecto a la aplicación de estándares internacionales, solo en **Kersich** y en la disidencia del juez Zaffaroni en la causa **Ramírez** se citan disposiciones de organismos internacionales; en el resto de los casos la Corte se limita a citar legislación y jurisprudencia nacional.

El fallo “Kersich” se destaca ya que es la única sentencia del período que hace referencia al derecho al agua potable y lo califica como un derecho humano. El conflicto de suscita cuando vecinos de la ciudad de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires, interponen una acción de amparo contra la empresa Aguas Bonaerenses S.A debido a que el agua contenía niveles de arsénico superiores a los permitidos por la legislación vigente a fin de que la empresa adecue la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario. Asimismo, promovieron una medida cautelar a fin de que la empresa garantice el acceso al agua potable y se prohíba el consumo del agua corriente en ciertos sectores. Esta medida cautelar fue concedida en primera instancia y ratificada posteriormente. El caso llega a la CSJN como impugnación al otorgamiento de esta medida cautelar. En primer lugar, la CSJN califica a la

63 Se trata de 8 causas por Pedido de Informes de Impacto Ambiental, 3 por Realización de Audiencias Públicas y 6 Medidas cautelares.

demanda como un amparo colectivo⁶⁴ y establece las reglas con las que debe interpretarse la participación de los actores. En cuanto al fondo, la Corte afirma que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, por lo que debe ser tutelada por los jueces (cons. 12).

En este sentido, argumenta que el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que “velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación a sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluidos recursos judiciales, cuasijudiciales y otros recursos apropiados”. Cita a su vez a la resolución A/RES/64/292 del 30/07/2010, de Naciones Unidas, donde se declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 14, párr. 2) y al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), los cuales predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos, como también a la Convención sobre los Derechos del Niño, (Art. 24, párr. 2) que exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre.

También explica que documentos de organizaciones internacionales incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General No 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en virtud de la cual se dijo que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

Por lo demás, habla del derecho humano al agua citando casos de la Corte IDH **Comunidad Indígena Jakie Axa vs. Paraguay**,⁶⁵ **Vélez Loor vs.**

64 Invocando el caso Halabi (2009) en el cual la CSJN delimitó tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

65 En el cual se sostuvo que “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el

Panamá, ⁶⁶Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Resuelve que se dicte una nueva sentencia pero que se mantenga hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada la medida cautelar ordenada, con base a los principios de prevención y precautorio.

Por su parte, en el fallo **Ramírez**, el juez Zaffaroni reconoce el derecho a reclamar por la preservación del ambiente por ser un derecho constitucional. El caso se inicia a raíz de que la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas confirmara, en lo sustancial, el pronunciamiento de primera instancia haciendo lugar a la demanda que Juan Carlos Ramírez —en su condición de pescador

caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia (cons. 167). Siendo que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria la Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad. En consecuencia la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.

- 66 En el caso, la Corte IDH la Corte estima probado que en junio de 2003, mientras el señor Vélez Loor se encontraba recluso en el Centro Penitenciario La Joyita, se produjo un problema en el suministro de agua que habría afectado a la población carcelaria. Señala que “la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención. En relación con el derecho al agua potable, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que [] los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Asimismo, las Reglas Mínimas establecen que [] [s] e exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza[], así como que [] [t]odo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite. En consecuencia, los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para su higiene personal (cons. 215). Asimismo que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre (cons. 216).

comercial— había articulado contra la Entidad Binacional Yacyretá (en adelante EBY) para que se le reconocieran los daños y perjuicios ocasionados por el quebranto de la actividad comercial pesquera que desarrolla, a raíz de la construcción de la represa Hidroeléctrica Yacyretá.⁶⁷ Sostuvo el Juez Zaffaroni que, en primer lugar, es el propio art. 41 de la Constitución Nacional el que impone a todos los habitantes el deber de preservar el medio ambiente. Por ende, con mayor razón este deber de preservación ambiental incumbe al Estado, lo que, por otra parte, se prescribe claramente en el párrafo tercero del mencionado artículo constitucional, siendo que este esquema, a su vez, se deriva de las Declaraciones de las Conferencias de las Naciones Unidas de Estocolmo (1972), de Río de Janeiro (1992) y de Johannesburgo (2002), de las cuales la República Argentina forma parte (cons. 4). Agrega además que, conforme uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiterativo de su tradicional jurisprudencia, cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una “justa indemnización”.⁶⁸ Y las reparaciones, “como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” y no pueden implicar el “empobrecimiento de la víctima”. Por lo demás, en la jurisprudencia de la Corte, no está ausente la evaluación del daño como “frustración del desarrollo pleno de la vida”. Por lo tanto, la pérdida de capacidad laboral de una persona en razón de un acto ilícito es resarcible según pacífica y no contradictoria jurisprudencia de todos los tribunales de la República.

67 Por su parte, el voto mayoritario sostuvo, haciendo suyo el Dictamen de la Procuración y con la sola invocación de normas locales, que corresponde rechazar la demanda toda vez que el reclamo de daños y perjuicios ocasionados por el quebranto de la actividad comercial pesquera que desarrolla el demandante —a raíz de la construcción de una represa hidroeléctrica— no configura un “caso” o “causa”, por falta de un perjuicio concreto debidamente demostrado. Agrega además que la demanda tendiente a obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a un pescador por el quebranto de la actividad comercial que desarrolla —a raíz de la construcción de una represa hidroeléctrica—, debe ser rechazada toda vez que no puede entenderse que exista en cabeza del actor un derecho o interés incorporados al patrimonio susceptibles de generar un derecho al resarcimiento basado en el supuesto deber del estado de mantener una determinada cantidad y calidad de especies en el río, pues de otro modo se extendería de manera irrazonable la responsabilidad del Estado al punto de constituirlo en garante de ventajas económicas del demandante, sin que exista deber de hacerlo.

68 Corte IDH, “Bamaca Velázquez”.

En lo que respecta al alcance de las indemnizaciones sostiene que el artículo 63.1 de la Convención Americana destaca expresamente “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” y que así lo ha aplicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁹ De esta manera la utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH que realiza el Juez Zafarroni sirve para fijar el alcance de la indemnización pero no para definir el fondo de la cuestión, en su caso vinculado a la preservación del medio ambiente.

El análisis de estos fallos relativos al derecho al medio ambiente y al agua que han llegado y han sido resueltos por la CSJN en los últimos años nos permite afirmar que a) pese a la gran cantidad de casos que se reciben muy pocos son resueltos sobre el fondo por la CSJN, b) en estas resoluciones son casi nulas las referencias a los estándares establecidos en el sistema internacional de protección de derechos humanos. Estos han sido utilizados en forma excepcional e invocando más un carácter de autoridad del estándar internacional que para resolver la cuestión de fondo, para lo que en general se invocan normas locales.

Algunas conclusiones

La CSJN recibe gran cantidad de demandas por violaciones de DESC. Sin embargo, llama la atención la cantidad de casos que se resuelven respecto de ciertos derechos, como el derecho a la salud, y la poca cantidad por otros DESC como educación y vivienda. Asimismo, es llamativo cómo se va achicando la entrada si sólo se toman los casos en los que la CSJN resuelve finalmente sobre el fondo del problema planteado. Esto es muy claro en el caso de derecho al medio ambiente y al agua.

Por lo demás, es de destacar el escaso desarrollo conceptual respecto de la exigibilidad de los DESC (excepcionalmente esto se verifica en el caso “**Q.C.**” sobre vivienda), pese a que en las sentencias donde se resuelve el fondo, se lo hace a favor de su justiciabilidad.

El relevamiento efectuado también nos permite concluir que en general se trata de litigios individuales, promovidos por el afectado/ la afectada. Existen ciertos casos de litigio estructural promovido por ONGs u otros organismos que

69 Caso “Velázquez Rodríguez”, Caso “Godínez Cruz”, Caso “Aloeboetoe y otros”.

se dedican a la defensa de los derechos humanos. La CSJN, en general, también ha resuelto los casos como casos individuales aunque en ciertos supuestos los efectos fueron más amplios. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de medio ambiente. También la Corte amplió el alcance de su decisión en el caso “**FAL**” donde si bien el caso llega por una denuncia concreta respecto de una niña embarazada que quería acceder a la práctica, la Corte hace algo más que definir como debe interpretarse el art. 86 del CP en el caso concreto.

También, podemos concluir, que la utilización del DIDH por parte de la CSJN en materia de DESC es escaso, en especial si consideramos estándares del SIDH. Sin embargo, las sentencias de la CSJN han sido de avanzada sin aplicación de estándares del DIDH. Esto incluso es sabido por la propia Corte IDH que ha reconocido en el caso “Poblete Vilches” (2018) que “las decisiones de altas cortes de algunos Estados de la región han desarrollado la tutela de los derechos de las personas mayores en materia interna, destacando la necesidad de brindar una protección especial para el adulto mayor” (cons. 129). Asimismo, en los casos en donde existe aplicación de estándares internacionales o interamericanos esta aplicación por parte de la CSJN es poco sistemática y más bien casuística dependiendo del derecho que se trate y del grupo afectado. Aquí resulta interesante señalar que la CSJN siempre definió los contenidos mínimos mediante la aplicación/ interpretación de la ley local (salvo en el caso de derecho a la vivienda “Q.C.”). En cambio, parece que la Corte IDH arranca un nuevo camino desde la sentencia “Poblete Vilches” definiendo contenido mínimos por la dignidad de la persona.

Es necesario también considerar que esta escasa recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH puede deberse a la escasa cantidad de fallos que la Corte ha dictado sobre el tema, pues por ejemplo, cuando el derecho social aparece ligado a otro derecho civil y político, como por ejemplo las condiciones de detención o la vida, la aplicación es más visible. De esta manera, en temas de DESC (específicamente en educación, vivienda y salud) la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH es escasa. Sirve para identificar grupos en situación de vulnerabilidad como mujeres y personas con discapacidad y establecer obligaciones del Estado respecto de ellos pero no para fijar alcances de DESC. En este sentido, la manifestación de la Corte IDH de que existen violaciones directas a los DESC y la elaboración de estándares claros en la materia podría tener un alto impacto en la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito local y en su utilización por parte de los tribunales locales. Básicamente

al mostrar que los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando no cumplen con la garantía plena de los DESC. A su vez, esto sería un gran avance pues permitiría fijar “mínimos básicos” del cumplimiento y obligaciones de los Estados en materia de DESC. En esta línea, sostiene Abramovich que la función del SIDH consiste “en dar más voz a los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales” (ABRAMOVICH, 2011).

Bibliografía

AA.VV (2014) *La causa “Mendoza”: la relocalización de las familiar y el derecho a una vida digna. Las personas no son cosas* en Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA, Año 4, Nro 6, Diciembre.

AAVV (2017) Dossier “Algunas miradas sobre la Constitución y el Derecho Internacional”, Revista Pensar en Derecho, Nro. 10, Facultad de Derecho, UBA.

ABRAMOVICH, V. (2011) “Autonomía y Subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales” en Rodríguez Garavito, C. *El derecho en América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

ABRAMOVICH, V. / PAUTASSI, L (2009) “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales” En: Abramovich/ Pautassi (comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ABRAMOVICH, V. / ROSSI, J. (2007) "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 9 (Número especial).

ARBALLO, G. (2017) “Revisión de las estadísticas de la Corte 2012-2016” disponible en <http://www.saberderecho.com/2017/03/revision-de-las-estadisticas-de-la.html>.

ARCIDIÁCONO, P. /BARRERA, L. (2018) “El activismo de la sociedad civil por la educación inclusiva en el campo judicial. Un estudio de caso” en *Estudios Sociojurídicos*, Bogotá, 20 (2): 51-76, Julio-Diciembre.

BARRERA, L. (2012) *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

BARRERA, L. (2018) “Gatekeeping. Documents, Legal Knowledge, and Judicial Authority in Contemporary Argentina”, en *Revista PoLAR*; Vol. 41, Nro 1.

BENENTE, M. (coord.) (2018) “Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia”, Editores del Sur, Buenos Aires.

BERCOVICH, L., MAURINO, G. (2013) “Los Derechos Sociales en la Gran Buenos Aires”, Eudeba, Buenos Aires.

BERGALLO, P. (2014) “El caso Mendoza, una experiencia de judicialización cooperativa”, en Gargarella, R. (comp.), *Justicia dialógica*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

BERGALLO, P. (comp.) (2011) “Aborto y Justicia Reproductiva”, Buenos Aires, Editores del Puerto.

BERGALLO, P. / JARAMILLO SIERRA, I. C. / VAGGIONE, J. M., (comp.) (2018) “El aborto en américa latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras”, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

CLÉRICO, L. (2009) “Los derechos no enumerados. Comentario al art. 33 de la Const. Nac.” En *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Sabsay/Manili (coord.), Buenos Aires; p. 1222 – 1261.

CLÉRICO, L. / RONCONI, L. (2012) “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos” en *Revista de Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Santiago de Chile.

CLÉRICO, L. / RONCONI, L. / ALDAO, M. (coord.) (2013) “Tratado de Derecho a la Salud”, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CLÉRICO, L. / RONCONI, L. / SCIOSCIOLI, S. / ALDAO M. / MENDIZÁBAL. (2013) “El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el ‘Marco regulatorio de la medicina prepaga’” en Clérico, Ronconi y Aldao (coord.).

Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires. AbeledoPerrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1417-1495.

COURTIS, C. (2014) “Artículo 26. Desarrollo progresivo” en Steiner C./Uribe P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Chile: Fundación Konrad Adenauer.

ETCHICHURY, H. (2013) “Un techo razonable: el derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema Argentina” en *Revista de Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Vol. 11, Nro. 2, Santiago de Chile.

FILIPPINI, L. (2007) “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo - Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, pp. 191-202.

GOTLIEB, V./ YAVICH, N./ BÁSCOLO, E. (2016) “Litigio Judicial y el derecho a la salud en Argentina”, *Cadernos Saúde Pública* Vol. 32 No. 1.

KRSTICEVIC, V. (2006) “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano” en Yamin A. (coord.) *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, IDRC/ APRODEH, México, pp.171-194.

PALACIOS, A. (2008) El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

PARRA VERA, O. (2018) “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del art. 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo” en Ferrer MacGregor, E. Morales Antoniazzi, M. y Flores, R. (coord.) *Inclusión, iuscommune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 181-234.

PINTO, M. / MAISLEY, N. (2019) "From Affirmative Avoidance to Overriding Alignment: The Engagement of Argentina's Supreme Court with International Law", En Tzanakopoulos, A. / Shany, Y. / Nollkaemper, A. (Eds.), *Principles*

on the Engagement of Domestic Courts with International Law. Oxford: Oxford University Press.

PINTO, M./ SIGAL, M. (2018) "Influence of the ICESCR in Latin America" en Moeckli, D. / Keller, H. / Heri, C., *The Human Rights Covenants at 50: Their Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido).

PLOTKIN, S. / ORENSTEIN, W. / OFFIT, P. (2008). *Vaccines*. 5th ed. Saunders, en OMS, UNICEF, Banco Mundial. "Vacunas e inmunización: situación mundial", tercera edición. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2010, disponible en: www.who.int.

RODRÍGUEZ RESCIA, V. M. "Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: Mecanismos para su protección". Disponible en: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366924736.pdf>.

RONCONI, L. (2016) "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos* No. 12: 119-131.

RONCONI, L. (2018) "Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento", Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

ROSENKRANTZ C. (2005) "En *contra de los 'Préstamos'* y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1, pp. 71-96.

ROSSI, J. (2013) "Los derechos en las políticas sociales y el rol de los indicadores en perspectiva regional", AAVV, *Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, Santiago de Chile, p. 93. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/623/Seminario%20DESC?sequence=4>.

SABA, R. (2016) "Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el estado a los grupos desaventajados?", *Siglo XXI*, Buenos Aires.

SABELLI, H. (2017) "Cómo trabaja la Corte", Editorial *Jurisprudencia Argentina*, año 2007-I.

SALMÓN, E. / BREGAGLIO, R. (2014) "Estándares Jurisprudenciales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano" en Burgorgue-Larsen, L., Maués, A., Sánchez Mojica, B.E. (coords.), *Derechos Humanos y Políticas Públicas - Manual*, Red Derechos Humanos y Educación Superior, Universidad Pompeu Fabra.

SALVIOLI, F. (2014) "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos"; En Revista N 40; ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica.

Fallos CSJN

"A., M. G. e/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/ sumas de dinero", del 5 de septiembre de 2017.

"A., V. M. c/O.S.F.G.P.I.C. y D. s/ amparo ley 16.986", del 13 de diciembre de 2016.

"Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias" del 1 de junio de 2012.

"Bahamondez, Marcelo s. medida cautelar" del 6 de abril de 1993.

"Breitfeld, Diego Ariel y otro c/ Salvatierra, Marta del Valle s/ejecución hipotecaria", 8 de noviembre de 2011

"Castillo, C. Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/amparo", del 12 de diciembre de 2017.

"Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo", 18 de agosto de 2016

"D., M. A. y otro s/declaración de incapacidad", 7 de julio de 2015

"Dalamaca S.A. c/ Nahra, Raúl Héctor y otro s/ ejecución especial ley 24.441", 28 de junio de 2016.

"Duich Dusan, Federico c/ CEMIC Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/amparo" del 29 de Abril de 2014.

"F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" del 13 de marzo de 2012.

“González de Delgado C. c/ Universidad Nacional de Córdoba”, del 12 de septiembre de 2000.

“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, sentencia del 24 de febrero de 2009.

“I., C. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo” del 30 de septiembre de 2008

“I., J.M. s/protección especial”, 7 de junio de 2016.

“Indalia Ponzetti de Balbín C/ Editorial Atlántida S.A. S/ Daños Y Perjuicios” del 11 de Diciembre de 1984.

“Juan Carlos Ramírez c/ Entidad Binacional Yacyretá”, sentencia del 05 de junio de 2007.

“Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otros s/amparo”, sentencia del 02 de diciembre del 2014.

“Krieger, Ana Inés c/ Sánchez, Orlando Rubén s/ daño moral”, 13 de septiembre de 2016.

“L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC)” s/ amparo del 20 de mayo de 2014.

“L., S.R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia s/ subsidio de salud s/ amparo” del 10 de diciembre de 2013.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, 19 de diciembre de 2012

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, sentencia del 8 de julio de 2008.

“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amito vs. Argentina” del 17 de febrero de 2017.

“Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ E.N. -P.E.N.- M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, 31 de octubre de 2006.

“N.N. o D. V. s/ protección y guarda de personas” del 12 de junio de 2012.

“Naranjo, Emiliano Pablo c/ Universidad Nacional de La Matanza s/ amparo ley 16.986”, 10 de noviembre de 2015.

“Núñez de Zanetti, Mónica Viviana c/ Famyl S.A. Salud para la Familia s/ reclamo contra actos de particular”, del 9 de septiembre de 2008.

“P. L., J. M. c/I.O.M.A. s/amparo - rec. extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley”, del 19 de marzo de 2014

“Piacquadio, Rolando Antonio c/ Zozzia, Mabel Concepción s/ejecución”, 4 de mayo de 2015.

“Q. C., S. Y., c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24 de abril de 2012.

“R., M. J. s/ insania” del 19 de febrero de 2008.

“Rivero, Gladys Elizabeth s/amparo – apelación”, 9 de junio de 2009.

“Ruiz, Rafael Anacleto c/ Ferreiro, Alberto s/ Ejecución hipotecaria” del 10 de julio de 2012.

“S. de B., M. del C. c/ Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional” del 1 de septiembre de 2009.

“Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo” del 18 de junio de 2008.

“Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta”, del 6 de junio de 2006.

Otros fallos Arg

Cámara Federal de San Martín, Sala II “Naranjo Emiliano c/ UNLAM s/ amparo” sentencia del 17 de Marzo de 2014.

Fallos Corte IDH

Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia de 01 de Julio de 2009. Serie C No. 210.

Aloeboetoe y otros, Reparaciones, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C No.15.

Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Atala Riffó y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

Bamaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones y costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio 2015. Serie C No. 296.

Cantos, J. M. vs. Argentina. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98,

Claude Reyes, del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 125.

Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 224

Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989. Serie C. No. 8.

Gonzales Lluy c. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298.

Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Lagos del campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

Montero Aranguren y otros (Reten de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Fondo. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 241.

Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 marzo de 2018. Serie C No 349.

Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261,

Velázquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sent. del 21 de julio de 1989. Serie C. No. 7.

Vélez Loor Vs. Panamá sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 218.

Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Serie C No. 218

Otros documentos

CIDH, Admisibilidad. Ivanildo Amaro Da Silva y otros vs. Brasil, Petición 1198-005, informe No. 38/10. (2010).

CIDH, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto peruano de seguridad social y otras v. Perú, Caso 12.670, informe No. 38/09 (2009)

CIDH, Baby Boy vs. Estados Unidos de América, caso 2141, informe no. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981)

CIDH, Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas con VIH/Sida v. Guatemala, caso 12.484, informe no 2/16, OEA/Ser.L/V/II.157 Doc. 6 (2016)

CIDH, Milton García Fajardo y otros v. Nicaragua, Caso 11.381, informe No. 100/01 (2001)

CIDH, Víctor Rosario Congo v. Ecuador, caso 11427, informe no 63/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 6 rev. (1999)

Corte IDH. "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 Y 75)", Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982.

Corte IDH. "Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 Y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983.

ONU: "Programa de Acción Mundial para los Impedidos", aprobado por la Asamblea General mediante resol. 37/52 [A/37/51] (1982).

ONU: "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad" aprobado por Asamblea General mediante resol 48/96. A/RES/48/96. (2014)

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. E/C.12/2000/4.

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general N° 4 (1991): "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Doc. E/1992/23.

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Observación general N° 7 (1997): "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos" Doc. E/1999/22, anexo IV.

ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. "Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley " OG No 5. CRPD/C/11/4 (1994)

ONU: Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Principios EM) (1991). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 46/119. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/68.htm>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, (2018) "Informe Anual 2017". Disponible en: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2018/03/InformeAnual2017.pdf>

Otras sentencias

TEDH, Testigos de Jehová de Moscú y otros c/ Rusia del 10 de junio de 2010.

TEDH, Winterwerp c. Países Bajos del 24 de octubre de 1979

TEDH Slawomir Musial v. Polonia del 20 de enero de 2009

Hacia una evaluación integral de la aplicabilidad del Control Difuso de Convencionalidad: Estudio de caso sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia

Nicolás Montoya Céspedes¹

Desde hace más de una década, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante, Corte IDH o Corte de San José) profirió su célebre fallo *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*², se pregona que el control difuso de convencionalidad tiene el potencial de reducir significativamente la cantidad de violaciones de los derechos humanos en el hemisferio³. Esto es así puesto que, en caso de ser aplicado correctamente, dicho control debería llevar a los jueces nacionales a corregir, y eventualmente prevenir, de manera más eficiente la actuación del Estado en relación con el cumplimiento de las obligaciones que se derivan tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (En adelante, la Convención, CADH o Pacto de San José)⁴. El enorme potencial del control difuso de convencionalidad, sin embargo, corre riesgo de ser desperdiciado. Esto se debe a que su éxito depende de la manera

1 Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Miembro del Grupo de Estudios de Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona (GEDILAS). Correo electrónico: mnmontoyacespedes@gmail.com

2 Corte IDH, *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, (Excepciones previas, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C., No. 154.

3 Un buen ejemplo de esta postura se encuentra en el trabajo de Sagüés. En un artículo llegó a manifestar que el control de convencionalidad “*se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto*” SAGÜÉS, N. “*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*”, Estudios constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, p. 118.

4 Véase NASH, C. *Control de Convencionalidad: de la dogmática a la implementación*, Porrúa – IMDPC, México, 2013. [Nash afirma que “*el análisis del control de convencionalidad es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional*”, p. 211]

en la que las jurisdicciones nacionales reaccionen a la invitación a ser jueces convencionales de derecho común⁵.

Esta reacción puede ser evaluada de dos maneras. De un lado, la literatura jurídica latinoamericana se ha concentrado en estudiar cómo la Corte IDH y los principales tribunales nacionales, usualmente los de mayor jerarquía jurisdiccional, han interactuado en temas específicos o en señalar los distintos ámbitos jurisprudenciales en los que dicha interacción se podría o debería presentar⁶. Por ello, no es extraño encontrar estudios sobre cómo este grupo reducido de jueces nacionales ha interiorizado o desechado la jurisprudencia de la Corte de San José. Los estudios de este tipo acuden, implícitamente, a una aproximación del fenómeno desde arriba hacia abajo (*top-down*) ya que buscan estudiar si la jurisprudencia internacional influye en la jurisprudencia nacional y cómo se produce dicha influencia.

Aunque resulte comprensible, este tipo de análisis no resultan ser del todo satisfactorios. Esto se debe a que, de una parte, a pesar de que la aplicación del control difuso de convencionalidad ha sido estrechamente asociada con el denominado “diálogo de los jueces” en el hemisferio⁷, debe reconocerse que, en realidad, esta aproximación no denota la existencia de una comunicación jurídica transnacional⁸, sino que, más bien, sería una prueba de la existencia de un proceso jurídico transnacional⁹. Dicho de otra forma, este tipo de estudios no muestran la existencia de diálogo sino de una influencia unilateral en la que se busca que los desarrollos de la jurisdicción internacional, basada en la legitimidad que ha adquirido o en ciertas normas nacionales que la facilitan y

5 BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional / Working papers on European Law and regional Integration*, WP IDEIR, No. 22, 2014, pág. 11.

6 Un ejemplo reciente de este tipo de aproximación se encuentra en QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, 3ra Edición, Temis, Bogotá, 2017, pp. 206-240 [En este estudio, referente a Colombia, el autor se concentra en la actividad jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado]

7 Sobre este punto, entre las muchas contribuciones, vale la pena resaltar el voto razonado del Juez Ad-Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010.

8 SLAUGHTER, A.-M., “A typology of transnational judicial communication,” *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1995 1994, pp. 99 – 137.

9 KOH, H. H., “Transnational legal process,” *Nebraska Law Review*, vol. 75, no. 1, 1996, pp. 181 – 208.

promueven, penetren progresivamente la jurisprudencia nacional que no tiene otro remedio que seguir los lineamientos fijados en los fallos de jueces foráneos.

De otra parte, al analizar el control difuso de convencionalidad como una relación entre jueces internacionales y únicamente los jueces nacionales de mayor jerarquía jurisdiccional, se desconoce que, tal como fuera planteada en la jurisprudencia de la Corte IDH, dicha obligación recae en todo tipo de autoridades estatales, incluyendo autoridades administrativas y operadores judiciales de menor jerarquía¹⁰. Ahora bien, resulta incuestionable que los jueces nacionales de mayor jerarquía están llamados a desempeñar un rol protagónico en el desarrollo e implementación del control difuso de convencionalidad. Esto se debe a que ellos se encuentran en una posición inmejorable para articular las obligaciones internacionales del Estado y las disposiciones del ordenamiento jurídico interno y, además, a que por su misma esencia están llamados a dar luces a los demás operadores jurídicos en el territorio nacional sobre la manera en la que se deben interpretar las normas en el ordenamiento jurídico estatal. Sin embargo, restringir el estudio del control difuso de convencionalidad a la manera en la que las cortes supremas o los tribunales constitucionales lo aplican, dejaría de lado fenómenos importantes que podrían, en ciertos casos, arrojar resultados interesantes sobre la manera en la que los jueces nacionales, entendidos ellos como un colectivo más representativo y no una reducida pero significativa muestra, han atendido el llamado de la Corte de San José.

Finalmente, al delimitar el estudio de la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad a la manera en la que las cortes supremas o los tribunales constitucionales lo adelantan, cuando lo adelantan, se deja de lado un hecho trascendental. Por la manera en la que las jurisdicciones nacionales están organizadas, no todos los procesos judiciales que se adelantan en un Estado son estudiados directamente por las autoridades judiciales de mayor jerarquía. Por lo tanto, es razonable asumir que no todos los procesos judiciales en los que sería relevante la aplicación de un control difuso de convencionalidad son atendidos por las corporaciones judiciales de mayor jerarquía jurisdiccional.

Así las cosas, los análisis que han abordado el control difuso de convencionalidad “desde arriba” deben ser complementados por estudios que aborden la misma

10 Al respecto, véase, IBÁÑEZ, J., “Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, pp. 103- 113.

problemática “desde abajo” (*bottom-up*). Este enfoque podría poner en evidencia que la consolidación de esta obligación no depende necesariamente de la aceptación que de ella hagan las máximas autoridades jurisdiccionales de los Estados parte del Pacto de San José. Así, por ejemplo, podría presentarse un fenómeno similar al que se evidenció en Europa en el contexto de la integración económica con el uso de la cuestión prejudicial. Allí se ha visto cómo los jueces de inferior jerarquía, ante la cierta apatía que algunos de los tribunales de mayor autoridad jurisdiccional evidenciaban frente al mecanismo, decidieron acudir directamente a la jurisdicción comunitaria para que esta resolviera algunos problemas jurídicos que la puesta en marcha de lo que actualmente se conoce como la Unión Europea planteaba. Esto, con el tiempo, llevó a los aquellos órganos jurisdiccionales a acudir al mismo mecanismo para participar en el diálogo judicial¹¹.

Abordar el fenómeno desde una perspectiva “desde abajo” tiene evidentemente limitaciones sustanciales y dificultades metodológicas. Es posible que la actitud de las jurisdicciones nacionales de inferior jerarquía ante la jurisprudencia de la Corte de San José este fuertemente influenciada por la manera en la que sus superiores jerárquicos acudan o empleen la jurisprudencia internacional. Esto, indudablemente, es una consecuencia directa de la importancia del rol de los jueces nacionales de mayor jerarquía. Esto se torna evidente cuando se comprueba que los operadores judiciales de inferior jerarquía siguen, en gran medida, el ejemplo de sus superiores jerárquicos.

Del mismo modo, también se puede concebir que, a pesar de los avances significativos en la promoción que de ella hacen las distintas redes académicas y las organizaciones de la sociedad civil, los operadores jurídicos distintos a los que ocupan las magistraturas más elevadas del Estado desconozcan los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH. Esto se debe a que los jueces de mayor jerarquía jurisdiccional, por defecto, hacen parte de las élites jurídicas nacionales lo que las hace partícipes de las dinámicas personales de diálogo judicial¹² y, en teoría, son más propensos a conocer los avances de la jurisdicción internacional.

Igualmente, se debe admitir que el enfoque propuesto implicaría un aumento significativo en los nodos que deberían ser analizados al momento

11 Veáse, por ejemplo, CRAIG, P. “The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered”, DE BURCA, G., WEILER J.H.H. (Eds), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, p. 196.

12 Un ejemplo interesante de esto se encuentra en AZUERO QUIJANO, A., “Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional,” *Revista de Derecho Público*, no. 22, pp. 1 – 23, 2009.

de evaluar la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad en un Estado en concreto o en el hemisferio. En efecto, la delimitación de los intervinientes en las dinámicas jurisdiccionales que impone este tipo de control, aun cuando por las razones que se señalaron anteriormente pueda arrojar resultados no totalmente satisfactorios, facilita el análisis puesto que restringe la cantidad de datos a estudiar.

No obstante, a pesar de sus limitaciones y dificultades, el enfoque propuesto puede ser útil para empezar a avizorar, de manera más completa, la respuesta al interrogante de cómo los jueces nacionales han reaccionado al control difuso de convencionalidad propuesto por la Corte de San José.

En esta contribución se adopta el enfoque integral propuesto. Para ello se analizará la manera en la que, en Colombia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹³ ha abordado el control difuso de convencionalidad. Por consiguiente, en primer lugar, se señalará, brevemente, la manera en la que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha acudido a los desarrollos de la Corte de San José (I) y, en segundo lugar, se describirá cómo operadores jurídicos de inferior jerarquía, específicamente los Tribunales Administrativos, reflejan la jurisprudencia de la Corte IDH en sus fallos (II).

I. Desde arriba: el control difuso de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano

Los estudios tradicionales sobre la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad suelen centrarse, como se dijo, en la actuación de un grupo reducido de autoridades judiciales del orden nacional. Por ello, resulta usual que el objeto de dichos análisis lo constituyan los pronunciamientos de los jueces

¹³ Antes de iniciar, es necesario detenerse sobre la estructura de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en Colombia. Según la Ley 1437 de 2011, esta jurisdicción se organiza en tres niveles, con autoridad progresiva, así: jueces administrativos, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado. Además de los niveles jurisdiccionales, es necesario señalar que esta jurisdicción se encuentra descentralizada territorialmente. Así, los Tribunales Administrativos ejercen jurisdicción en un territorio determinado que, en la actualidad, coincide con los límites territoriales de los departamentos, entidades territoriales intermedias. Por lo tanto, existen 32 Tribunales Administrativos.

de mayor jerarquía jurisdiccional del Estado en cuestión. En este caso, para estudiar la manera en la que la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, adoptando un enfoque “desde arriba”, bastaría entonces centrarse en la labor adelantada por el Consejo de Estado.

Al hacerlo se tiene que, de una parte, con anterioridad al fallo *Almonacid Arellano y Otros*, el Consejo de Estado colombiano ya había acudido a los pronunciamientos de la Corte IDH en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado (a), circunstancia que no resulta del todo extraña si se recuerda el artículo 93 de la Constitución de 1991. Sin embargo, lo que sí es llamativo es que el recurso a la jurisprudencia se produjo en el marco del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con dos propósitos particulares: Uno, fijar los estándares de comportamiento de los agentes del Estado colombiano que, en caso de ser desconocidos, constituyen título de imputación (falla del servicio); y, dos, servir de inspiración para las medidas no pecuniarias de reparación por los daños causados en aplicación del principio de reparación integral. Este recurso a la jurisprudencia de la Corte IDH, hay que reconocerlo, no se adecuaba a la concepción imperante sobre el control difuso de convencionalidad. En efecto, en el marco de la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado colombiano, a pesar de lo expresamente manifestado en múltiples pronunciamientos judiciales, no adelanta un control de este tipo. Esto se debe a que su análisis no implica la confrontación de una norma nacional con la normatividad derivada del *corpus juris* interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH que lo interpreta.

De otra parte, aunque de manera mucho más reciente, se encuentra una decisión en la que se adelanta un control difuso de convencionalidad con miras a hacer congruente el ordenamiento interno con las obligaciones derivadas del Pacto de San José (b). Dicho pronunciamiento, al ser reciente, constituye la aceptación, aunque tímida, por parte del máximo juez de lo contencioso administrativo en Colombia de la invitación que la Corte IDH hiciera en el fallo *Almonacid Arellano y Otros*

a. El recurso a la jurisprudencia de la Corte de San José en los fallos sobre responsabilidad patrimonial del Estado.

Entre la amplia gama de competencias que ejerce el Consejo de Estado colombiano, derivadas del control judicial de la actividad de las autoridades públicas, se encuentra la de ejercer como juez de la responsabilidad patrimonial

de la administración. En el marco de dicha jurisprudencia, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia ha acudido a la jurisprudencia de la Corte de San José para justificar dos aspectos importantes de este régimen: el título de imputación de responsabilidad y la reparación que de ella se deriva.

En lo que respecta a esta última, debe señalarse que la Ley 446 de 1998 estableció el principio de la reparación integral¹⁴. Al momento de interpretar este principio, el Consejo de Estado colombiano ha consistentemente sostenido que:

*“[la] reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial”*¹⁵.

Ahora bien, la aplicación del principio de reparación integral en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, tiene en cuenta el artículo 63.1 del Pacto de San José¹⁶, los artículos 90¹⁷ y 93¹⁸ de la Constitución

14 El artículo 16 de la citada ley estableció que “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”

15 Consejo de Estado, Sentencias de 8 de junio de 2011, expediente 19972 y expediente 19973.

16 El artículo citado establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

17 El primer inciso del artículo 90 de la Constitución de Colombia consagra la responsabilidad del Estado en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

18 Los dos primeros incisos del artículo citado establecen: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

nacional y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹⁹. En consecuencia, no resulta extraño que el juez colombiano de daños derivados de la actuación de las autoridades públicas ordene medidas como los actos de reconocimiento de responsabilidad o la instalación de placas destinadas a recordar o conmemorar los hechos por los que se condenó patrimonialmente al Estado. Este tipo de medidas, se recuerda, son comunes en los fallos de la Corte de San José y no se puede descartar que hayan servido de inspiración al juez nacional.

Por otra parte, al tratar el título de imputación, la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió de manera específica al control de convencionalidad en el contexto de la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado para afirmar que el incumplimiento de las obligaciones que se derivan del Pacto de San José constituiría una falla del servicio²⁰. En palabras del máximo juez de lo contencioso administrativo en Colombia:

“el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado.

Por lo tanto, el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

- 19 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación, 28 de agosto de 2014, Rad. No. 2001-00731-01(26251), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- 20 Para una presentación general de la responsabilidad del Estado en Colombia véase, HENAO, J., *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998,

*este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional.
(...)*

Así pues, un efecto muy importante de la incorporación al orden interno de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario es la ampliación de las fuentes normativas del juicio de responsabilidad estatal, de tal manera que la garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le son imputables comprenden, además de las obligaciones del ordenamiento jurídico interno, el cumplimiento de las obligaciones convencionales, situación que lleva sobre todo a redefinir las fronteras del título jurídico de imputación de falla del servicio, es decir, estos parámetros así como permiten identificar un complejo de obligaciones internacionales vinculantes a cargo del Estado, también se encaminan a organizar un sistema normativo integral a partir del cual se deriva un reproche estatal.”²¹

Este ingenioso recurso a la jurisprudencia de la Corte IDH, debe subrayarse, no implica el desarrollo de un control difuso de convencionalidad. Esto se debe a que el Consejo de Estado recurre a la jurisprudencia internacional no como un instrumento encaminado a asegurar la congruencia entre las obligaciones que se derivan de los Tratados de Derechos Humanos y las normas del ordenamiento jurídico interno sino como estándar de la actividad del Estado. Estándar que, en caso de ser desconocido o incumplido, compromete la responsabilidad del Estado. Dicho de otro modo, se recurre a la jurisprudencia de la Corte de San José para de ella extraer la conducta que se espera del Estado.

En principio, se podría pensar que este ingenioso recurso a la jurisprudencia internacional constituiría un incentivo para modificar la actividad de la administración. Ello puesto que se podría argumentar que al condenar patrimonialmente al Estado por el irrespeto de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos, tal como han sido interpretadas por su juez natural, tendría como consecuencia la creación de un incentivo para que la actuación de la administración y sus agentes se adecúe a los preceptos internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación, 28 de agosto de 2014, Rad. No. 1999-01063-01(32988), C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Dicho incentivo llevaría, a largo plazo, a una reducción significativa de las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, toda vez que es usual que el Estado sea recurrentemente condenado a resarcir patrimonialmente los daños causados por otro tipo de conductas, sin que ello haya tenido efecto correlativo en la reducción de las mismas, no pareciera que esta vía sea la mas eficiente para modificar los comportamientos de las autoridades publicas que contrarían las obligaciones convencionales.

Otro ejemplo de esta utilización del control difuso de responsabilidad se encuentra en otro pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado. De este fallo se debe resaltar que, aunque ratifica la concepción según la cual el incumplimiento de las obligaciones convencionales constituye una falla del servicio, se encuentra un análisis global del control difuso de convencionalidad. Esto se debe a que se hace referencia explícita a la jurisprudencia de la Corte de San José sobre la materia, y su posterior desarrollo y, además, se menciona la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo ello para concluir que

“el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano”²².

Así entonces, el recurso al control difuso de convencionalidad, justificado desde una perspectiva general y no necesariamente derivado del Pacto de San José, en el marco de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado desarrollada por el Consejo de Estado colombiano no antecede la no aplicación de las normas internas que contravengan las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por el Estado colombiano. Por el contrario, de manera particularmente interesante, se recurre a dicho control para extraer de él una guía de comportamiento de las autoridades nacionales.

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación, 28 de agosto de 2014, Rad. No. 2001-00731-01(26251), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Guía cuyo irrespeto implica que se ha comprometido la responsabilidad del Estado y que se deberá reparar los daños causados.

b. El recurso a la jurisprudencia de la Corte de San José en el marco de procesos judiciales en los que se cuestiona la legalidad o la constitucionalidad del actuar de la administración.

Un reciente fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado permite augurar una nueva era del control difuso de convencionalidad en Colombia. De manera diferente a lo que se ha descrito para la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, este reciente ejemplo muestra cómo el máximo juez de lo contencioso administrativo de la República, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte de San José, concluye que normas nacionales no son acordes con las obligaciones derivadas de la Convención.

En el fallo referido, el máximo juez de lo contencioso administrativo en el ámbito local se enfrenta a uno de los debates contemporáneos más álgidos que se han producido en Colombia, específicamente por la trascendencia política que le sirve de trasfondo, y al mismo tiempo plantea una interpretación diferente de la Corte Constitucional que ha defendido, en varias oportunidades, la constitucionalidad y convencionalidad de la limitación en el ejercicio de derechos políticos.

Para entender la trascendencia del pronunciamiento que se analiza, es necesario señalar que el ordenamiento jurídico colombiano ha conferido competencias a distintos entes judiciales y administrativos con el fin loable de controlar y sancionar la actuación de los servidores públicos. Por consiguiente, la pérdida de investidura²³, los procesos disciplinarios²⁴ y los procesos de responsabilidad fiscal²⁵ han sido confiados, respectivamente, al Consejo de

23 La pérdida de investidura fue consagrada por el artículo 183 de la Constitución de Colombia. La ley 617 de 2000 amplió esta figura para cobijar a miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales (Asambleas Departamentales y Concejos Municipales y Distritales)

24 El derecho disciplinario se encuentra desarrollado por la Ley 734 de 2002 y la Ley 1474 de 2011.

25 El proceso de responsabilidad fiscal está descrito en la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011.

Estado²⁶, al Ministerio Público²⁷ y la Contraloría General de la República²⁸. El resultado de dichos procesos puede llevar a la limitación de los derechos políticos de las personas ya que implican, como sanción, la inhabilidad para acceder al ejercicio de cargos públicos²⁹. Lo anterior sin perjuicio de que el artículo 23 de la CADH establece, taxativamente, que el ejercicio de los derechos políticos puede ser limitado por un pronunciamiento jurisdiccional que se produzca en el marco de un proceso de carácter penal. Esto, se afirma, ha sido ratificado por la Corte IDH cuando, en el fallo *López Mendoza vs. Venezuela*³⁰, declaró que el Estado había violado los derechos humanos justamente porque como consecuencia de un pronunciamiento de una autoridad administrativa se habían limitado los derechos políticos de un ciudadano.

El fallo en comento se refiere puntualmente a un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación contra el alcalde mayor de Bogotá, capital de la República. Luego del agotamiento de las distintas etapas de dicho proceso, se declaró disciplinariamente responsable al burgomaestre y, en consecuencia, se le destituyó de su cargo y se le inhabilitó para acceder al ejercicio de cargos públicos por un término de 15 años³¹. Ante dicha sanción, además de solicitar el decreto de medidas cautelares de la Comisión

26 El numeral 5 del artículo 237 de la Constitución radica en el Consejo de Estado la competencia para conocer los procesos de pérdida de investidura de los congresistas.

27 La ley 734 de 2002 establece que el Ministerio Público ejerce poder preferente disciplinario. Además, cada entidad estatal puede adelantar este tipo de control a través de despachos especializados e independientes. Ver artículo 66 de la Ley 734 de 2002.

28 El artículo 267 de la Constitución establece que la Contraloría General de la República es el ente de control fiscal en Colombia.

29 En lo que respecta a la pérdida de investidura, el numeral 4 del artículo 179 de la Constitución establece la limitación absoluta de los derechos políticos y la ley 617 de 2000 amplía dicha limitación a las entidades territoriales. En lo que se refiere a las faltas disciplinarias, el numeral d del artículo 45 de la Ley 734 de 2000 define la inhabilidad general, sanción impuesta en algunos casos como “la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. Finalmente, el artículo 38 de la Ley 734 establece que es una inhabilidad para acceder al ejercicio de empleos públicos el hecho de haber sido declarado responsable fiscalmente. Dicha inhabilidad se extiende hasta por 5 años y cesará cuando se declare que el daño ha sido reparado.

30 Corte IDH, 1 de septiembre de 2011, *López Mendoza Vs. Venezuela*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C., No. 233.

31 Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria, 9 de diciembre de 2013, Rad. No. IUS-2012-447489, P. D. P.: Juan Carlos Novoa Buendía.

Interamericana de Derechos Humanos³², el entonces alcalde mayor de Bogotá demandó, ante el Consejo de Estado, la legalidad de la actuación en la que se produjo a su sanción disciplinaria.

Al momento de resolver, basado en la jurisprudencia de la Corte IDH, el juez adelantó un control difuso de convencionalidad. Su conclusión, se podría argumentar, lo ubica bajo la influencia de la Corte de San José y la pone en contraposición con la Corte Constitucional, a pesar de que el máximo juez de lo contencioso-administrativo hace un esfuerzo por especificar por qué considera que las circunstancias del caso se encuentran amparadas en la jurisprudencia constitucional colombiana. En su fallo, la Sala Plena del Consejo de Estado concluye que la Procuraduría General de la Nación carece competencia para investigar y sancionar a los servidores públicos de elección popular, salvo que se trate de conductas que se relacionen con actos de corrupción, tal como fueron definidos por la Convención Americana sobre la materia³³.

Sin duda alguna, un pronunciamiento judicial en este sentido tiene el potencial de afectar significativamente el rol de la Procuraduría General de la Nación como ente de control disciplinario de las actividades de los servidores públicos de elección popular. Sin embargo, debe resaltarse, el Consejo de Estado, en una decisión altamente cuestionable, decidió limitar los efectos del fallo, al sostener que serían *inter partes*. Esto querría decir que, en desconocimiento de que, como lo acababa de sostener, el actuar de la Procuraduría General de la Nación no se encuentra amparado por las obligaciones internacionales que soberanamente ha adquirido el Estado colombiano. Esta decisión, además de contrariar el espíritu del control difuso de convencionalidad, implica una aceptación tácita de que el ministerio público, por un término de 2 años, continúe ejerciendo una competencia contraria a la CADH.

* * *

La relación del máximo juez de lo contencioso administrativo en Colombia con la jurisprudencia proferida por la Corte IDH es particular. De una parte, dicha relación se ha caracterizado históricamente por centrarse

32 Véase, CIDH, 6 de diciembre de 2016, Informe No. 60/16, Petición 1742-13, Gustavo Francisco Petro Urrego. OEA/Ser.L/v/II.159, Doc. 69.

33 Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo 1996.

en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, aunque se trate de dos aspectos centrales de dicha jurisprudencia, la imputación y la reparación, el recurso a los fallos de la Corte de San José no ha sido empleado de la manera en la que se esperaba, aunque su uso, se itera, propendería hacia la modificación del respeto de las obligaciones internacionales. De otra parte, de forma mucho más reciente, y con ciertos elementos controversiales, el juez nacional ha adelantado un control difuso de convencionalidad, siendo llamativo que se acudiera a la jurisprudencia internacional para contrariar, así sea tangencial o puntualmente, las conclusiones de la Corte Constitucional nacional.

La manera en la que el Consejo de Estado ejerce como juez de derecho común de la Convención puede resultar determinante sobre la forma en la que los jueces nacionales de inferior jerarquía que hacen parte de la misma jurisdicción adelantan la obligación descrita en el fallo *Almonacid Arellano y Otros*. Lo anterior se debe a que los jueces de inferior jerarquía tienen un particular incentivo de seguir el ejemplo fijado por la autoridad que tiene la competencia de revisar y revocar sus decisiones. Ahora bien, también es posible que los pronunciamientos de estos jueces evidencien que, a pesar de lo que se encuentra en fallos de los órganos jurisdiccionales de cierre, en un nivel inferior se esté adelantando un control difuso de convencionalidad que, al no ser objeto de análisis, pasa desapercibido.

II. Desde abajo: el control difuso de convencionalidad en la jurisprudencia de algunos Tribunales Administrativos en Colombia.

El análisis de la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales no puede limitarse a la manera en la que aquellos que han sido dotados de la mayor autoridad jurisdiccional en el ordenamiento jurídico interno, usualmente las cortes supremas o los tribunales constitucionales, interiorizan las decisiones de la Corte de San José y cómo dicha situación se evidencia en la jurisprudencia nacional. Sin desconocer la importancia de la labor que desempeñan las máximas autoridades jurisdiccionales del Estado en fijar los derroteros de la interpretación de

las normas jurídicas debe reconocerse que enfocarse en ella, mientras se desecha la labor de operadores judiciales de inferior jerarquía, puede llevar a conclusiones incompletas de la manera en la que los jueces de un Estado en particular han reaccionado al llamado de la Corte IDH.

Atendiendo a la dificultad metodológica señalada anteriormente, en el sentido de que al incluir a los jueces de inferior jerarquía en el análisis de la manera en la que se desarrolla el control difuso de convencionalidad en el Estado, se debe reconocer que, debido a razones de espacio y tiempo, resulta imposible abordar la totalidad de la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos de Colombia. A pesar de ello, por cuestiones prácticas se considera que con una muestra significativa de ellos se pueden extraer conclusiones relevantes. Por consiguiente, en esta sección solamente se tendrán en cuenta las decisiones proferidas por algunos de estos tribunales³⁴, aclarando que, de manera no del todo sorpresiva, la investigación arroja que no existe una importante cantidad de fallos en los que los jueces intermedios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia hayan abordado o desarrollado el control difuso de convencionalidad.

a. El recurso a la jurisprudencia de la Corte de San José en la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado

Un fallo reciente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca evidencia con claridad la dificultad que implica el tratamiento de lo que el Consejo de Estado ha incorrectamente denominado control difuso de convencionalidad. Luego de hacer un recuento de los distintos aspectos, normativos y jurisprudenciales, que resultan relevantes para ello, el Tribunal concluye:

“La Constitución permite que los tratados y convenios de derecho internacional ratificados por Colombia hagan parte del ordenamiento jurídico interno, que es lo denominado bloque de constitucionalidad.

34 Para la selección de estos se tuvieron en cuenta el criterio de representatividad, entendida ella tanto en su dimensión territorial (contar con Tribunales de las distintas regiones del país) como en su dimensión poblacional (contar con Tribunales que tengan asiento en territorios en donde haya una cantidad de habitantes significativa en relación con el resto del país)

Debido a los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Colombiano, en particular al ser miembro del Sistema Interamericano de DDHH, la Corte Constitucional como intérprete de la Carta Política, ha sido la pionera en resaltar la importancia del control de convencionalidad, que consiste en que todos los jueces de la república tengan en cuenta las normas convencionales para resolver los casos que los ocupan, así como también analizar las prácticas u omisiones del Estado por el desconocimiento de una norma convencional.

Así mismo, es importante tener en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– puesto que ella es la intérprete de la Convención Interamericana y demás convenciones del sistema interamericano.

Por todo lo anterior, el H Consejo de Estado en la actualidad está aplicando el control de convencionalidad, por cuanto el mismo hace parte del ordenamiento jurídico interno en aplicación del bloque de constitucionalidad.”³⁵ (Énfasis propio)

Este fallo evidencia el efecto que una indebida concepción del control difuso de convencionalidad puede tener al interior de un ordenamiento jurídico nacional. Toda vez que el órgano con mayor autoridad jurisdiccional ha mantenido, incorrectamente, que al recurrir a la jurisprudencia de la Corte de San José para de ella extraer una guía de comportamiento relevante en términos de analizar el comportamiento de la administración en el marco de la responsabilidad del Estado adelanta un control de este tipo, es lógico que los jueces de inferior jerarquía cometan el mismo error. Esto, por supuesto, puede tener como consecuencia no solo una interpretación imprecisa de una compleja noción, sino su desnaturalización y, por ende, podría reducir de manera significativa su eficacia. Sin embargo, debe rescatarse que, a diferencia del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el mismo fallo se encarga de señalar los beneficios, por lo menos teóricos, que se derivarían de esta infortunada confusión:

“el análisis de los elementos de la responsabilidad, no se fundamenta solamente en el artículo 90 constitucional, sino que además en el contenido del catálogo derechos fundamentales y en especial en las normas constitucionales, que

35 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, 7 de julio de 2016, Rad. No. 2013-0150, M. P.: Juan Carlos Garzón Martínez.

le imponen a las entidades del Estado la prevención y protección de bienes jurídicamente tutelados como la vida, que para el caso de la Policía Nacional se encuentra consagrado en el artículo 218 constitucional.

En ese orden ideas es claro, que el incumplimiento de los postulados de la carta política –y esto implica el bloque de constitucionalidad- por parte de una autoridad administrativa, que ponga en riesgo un derecho de una persona, según las particularidades de cada caso en concreto, puede comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado.

*Lo anterior significa que los elementos clásicos de la responsabilidad, como las mismas eximentes de responsabilidad pueden cambiar su configuración, más cuando estamos ante casos en los cuales está implicada la vida de las personas, y se trata de un evento relacionado con el conflicto armado colombiano **estudiado desde el punto de vista general por la Corte IDH**³⁶ (Énfasis propio)*

En el extracto citado se evidencia que, tal vez de manera inconsciente, el juez administrativo hace referencia a uno de los aspectos centrales de la jurisprudencia de la Corte de San José – la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos – y cómo el puede ser relevante desde una perspectiva local.

Para finalizar, no puede dejar de mencionarse que, en esta misma línea, un fallo del Tribunal Administrativo del Chocó³⁷. En dicho fallo, que se produjo en el marco del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado por una de las masacres más cruentas de la larga historia de violencia en el país, el juez administrativo sustentó su decisión de decretar medidas no pecuniarias de reparación en el ejercicio de un “control subjetivo o material de convencionalidad”. Sin embargo, es de notar, que dicho ejercicio no relación directa con el *corpus juris* interamericano ya que, de una parte, se acude a la jurisprudencia de San José para clarificar el principio de restitución integral, como lo hiciera en su momento el Consejo de Estado y, de otra parte, lo que

36 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, 7 de julio de 2016, Rad. No. 2013-0150, M. P.: Juan Carlos Garzón Martínez.

37 Tribunal Administrativo de Chocó, 5 de marzo de 2015, Rad. No. 2004-00461-01, M. P.: José Andrés Rojas Villa.

busca es que cumpla la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, ratificada por Colombia a través de la Ley 837 de 2003.

El fallo del Tribunal Administrativo del Chocó muestra que los jueces de inferior jerarquía, tal vez influenciados por la labor de su superior jerárquico, no parecen distinguir de manera adecuada lo que verdaderamente significa adelantar un control difuso de convencionalidad. Así, los pocos fallos que se encuentran, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad del Estado, se prestan para confusiones puesto que anuncian que hacen un control difuso de convencionalidad, acudiendo a jurisprudencia y normas interamericanas, cuando en realidad lo que hacen es referirse a instrumentos internacionales, de distinta índole, para sustentar su decisión.

b. El recurso a la jurisprudencia de la Corte de San José en el marco de procesos judiciales en los que se cuestiona la legalidad o la constitucionalidad del actuar de la administración.

En el marco de una acción de tutela, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se vio avocado a resolver uno de los aspectos centrales de la controversia sobre la convencionalidad de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para restringir los derechos políticos de los ciudadanos.

En el primero de los casos, una ciudadana argumentó que la actuación de la Procuraduría General de la Nación y la Presidencia de la República, la primera por destituir e inhabilitar al Alcalde de Bogotá y la segunda por acatar dicha decisión a pesar de la existencia de medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habría quebrantado los derechos al debido proceso, igualdad, participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y control de convencionalidad³⁸.

En su fallo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó, de una parte, que el accionante no tenía legitimación en la causa para solicitar el amparo, haciendo énfasis en que se interpretaba que el amparo se solicitado beneficiaría al alcalde y que por lo tanto debería seguir las reglas establecidas

38 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, 9 de abril de 2014, Rad. No. 2014-01243, C. P.: Carmelo Perdomo Cuéter.

en el Decreto 2591 de 1991 (representación legal, apoderado judicial, agente oficioso o servidores públicos). Al no hacerlo, por razones técnicas, el amparo debería ser rechazado por improcedente. A pesar de ello, la decisión judicial que se comenta decide, sin tener necesidad de hacerlo, señalar que

“la Constitución Política de Colombia permite la remoción de los servidores que han accedido al cargo como consecuencia de la voluntad popular, cuando en criterio de los entes de control competentes los mismos infringen las normas que están destinadas a la protección de bienes jurídicos tutelados.

En estos eventos, no puede concluirse que la imposibilidad de ejercicio de funciones públicas como efecto de una sanción penal o disciplinaria vulnere los derechos políticos de los electores, pues estos, al carecer de carácter absoluto como los demás derechos fundamentales, pueden limitarse de forma excepcional, con el fin de garantizar la eficacia de otros contenidos constitucionales protegidos por la imposición de sanciones penales o disciplinarias

Además, esta limitación no resulta desproporcionada o irracional, pues en cualquier caso el ejercicio del derecho político continúa salvaguardado, bien mediante una nueva elección para el cargo que desempeñaba el funcionario destituido o a través de la sucesión por parte del siguiente candidato en la lista, según se trate de cargos uninominales o de corporaciones públicas.”

En un caso similar, fallado un día después³⁹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que el accionante, otra vez un tercero, no tenía legitimación en la causa para solicitar el amparo, puesto que consideró que no era titular de los derechos invocados ni tenía interés para actuar, resulta bastante ilustrativo de la labor de los jueces de inferior jerarquía al momento de adelantar el control difuso de convencionalidad.

En primer lugar, no deja de llamar la atención que los derechos que el ciudadano buscaba se protegieran eran: el debido proceso y a la defensa, al derecho a elegir y ser elegido y, particularmente lo que denominó “el derecho fundamental innominado al control de convencionalidad”. Más allá de lo que se pueda considerar, resulta bastante ilustrativo que el juez administrativo

39 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, 10 de abril de 2014, Rad. No. 2013-01245, M. P.: Luis Alberto Álvarez Parra.

intermedio, en el marco de una acción de carácter constitucional, haya sido llamado a pronunciarse sobre si el ciudadano acertó al considerar que el control de convencionalidad es o no un derecho. Lamentablemente, el Tribunal no se pronunció sobre este aspecto.

En segundo lugar, también llama la atención que el fallo, a pesar de negar por improcedente el amparo solicitado, razón por la cual no estaba en la obligación de profundizar en los argumentos sobre el fondo del asunto, se detiene en analizar el derecho a elegir y ser elegido, especialmente desde la perspectiva del accionante. Para ello, luego de hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución y la jurisprudencia colombiana, concluye que la actuación de la Procuraduría General de la Nación y la Presidencia de la República, la primera por destituir al Alcalde de Bogotá y la segunda por acatar la decisión a pesar de la existencia de medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no desconoció el derecho a elegir porque

“no se transgredió i) la libertad política del ciudadano a escoger su candidato, ii) no se afectó el normal desarrollo del certamen democrático en virtud del cual fue elegido el señor [alcalde], en orden a los medios logísticos e informáticos necesarios para la expresión libre de los ciudadanos iii) no se le impidió contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista del poder político y, iv) no se lesionó la eficacia del voto, en el sentido de impedir que la voluntad del accionante no hubiere tenido incidencia en la selección del gobernante.”

Los dos fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca muestran, más allá de lo que podría ser considerado una indebida interpretación de lo solicitado por los accionantes, que el juez prefirió orientarse por establecido por la jurisprudencia nacional, específicamente la constitucional, y desechó, voluntaria o involuntariamente, la invitación que le hicieron los accionantes, apoyados tangencialmente en la jurisprudencia de la Corte IDH de pronunciarse sobre el control difuso de convencionalidad.

En el marco del ejercicio del control jurisdiccional de la administración, el Tribunal Administrativo de Antioquia debió resolver sobre la demanda presentada contra el Decreto 326 de 2009, proferido por el alcalde municipal del Itagüí, que restringió de manera absoluta la circulación de acompañantes

en las motocicletas. En su argumentación, la demandante sostuvo que el acto administrativo demandado resultaba contrario a ciertas disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 22 de la Ley 16 de 1972, que incorporó la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ordenamiento jurídico nacional. Al analizar los argumentos presentados por la demandante, incluso la síntesis que de ellos hace el Tribunal, se evidencia que los jueces de inferior jerarquía, por los distintos fenómenos que se derivan de la internacionalización del derecho nacional, son confrontados a problemas jurídicos en donde se acude a normas que en principio podrían ser consideradas ajenas al ordenamiento jurídico nacional. Por consiguiente, no sería extraño que, para resolver dichos problemas, el juez nacional de inferior jerarquía, además de acudir a la jurisprudencia de su superior jerárquico, se inspire en la jurisprudencia del juez natural de dichos cuerpos normativos.

A pesar de ello, en el fallo que se estudia, el Tribunal Administrativo de Antioquia se limitó simplemente a acudir a la jurisprudencia nacional cuando manifestó:

“la Corte Constitucional ha admitido que el derecho fundamental a la libre circulación puede limitarse para proteger intereses superiores de la sociedad democrática, como la prevención de infracciones penales, la protección del interés público, la seguridad nacional, el orden público, así como los derechos de los demás ciudadanos (Sentencia T-483 de 1999, SU-257 de 1997), sin que ello implique menoscabar el núcleo esencial del derecho fundamental, esto es, de tornarlo, por completo, nugatorio o impracticable. Así también lo consagra el artículo 12 de la Ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cuyo tenor, el derecho a la libertad de circulación y residencia no puede ser objeto de restricciones ‘salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto’; lo cual reitera el artículo 22 de la Ley 16 de 1972, que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁴⁰

40 Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Séptima de Decisión, 8 de febrero de 2012, Rad. No. 2009-00613-00, M. P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

El apartado citado es significativo. En él se evidencia, por sobre todas las cosas, el rol que desempeñan los jueces de mayor jerarquía sobre la manera en la que se adelanta la recepción de la jurisprudencia internacional en el ordenamiento jurídico interno. Así, resulta interesante que la decisión citada se refiera a la Corte Constitucional, y específicamente dos de sus sentencias. Esto es así puesto que, cualquier conocedor de la jurisprudencia internacional sobre limitaciones de los derechos humanos reconoce los términos empleados tanto por la Corte como por el Tribunal. Sin embargo, llama la atención que los fallos citados, a pesar de estar indirectamente influenciados por la jurisprudencia internacional, no hacen referencia alguna a ella.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander también ha desplegado un control difuso de convencionalidad al momento de controlar la actividad de la administración. En un importante e interesante fallo reciente se acudió a la jurisprudencia y normatividad internacional para analizar la protección acordada a las personas con discapacidad⁴¹. En este fallo el juez administrativo se refirió al fallo *Furlán y Familiares vs. Argentina*⁴² para sustentar que las personas en situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad, son sujetos de protección especial. Esto influyó en la decisión puesto que, con fundamento en la jurisprudencia local, estas personas tienen estabilidad laboral reforzada incluso cuando ejercen en cargos de libre nombramiento y remoción⁴³.

III. Consideraciones Finales

El análisis de la forma en la que las autoridades judiciales nacionales han reaccionado a la jurisprudencia que emana del fallo *Almonacid Arellano y Otros* resulta incompleto si se centra en estudiar la manera en la que los principales

41 Tribunal Administrativo de Norte de Santander, 19 de febrero de 2015, Rad. No. 2012-00-100-01, M. P.: Carlos Mario Peña Díaz. En dicho fallo se resolvió el litigio sobre la legalidad de la Resolución No. 00119 del 29 de febrero de 2012 por medio de la cual se dispuso la insubsistencia del Señor Miguel Hernando Sánchez Calderón de un cargo en la alcaldía municipal de Cúcuta. El Sr. Sánchez Calderón alegó, entre otras, que por ser una persona con discapacidad no podía ser declarado insubsistente.

42 CorteIDH, 31 de agosto de 2012, *Furlan y Familiares vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C. No. 246.

43 Corte Constitucional, Sentencia T-372 del 16 de mayo de 2012, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

tribunales nacionales, usualmente los de mayor jerarquía jurisdiccional, han adelantado o no el control difuso de convencionalidad. Este tipo de análisis, caracterizados en esta contribución como propios del *top-down*, deben ser complementados teniendo en cuenta cómo las autoridades judiciales intermedias han reaccionado al mismo llamado, esto es, con una aproximación *bottom-up*.

En esta contribución se detalló la manera en la que la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia – integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos – ha reaccionado al llamado de la Corte de San José a incorporar en sus decisiones el ejercicio del control difuso de convencionalidad. Este análisis mostró que la manera en la que los jueces de mayor jerarquía afrontan dicha invitación tiende a repetirse en los niveles inferiores. Esto, debe reconocerse, no resulta del todo extraño. La organización de la administración de justicia, altamente jerarquizada y caracterizada por incentivos formales e informales para seguir el precedente judicial fijado por los órganos de cierre de cada jurisdicción, fomenta dicha situación.

Además, en esta contribución también se mostró que aun siendo llamados a interesarse por la jurisprudencia de la Corte IDH, los Tribunales Administrativos estudiados prefirieron centrar sus decisiones en la jurisprudencia nacional tanto de su superior jerárquico como de la Corte Constitucional, desconociendo que, particularmente en el caso de esta última, dicha jurisprudencia ha sido directamente influenciada por la jurisprudencia internacional.

La consolidación de la jurisprudencia relativa al control difuso de convencionalidad puede producirse de dos maneras: puede ser el resultado de la aceptación progresiva por parte de los tribunales nacionales de mayor jerarquía jurisdiccional o puede ser el resultado de presiones surgidas desde la ciudadanía y canalizadas a través de fallos de órganos judiciales de inferior jerarquía. Para esto último se requeriría que el conocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH sea cada vez más conocido y apropiado por actores no necesariamente vinculados a las élites jurídicas locales. Mientras eso no suceda el enorme potencial del control difuso de convencionalidad corre riesgo de ser desperdiciado.

Este livro analisa de modo comparativo o exercício do controle de convencionalidade nos ordenamentos jurídicos de Brasil, Argentina, Colômbia e México, destacando as interações das cortes superiores desses países com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os trabalhos foram desenvolvidos pela Rede de Pesquisa “A Recepção da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenada pela Universidade Federal do Pará com a participação da Universidade de los Andes (Colômbia), Universidade Iberoamericana (México), Universidade Nacional de Lanús (Argentina) e Universidade Paris 1 (França). A Rede é financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio do Edital MCTI/CNPQ Nº 14/2014 (Chamada Universal).